
Dr. Alfred Koller

Professor an der Universität St. Gallen

Sachenrecht



Stämpfli Verlag AG Bern · 2007

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2007

Gesamtherstellung:

Stämpfli Publikationen AG, Bern

Printed in Switzerland

ISBN 978-3-7272-2060-9

Vorwort und Dank

Das vorliegende Jahrbuch soll über sachenrechtliche Entwicklungen im Jahre 2006 sowie die in diesem Jahr ergangene Literatur und Rechtsprechung informieren. Bei der Wiedergabe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wurde weitgehende Vollständigkeit angestrebt. Allerdings sind nicht alle Entscheide selbständig besprochen. Einmal werden Urteile, deren Entscheidgehalt sich auch in anderen Urteilen findet, gelegentlich nur durch Querverweis erschlossen. Sodann wird auf Urteile, die keine über die konkrete Sachentscheidung hinausgehende Bedeutung haben, nur stichwortartig hingewiesen. Bei der kantonalen Rechtsprechung hielt ich mich an die Rechtsprechungsübersicht von ROLAND PFÄFFLI in BN 2006, 297 ff., d.h. ich habe die dort besprochenen Urteile verarbeitet. PFÄFFLI hat nach eigenen Angaben über 50 Zeitschriften berücksichtigt.

Wo bei einer Urteilsbesprechung der Sachverhalt wiedergegeben wird, geschieht dies vereinzelt mit rechtlich unerheblichen Vereinfachungen. Auf solche Vereinfachungen wird jeweils nicht speziell hingewiesen. Den einzelnen Urteilen sind im Regelfall Leitsätze vorangestellt. Wo die Leitsätze in Anführungszeichen stehen, handelt es sich um amtliche Regesten oder um Leitsätze, welche dem jeweiligen Publikationsorgan entnommen wurden. Andernfalls wurden die Leitsätze vom Schreibenden verfasst. Auf einen Leitsatz wurde verzichtet, wo die Kürze der Entscheidkommentierung einen solchen nicht rechtfertigte oder wo Vorbemerkungen die Funktion des Leitsatzes übernommen haben.

Auf Entscheidbesprechungen, etwa im BR oder in der ZBGR, wird im Allgemeinen nur dann hingewiesen, wenn sie eingehend ausgefallen sind.

Meine Assistenten BENEDIKT FÄSSLER, B.A. HSG, BENJAMIN STAUB, B.A. HSG, und lic. iur. ROLF HENSCH haben mich bei der Materialsammlung und in vielfältiger sonstiger Weise tatkräftig unterstützt. Allen dreien sei herzlich gedankt!

St. Gallen, am Josefstag 2007

ALFRED KOLLER

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XV
I. Rechtsetzung.....	1
II. Rechtsprechung.....	9
III. Literatur	51

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XV
I. Rechtsetzung	1
II. Rechtsprechung	9
A. Grundlagen	11
B. Besitz und Besitzesrecht	11
C. Grundbuch und Grundbuchrecht	13
D. Eigentum	19
1. Allgemeines	19
2. Fahrniseigentum	19
3. Grundeigentum	21
a) Allgemeines	21
b) Nachbarrecht	23
4. Gemeinschaftliches Eigentum (ohne Stockwerkeigentum)	29
5. Stockwerkeigentum	29
E. Beschränkte dingliche Rechte	35
1. Dienstbarkeiten und Grundlasten	35
a) Inhalt und Umfang der Dienstbarkeiten	35
b) Sonstige Fragen aus dem Dienstbarkeitsrecht	43
c) Grundlasten	44
2. Pfandrechte	45
a) Fahrnispfand	45
b) Grundpfandrechte im Allgemeinen	47
c) Grundpfandverschreibung	47
d) Bauhandwerkerpfandrecht	47

e) Schuldbrief	48
F. Einzelfragen	50
III. Literatur	51
A. Gesamtdarstellungen und Grundlagenwerke.....	53
B. Besitz und Besitzesrecht.....	53
C. Grundbuch und Grundbuchrecht	53
D. Eigentum	55
1. Allgemeines	55
2. Fahrniseigentum.....	55
3. Grundeigentum	56
a) Allgemeines.....	56
b) Nachbarrecht.....	56
4. Gemeinschaftliches Eigentum (ohne Stockwerkeigentum)	57
5. Stockwerkeigentum.....	57
E. Beschränkte dingliche Rechte	59
1. Dienstbarkeiten und Grundlasten.....	59
2. Pfandrechte	60
a) Fahrnispfand	60
b) Grundpfandrechte im Allgemeinen	60
c) Grundpfandverschreibung	61
d) Bauhandwerkerpfandrecht.....	61
e) Schuldbrief	62
F. Einzelfragen	62

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (St. Gallen)
Art.	Artikel
BEG	Bucheffektengesetz (Entwurf)
BG	Bundesgesetz
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BN	Der Bernische Notar
BR	Baurecht
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
f./ff.	und folgende (Seiten)
FMG	Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (SR 784.10)
FusG	Bundesgesetzüber Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 (SR 221.301)
FZR	Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung
GBV	Verordnung betreffend das Grundbuch vom 22. Februar 1910 (SR 211.432.1)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Hrsg.	Herausgeber

i.S.	in Sachen
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JdT	Journal des tribunaux
lit.	<i>Litera</i>
m.E.	meines Erachtens
N	(Rand-)Note
Nr.	(Rand-)Nummer
OR	BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220)
PartG	Bundesgesetz über die Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 18. Juni 2004 (SR 211.231)
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern)
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.	siehe
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SemJud	La Semaine Judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	Sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zürich, vor 1990 SAG)
TREX	Der Treuhandexperte
u.a.	und andere(s), unter anderem (anderen)
usw.	und so weiter
VE	Vorentwurf
vgl.	vergleiche

VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) (SR 221.229.1)
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer

Literaturverzeichnis

- BAADER-SCHÜLE KEZIA: Praktische Probleme der Nutzniessung an Stockwerkeigentums-Anteilen (Diss. Zürich 2006).
- BAYENET PIERRE: Rhino: les squatters ont-ils des droits?, plädoyer 2/2006, 58 ff.
- BRÜCKNER CHRISTIAN: Grundstücksrecht, in: Jürg Schmid (Hrsg.): Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars (Zürich 2006) (zitiert: Beratungspflicht).
- Rechtsgeschäftliche Errichtung von Grundpfandrechten – Umfang des Formzwangs und zeitlicher Beginn der Pfandsicherheit, ZBGR 1996, 217 ff. (zitiert: Grundpfandrechte).
- EINSELE-WILI FELICITAS: Die Vindikationszession (Diss. Zürich 1975).
- ESCHMANN BEAT: Auslegung und Ergänzung von Dienstbarkeiten (Diss. Zürich 2005).
- HOFFMANN-NOWOTNY URS/VON DER CRONE HANS CASPAR: Die Vindikationszession. Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 5C.182/2005 (BGE 132 III 155) vom 2. Dezember 2005 i.S. Y. GmbH und X. (Kläger und Berufungsbeklagte) gegen V. und W. (Beklagte und Berufungsbeklagte), SZW 3/2006, 233 ff.
- HÜRLIMANN-KAUP BETTINA: Die Ermittlung des Zwecks einer Grunddienstbarkeit, SJZ 2006, 6 ff.
- MARTI ARNOLD: Zürcher Kommentar zu Art. 5 und 6 ZGB (Zürich 1998).
- MOOSER MICHEL: Le tribunal fédéral ouvre davantage la porte du registre foncier – Note sur l' ATF 132 III 603, FZR 2006, 155 ff.
- PERREN RUBEN: Der Vorrechtsanspruch des Bauhandwerkers i.S.v. Art. 841 ZGB, AJP 2006, 702 ff.
- PERRUCHOUD EDMOND C.: La communauté dans la copropriété ordinaire: étude portant principalement sur la copropriété foncière (Lachen/Zürich 2006 = SSHW Nr. 255).
- PFÄFFLI ROLAND: Das Grundbuch und seine Bedeutung für den Rechtsanwalt, Anwaltsrevue 2006, 139 ff. (zitiert: Grundbuch).
- Das Immobiliarsachenrecht im Wandel, BN 2006, 173 ff. (zitiert: Immobiliarsachenrecht).

- Rechtsprechung und ausgewählte Rechtsfragen 2006, BN 2006, 297 ff. (zitiert: Rechtsprechung).
- Das Rückfallsrecht bei der Schenkung eines Grundstücks, jusletter 6. Februar 2006. (zitiert: Rückfallsrecht).
- Die Belastungsgrenze für Grundpfandrechte, jusletter 14. August 2006. (zitiert: Belastungsgrenze).
- Die Berichtigung des Grundbuchs, jusletter 27. März 2006. (zitiert: Berichtigung).
- Die Kirchenglocken und andere Lärmimmissionen, jusletter 24. April 2006. (zitiert: Lärmimmissionen).
- Entwicklungen im Sachenrecht und Bodenrecht, SJZ 2006, 57 ff. (zitiert: Entwicklungen).
- Gütergemeinschaft: Auswirkungen auf das Grundeigentum im Todesfall eines Ehegatten, jusletter 27 Februar 2006. (zitiert: Gütergemeinschaft).
- Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs, Grundsätze und Rechtsprechung zur Einsichtnahme in das Grundbuch, TREX 2006, 360 ff. (zitiert: Öffentlichkeit).
- Zur Revision des Dienstbarkeitsrechts, ZBGR 2006, 31 ff. (zitiert: Revision).

PIOTET DENIS: L'application en droit immobilier, in: Jürg Schmid (Hrsg.): Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars (Zürich 2006), 163 ff. (zitiert: Beratungspflicht).

- Propriété collective, servitudes, droit de voisinage et restrictions de droit public: tour d' horizon du chapelet de perles entourant la révision du droit des gages immobiliers et de la tenue du registre foncier après 2005, ZBGR 2006, 13 ff. (zitiert: propriété collective).

PIOTET PAUL: Dienstbarkeiten und Grundlasten, SPR V/1 (Basel 1977), 519 ff. (zitiert: Dienstbarkeiten).

RAMPINI CORRADO: Handänderungen von Immobilien durch Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz, ST 2006, 164 ff.

RASELLI NICCOLÒ: Berührungspunkte des privaten und öffentlichen Immissionsschutzes, Umweltrecht in der Praxis (URP) 1997, 271 ff.

SCHMID-TSCHIRREN CHRISTINA: Der Ausschluss aus privatrechtlichen Personenvereinigungen, insbesondere aus dem Verein und aus der

Stockwerkeigentümergeinschaft, recht 2006, 130 ff. (zitiert: Abschluss).

- Die negativen Immissionen im schweizerischen Privatrecht (Diss. Bern 1997) (zitiert: Immissionen).
- Überblick über den Stand der Gesetzesrevision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts, ZBGR 2006, 1 ff. (zitiert: Überblick).

SCHMID JÖRG: Landwirtschaft und Nachbarrecht. Von Kuhglockengeläut, krähenden Hähnen und duftenden Ziegenböcken, in: Jörg Schmid/Seiler Hansjörg (Hrsg.): Recht des ländlichen Raums. Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern für Paul Richli zum 60. Geburtstag. Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR) Band 11 (Zürich 2006), 373 ff.

SCHMID JÜRIG: Der "papierlose" Schuldbrief, ZBGR 2006, 45 ff.

STADLIN MARKUS W./OLANO OSCAR: Stockwerkeigentum im Baurecht – Regelung der Heimfallentschädigung im Allgemeinen und im Speziellen bezüglich "gemischt" genutzter Sonderrechtseinheiten, AJP 2006, 542 ff.

STAEHELIN DANIEL: Der Schuldbrief in der aktuellen Revision des ZGB, BJM 2006, 1 ff.

STUDER BENNO: Superficies an Pflanzen, Blätter für Agrarrecht 2006, 21 ff.

THURNHERR CHRISTOPH: Das Bauhandwerkerpfandrecht – eine aktuelle Übersicht unter Berücksichtigung der Baukreditüberwachungspraxis der Banken, ZBJV 2006, 909 ff.

TRAUFFER BERNHARD: Revision der Grundbuchverordnung per 1. April 2005, ZBGR 2006, 56 ff.

VARINI RICCARDO MARIA: Il computo complessivo in relazione alla tassa die iscrizione a Registro fondiario, Rivista ticinesi di diritto 2006, 549 ff.

WERMELINGER AMEDEO: La propriété par étages "jumelée": créativité admissible de la pratique?, ZBGR 2006, 369 ff. (zitiert: propriété par étages).

- Le propriétaire d'étage peut demander l'enlèvement d'une construction qui empiète sur son unité d'étage, jusletter 6. März 2006 (Besprechung von BGE 132 III 9 ff. = Praxis 2006 Nr. 118) (zitiert: jusletter)

I. Rechtsetzung

– *Teilrevision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts*

Die sich im Gang befindliche Teilrevision im Bereich des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts nahm ihren Anfang im Jahre 2000. Das EJPD gab der Fachkommission "Oberaufsicht über das Grundbuch" den Auftrag, einen Revisionsentwurf (Vorentwurf, VE-ZGB) vorzubereiten. Der von dieser Kommission abgelieferte Vorentwurf wurde anschliessend vom Amt für Grundbuch- und Bodenrecht, Bundesamt für Justiz, überarbeitet und bereinigt. Im Jahre 2004 wurde das Vernehmlassungsverfahren durchgeführt. Der Bundesrat nahm am 10. Juni 2005 Kenntnis vom Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens und beauftragte das EJPD, dem Bundesrat in der ersten Hälfte die bezügliche Botschaft zu unterbreiten. Dabei verzichtete der Bundesrat auf einzelne im Vorentwurf vorgesehene Bestimmungen, so insbesondere auf jene über das Forderungspfandrecht des Subunternehmers (Art. 841a VE-ZGB). Wie bis anhin wird für Subunternehmer auch künftig die Möglichkeit bestehen, ein Bauhandwerkerpfandrecht zu begründen. Der Bundesrat verzichtete ferner auf das neue Rechtsinstitut des Raumrechts ("kleines Wohnungseigentum"; Art. 675 Abs. 2 und 779m–779r VE-ZGB). Geblieben sind insbesondere die folgenden Revisionspostulate:¹

a) Der Vorentwurf sieht als Alternative zum Papier-Schuldbrief (Art. 861–867 ZGB VE-ZGB) die Einführung eines Register-Schuldbriefs (Art. 858–860 ZGB) vor. Inskünftig soll zwischen diesen beiden Arten von Schuldbriefen gewählt werden können. Der Register-Schuldbrief entsteht mit der Eintragung in das Grundbuch. Ein Pfandtitel ("Brief") wird nicht mehr ausgestellt. "Dadurch fallen auch die Kosten für dessen sichere Verwahrung und den Transfer zwischen Banken, Notariatsbüros und Grundbuchämtern weg. Somit entfällt auch das Risiko von Titelverlusten, die recht häufig vorkommen und aufwändige und langwierige Kraftloserklärungsverfahren zur Folge haben."² S. im Einzelnen die Aufsätze von JÜRGEN SCHMID (Der "papierlose" Schuldbrief, ZBGR 2006, 45 ff.) und DANIEL STAEHELIN (Der Schuldbrief in der aktuellen Revision des ZGB, BJM 2006, 1 ff.).

¹ S. im Einzelnen SCHMID-TSCHIRREN, Überblick, 1 ff., sowie PFÄFFLI, Immobiliarsachenrecht, 173 ff.

² SCHMID-TSCHIRREN, Überblick, 3.

b) Im Bereich des Bauhandwerkerpfandrechts enthält der Vorentwurf Bestimmungen für den Fall, dass ein Mieter Bauarbeiten veranlasst. Art. 837 VE-ZGB sieht in Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 vor, dass ein Anspruch auf Begründung eines Bauhandwerkerpfandrechts – bei sonst gegebenen Voraussetzungen – besteht, falls die Arbeiten mit Zustimmung des Grundeigentümers ausgeführt wurden.

c) Im Bereich des Immissionsschutzes soll vorab die bundesgerichtliche Rechtsprechung,³ wonach unvermeidliche übermässige Bauimmissionen haftbar machen, kodifiziert werden (Art. 679a VE-ZGB). Sodann wird die Liste der verbotenen Immissionen "in Anlehnung an das Umweltschutzrecht aktualisiert und im Sinne der Rechtsprechung um den Begriff der negativen Immissionen ergänzt (Art. 684 Abs. 2 VE-ZGB)".⁴

d) Im Bereiche des gewöhnlichen Miteigentums ist vorgesehen, dass die Aufhebung rechtsgeschäftlich inskünftig auf 50 Jahre (nicht wie heute auf 30 Jahre) ausgeschlossen werden kann (Art. 650 Abs. 2 VE-ZGB). Im Bereich des Stockwerkeigentums ist vorgesehen, dass das Stockwerkeigentum nach Ablauf von 50 Jahren aufgehoben werden kann, wenn der schlechte bauliche Zustand eine bestimmungsgemässe Nutzung verunmöglicht (Art. 712f Abs. 3 VE-ZGB). Durch Abfindung der aufhebungswilligen Stockwerkeigentümer kann die Aufhebung abgewendet werden (Art. 712f Abs. 4 VE-ZGB).

e) Weitere Änderungen betreffen das Grundbuchrecht. U.a. sollen die Voraussetzungen, unter denen Einträge im Grundbuch von Amtes wegen (Art. 976 VE-ZGB) oder auf Antrag (Art. 976a und d VE-ZGB) gelöscht werden dürfen, klarer umschrieben werden. Sodann ist vorgesehen, dass die gesetzlichen unmittelbaren Pfandrechte, die ohne Grundbucheintragung Bestand haben, "einem gutgläubigen Erwerber des Grundstücks nicht mehr entgegengehalten werden [können], wenn sie nicht innert einer bestimmten Frist in das Grundbuch eingetragen worden sind"⁵ (Art. 808 Abs. 3, 810 Abs. 2, 819, 836 VE-ZGB). Der Vorentwurf ergänzt im Weiteren die Liste der Anmerkungen, die nach Bundesprivatrecht im Grundbuch eingeschrieben werden können (Art. 649a Abs. 2, 712q Abs. 3, 961b VE-ZGB).

³ BGE 91 II 100 ff.; BGE 114 II 230 ff.

⁴ SCHMID-TSCHIRREN, Überblick, 4.

⁵ SCHMID-TSCHIRREN, Überblick, 5 unten.

f) Weitere Änderungen sind im Dienstbarkeitsrecht geplant, u.a. die folgenden: 1. Bei einer Grundstücksteilung sind die Dienstbarkeiten zwingend – nach Massgabe von Art. 976, 976a und 976b VE-ZGB – zu bereinigen (Art. 743 VE-ZGB). Die im bisherigen Recht getroffene Unterscheidung, ob das berechnigte (Art. 743 ZGB) oder das belastete Grundstück (Art. 744 ZGB) geteilt wird, wird fallengelassen. – 2. Das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung soll auf die Errichtung sämtlicher Grunddienstbarkeiten erstreckt werden, mit Ausnahme der Dienstbarkeiten für die Durchleitung von Röhren und Leitungen, die der Versorgung oder Entsorgung eines andern Grundstücks dienen (Art. 732 VE-ZGB). S. eingehend PFÄFFLI, Zur Revision des Dienstbarkeitsrechts, ZBGR 2006, 31 ff.

– *Vorkaufsrecht für Mieter (parlamentarische Initiative)*

Eine parlamentarische Initiative von Nationalrätin Margret Kiener Nellen (SPS, Bern) zur Einführung eines Vorkaufsrechts für Mieter⁶ wurde abgelehnt.⁷

– *Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110)*

Am 1. Januar 2007 ist das neue Bundesgerichtsgesetz in Kraft getreten. Gemäss Art. 75 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 BGG gelten Beschwerden über die Führung des Grundbuchs, des Zivilstandsregisters und des Handelsregisters als "Beschwerden in Zivilsachen". Gemäss Art. 76 Abs. 2 BGG i.V.m. Art. 102 GBV ist auch das Bundesamt für Justiz zur Beschwerde legitimiert. Gemäss Art. 111 Abs. 2 BGG ist das Bundesamt zudem legitimiert, ein Rechtsmittel des kantonalen Rechts zu ergreifen und sich vor jeder kantonalen Instanz am Verfahren zu beteiligen.

– *Partnerschaftsgesetz (PartG, SR 211.231)*

Das am 1. Januar 2007 in Kraft getretene Partnerschaftsgesetz enthält insbesondere zwei sachenrechtlich bedeutsame Bestimmungen:

Art. 14 PartG sieht analog Art. 169 ZGB vor, dass ein Partner (eine Partnerin) die gemeinsame Wohnung nur mit Zustimmung des Partners (der Partnerin) veräussern oder durch andere Rechtsgeschäfte die Rechte an den gemeinsamen Wohnräumen beschränken kann.

⁶ Vorstoss Nr. 04.415 vom 18.3.2004.

⁷ Vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung: Nationalrat 2006, 477 ff.

Art. 22 PartG sieht eine dem Art. 178 ZGB analoge Regelung vor:

1 Soweit es die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen oder die Erfüllung einer vermögensrechtlichen Verpflichtung aus der eingetragenen Partnerschaft erfordert, kann das Gericht auf Antrag die Verfügung einer Partnerin oder eines Partners über bestimmte Vermögenswerte von der Zustimmung der oder des andern abhängig machen und sichernde Massnahmen treffen.

2 Betrifft diese Massnahme ein Grundstück, so lässt das Gericht sie im Grundbuch anmerken.

– *Revision des VVG, Art. 54*

Nach Art. 54 VVG in der bis 1.1.2006 geltenden Fassung ging bei Veräusserung des versicherten Gegenstandes der Versicherungsvertrag grundsätzlich auf den Erwerber über. Neu ist vorgesehen, dass der Vertrag grundsätzlich mit dem Eigentumsübergang endet. Der revidierte Art. 54 VVG lautet:

1 Wechselt der Gegenstand des Versicherungsvertrages den Eigentümer, so endet der Vertrag zum Zeitpunkt der Handänderung. Vorbehalten bleiben Absatz 2 sowie Artikel 67 Absätze 1 und 2 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958.

2 In Kantonen mit einem Versicherungsobligatorium für Gebäude gegen Feuer- und Elementarschäden bei privaten Versicherungsträgern geht der bestehende Versicherungsvertrag auf den Erwerber über, sofern dieser oder der Versicherer den Vertrag nicht innert 14 Tagen nach der Handänderung kündigt.

Bei Grundstücken ist unter dem Zeitpunkt des Eigentumswechsels der Zeitpunkt des Tagebucheintrags zu verstehen, nicht jener des Hauptbucheintrags.⁸

– *Entwurf Bundesgesetz über Bucheffekten (BEG)*

Am 15. November 2006 ist die Botschaft zum Bucheffektengesetz (BEG) erschienen (BBl 2006, 9315 ff.). Anlass für den Gesetzesentwurf war die "Mediatisierung der Wertpapierverwahrung" (Botschaft, 9321). Diese wirft Probleme auf, welche mit dem geltenden rechtlichen Instrumentarium nicht mehr sachadäquat erfasst werden können. Daher schlägt der Bundesrat die Schaffung eines neuen Vermögensobjekts (Bucheffekte) vor (zum Begriff s. Art. 3 BEG). "Bucheffekten entstehen in einem zweistufigen Akt: erstens mit Hinterlegung von Wertpapieren oder Globalurkunden bei einer Verwahrungsstelle oder mit Eintragung von Wertrechten im Haupt-

⁸ Vgl. BGE 118 II 119 betr. die analoge Problematik bei Art. 261 OR.

register einer Verwahrungsstelle und zweitens mit deren Gutschrift im Effektenkonto der Kontoinhaberin oder des Kontoinhabers." (Botschaft, 9339) Anlegerinnen und Anleger, die Bucheffekten halten, können "während der Dauer der mediatisierten Verwahrung aus ihrem bzw. seinem Miteigentum am Sammelbestand der hinterlegten Wertpapiere bzw. an der Globalurkunde keine Rechte mehr ableiten." (Botschaft, 9349) Das BEG wirkt sich also auch sachenrechtlich aus, das noch in verschiedener anderer Hinsicht. Einzelheiten gehören nicht hierher.

II. Rechtsprechung

A. Grundlagen

Keine Entscheide im Berichtsjahr.

B. Besitz und Besitzesrecht

BGE 132 III 155 ff.⁹: "Art. 641 Abs. 2 ZGB, Art. 922 ff. ZGB; Übertragung von Besitz und Eigentum an einer Fahrnissache. Eine Besitzanweisung (Art. 924 Abs. 1 ZGB) setzt gestuften Besitz voraus. Anerkennt der unmittelbare Besitzer die Herrschaft des mittelbaren Besitzers nicht (mehr) an, verliert dieser seinen Besitz und kann eine Sache nicht mittels Besitzanweisung übertragen (E. 4). Die Übergabe einer Sache mittels longa manu traditio (Art. 922 Abs. 2 ZGB) setzt eine offene Besitzlage sowie den unmittelbaren Besitz des Veräusserers voraus. Fehlen diese Voraussetzungen ist eine Besitzübertragung durch longa manu traditio ausgeschlossen (E. 5). Unzulässigkeit der unselbstständigen Vindikationszession: Die Abtretung des Herausgabeanspruchs gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB stellt kein zulässiges Traditionssurrogat dar. Durch die Abtretung des Vindikationsanspruchs kann kein Eigentum an einer Sache übertragen werden (E. 6.1). Unzulässigkeit der selbstständigen Vindikationszession: Der Herausgabeanspruch gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB kann nicht selbstständig, d.h. ohne gleichzeitige Übertragung des Eigentums an der Sache, abgetreten werden (E. 6.2). Der Kläger kann seine Legitimation zur Vindikationsklage nur dann auf eine Bevollmächtigung stützen, wenn dem Vollmachtgeber selber die Herausgabeklage überhaupt zustünde (E. 7)."

Sachverhalt: Die L. AG war Eigentümerin eines Hotels. Mit Kaufvertrag vom 30. März 1988 verkaufte sie das Hotel der M. AG. Vom Hotelmobiliar war darin nicht die Rede. Mit Vertrag vom 1. April 1995 vermietete die M. AG das Hotel an V. Im April 1996 nahm die L. AG bei E. ein Darlehen auf und verpfändete ihm hierfür das – im Besitz des jeweiligen Hotelmieters befindliche – Hotelmobiliar. E. wurde für den Fall, dass das Darlehen nicht rechtzeitig zurückbezahlt werden sollte, das Recht eingeräumt, das Pfand freihändig zu verwerten oder selbst zu erwerben. Im Juli 1997 machte E. von seinem Selbsteintrittsrecht Gebrauch. Mit Kaufvertrag vom 23.

⁹ S. zu diesem Entscheid HOFFMANN-NOWOTNY/VON DER CRONE, 233 ff.

November 1998 erwarb V das Hotel von der M. AG zu Eigentum. Am 30. Oktober 2002 schloss E. mit der Y. GmbH einen Vertrag, worin der GmbH sämtliche durch die Faustpfandverwertung erworbenen dinglichen und obligatorischen Rechte am Hotelmobiliar übertragen wurden. Im Jahre 2004 erhob die GmbH Klage gegen V mit dem Begehren auf Herausgabe des Hotelmobiliars. Die Gerichte des Kantons Bern beschränkten das Verfahren vorerst auf die Frage der Aktivlegitimation der GmbH und verneinten diese. Das Bundesgericht hat eine von der GmbH eingereichte Berufung abgewiesen.

Erwägungen: Das Bundesgericht hat vorab festgestellt, die GmbH habe von E. kein Eigentum erworben. Denn eine Besitzübertragung habe nicht stattgefunden (E. 4, S. 158 f. und 5, S. 159 f.) und ein Eigentumserwerb zufolge unselbständiger Vindikationszession scheitere an der Unzulässigkeit dieses Instituts nach schweizerischem Recht (E. 6.1, S. 160 f.). Sodann hat das Bundesgericht ausgeführt, die selbständige Vindikationszession sei ebenfalls unzulässig, weshalb der Herausgabeanspruch auch nicht auf eine solche abgestützt werden könne (E. 6.2, S. 162 ff.). Schliesslich hat das Bundesgericht geprüft, ob die GmbH als Bevollmächtigte des E. zur Geltendmachung der Vindikation angesehen werden könne. Dies hat es mit dem Argument verneint, es fehle bereits an einem gültigen Eigentumserwerb durch E. (E. 7, S. 164 ff.). Zur Begründung wurde im Wesentlichen angeführt, angesichts der Unzulässigkeit der Vindikationszession hätte ein Eigentumserwerb des E. nur durch Besitzübertragung von Seiten der L. AG stattfinden können. Eine solche habe jedoch nicht stattgefunden.

Im vorliegenden Kontext interessieren nur die Erwägungen des Bundesgerichts zur Besitzübertragung (zur Vindikationszession s. unten S. 16 ff.). Es hat eine Besitzübertragung durch Besitzanweisung und Besitzvertrag (*longa manu traditio*) geprüft:

Die *Besitzanweisung* setzt gestuften Besitz voraus. Darunter ist folgende Konstellation zu verstehen: "Ein selbstständiger mittelbarer Besitzer (z.B. Vermieter) hat die Sache dem Gewahrsam eines Dritten (z.B. Mieter) überlassen, der unselbstständigen unmittelbaren Besitz dran hat."¹⁰ Die Besitzanweisung ist Übertragung des mittelbaren und selbständigen Besitzes durch entsprechende Vereinbarung zwischen dem selbständigen

¹⁰ BGE 132 III 155 E. 4.1, S. 158.

Besitzer und dem Erwerber (Art. 924 ZGB).¹¹ Dass der unmittelbare Besitzer (Dritter i.S.v. Art. 924 ZGB) vom Besitzerwechsel benachrichtigt wird, ist nicht erforderlich. In dem vom Bundesgericht entschiedenen Fall hatte der beklagte V das Hotelmobiliar vorerst (in der Zeit vom 1. April 1995 bis zum 23. November 1998) für die M. AG besessen, nachher hielt er sich für den Eigenbesitzer des Mobiliars. Er hat also weder die L. AG noch E. als (selbständigen, mittelbaren) Besitzer anerkannt. Dementsprechend konnten weder die L. AG noch E. Besitz übertragen¹².

Die in Art. 922 Abs. 1 ZGB geregelte *longa manu traditio* setzt einerseits unmittelbaren Besitz des Veräusserers, andererseits eine offene Besitzlage voraus. Letzteres bedeutet, dass es dem Erwerber ohne weiteres möglich sein muss, "Zugriff auf die Sache zu nehmen und die tatsächliche Gewalt über sie auszuüben".¹³ Schulbeispiel für eine offene Besitzlage ist das im Wald gelegene geschlagene Holz. Im vorliegenden Fall scheiterte die *longa manu traditio* vorab daran, dass unmittelbare Besitzerin des Mobiliars ab 1995 V war, und nicht die L. AG bzw. E. Dementsprechend fiel eine Besitzübertragung von Seiten der L. AG an E. im Jahre 1997 bzw. von E. an die GmbH im Jahre 2002 ausser Betracht. Im Übrigen fehlte es auch an einer offenen Besitzlage.

C. Grundbuch und Grundbuchrecht

- BGE 132 III 603 ff.: "Art. 970 und 970a ZGB, Art. 106a GBV; Einsichtsrecht ins Grundbuch. Anspruch auf Mitteilung des Kaufpreises eines Grundstücks (E. 4)."¹⁴

Im Entscheid geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen Art. 970 ZGB einen Anspruch auf Mitteilung des für ein Grundstück bezahlten Kaufpreises verschafft. Das Bundesgericht stellte fest, dass der Anspruch einen Interessennachweis gemäss Art. 970 Abs. 1 ZGB voraussetzt, dass

¹¹ BGE 132 III 155 E. 4.1, S. 158; BGE 112 II 406 E. 5c, S. 420; BGE 109 II 144 E. 3d, S. 150.

¹² BGE 132 III 155 E. 4.1, S. 158 f., sowie E. 4.2, S. 159.

¹³ BGE 132 III 155 E. 5.1, S. 159 f.

¹⁴ S. zu diesem Entscheid kritisch MOOSER, 155 ff.

also Art. 970 Abs. 2 ZGB, wonach über gewisse Daten auch ohne Interessennachweis Auskunft zu erteilen ist, keine Anwendung findet, auch keine analoge. Dass die Kantone gestützt auf Art. 970a Abs. 1 ZGB den Kaufpreis veröffentlichen dürfen, mache diesen nicht zu einer frei zugänglichen Information.¹⁵

Das Interesse i.S.v. Art. 970 Abs. 1 ZGB kann rechtlicher oder tatsächlicher (wirtschaftlicher, wissenschaftlicher, persönlicher oder familiärer) Natur sein (E. 4.3.1, S. 607 oben). Im konkreten Fall verlangte ein pflichtteilsberechtigter Erbe, im Hinblick auf einen allfälligen Prozess gegen die Miterben Kenntnis über den Kaufpreis eines bestimmten Grundstücks zu erlangen.¹⁶ Dieses Interesse wurde als rechtsgenügend anerkannt, obwohl die Parteien des Kaufvertrages weder der Erblasser noch seine Erben waren.

– *BGer, Urteil 5C.282/2005 vom 13. Januar 2006: Wird bei einer Grundstücksteilung eine Dienstbarkeitslast zu Unrecht nicht auf alle neu gebildeten Grundstücke übertragen, so kann vorbehaltlich Art. 973 Abs. 1 ZGB die Grundbuchberichtigung verlangt werden (Art. 975 ZGB).*

Sachverhalt und Erwägungen: Im Jahre 1937 verkaufte K., der damals Eigentümer der Liegenschaften A, B und C war, die Parzellen B und C dem W. K. liess sich zugunsten der ihm verbleibenden Parzelle und zu Lasten der Parzelle B ein "unbeschränktes Fuss- und Fahrwegrecht" einräumen. Im Jahre 1943 verkaufte K. die Parzelle A an V. Im Jahre 1959 parzellierte W. einen Teil der Parzelle B ab und vereinigte diesen mit der Parzelle C. Dabei wurde unterlassen, das Fuss- und Fahrwegrecht zu Lasten der Parzelle C im Grundbuch einzutragen. Im Jahre 1966 veräusserte W. die Liegenschaft C an seinen Sohn X. Im Jahre 1975 verstarb V.; das Eigentum an der Parzelle A ging an seinen Sohn Y. über. Dieser reichte im Jahre 2003 gegen die Erben des X., welche inzwischen Eigentümer der Parzelle C geworden waren, eine Grundbuchberichtigungsklage ein (Art. 975 Abs. 1 ZGB). Er beantragte, das Fuss- und Fahrwegrecht sei auch zu Lasten der Parzelle C einzutragen. Die Beklagten widersetzten sich der Klage gestützt auf Art. 973 Abs. 1 i.V.m. Art. 975 Abs. 1 ZGB. Zudem machten sie geltend, eine Grundbuchberichtigung sei auch deshalb ausgeschlossen, weil auf der berechtigten Liegenschaft nicht mehr, wie bei Be-

¹⁵ BGE 132 III 603 E. 4.3.1, S. 606; vgl. BGE 126 III 512 E. 5a, S. 518 [in Anwendung der alten Fassung von Art. 970a ZGB].

¹⁶ BGE 132 III 603 E. 4.3.2, S. 607.

gründung der Dienstbarkeit, eine Schweinemästerei und Kuttlerei, sondern eine Autowerkstatt betrieben werde; die Eintragung der Dienstbarkeit sei daher nach Art. 738 und 739 ZGB ausgeschlossen. Die kantonalen Gerichte haben der Klage stattgegeben; die beim Bundesgericht eingereichte Berufung hatte keinen Erfolg. Hinsichtlich Art. 973 Abs. 1 ZGB stellte das Bundesgericht fest, es habe dem X. im Zeitpunkt des Erwerbs der Parzelle C im Jahre 1966 am dort vorausgesetzten guten Glauben gefehlt, denn "das heute umstrittene Recht sei permanent ausgeübt und geduldet worden und seit jeher bekannt gewesen". Zu den Erwägungen hinsichtlich Art. 738 und 739 ZGB s. unten S. 35 f.

Bemerkungen: Das Bundesgericht ist von der Feststellung ausgegangen, dass gemäss Art. 744 Abs. 1 ZGB bei einer Teilung des dienstbarkeitsbelasteten Grundstücks (hier: des Grundstücks B) die Last grundsätzlich auf allen Teilen weiter besteht und daher im konkreten Fall die Dienstbarkeit nach der Abparzellierung auch zu Lasten der Parzelle C hätte eingetragen werden müssen. Die fehlende Eintragung verschaffe einen (dinglichen) Anspruch auf Grundbuchberichtigung gemäss Art. 975 Abs. 1 ZGB (und nicht bloss einen obligatorischen Anspruch auf Begründung der Dienstbarkeit durch Eintragung im Grundbuch). Im Ergebnis ist dem nicht zu widersprechen, es sei lediglich der Hinweis erlaubt, dass Art. 975 Abs. 1 ZGB nach seinem Wortlaut für Fälle wie den vorliegenden nicht passt. Denn es kann weder von einem ungerechtfertigten Eintrag (erste Variante von Art. 975 Abs. 1 ZGB) noch davon gesprochen werden, "ein richtiger Eintrag" sei "in ungerechtfertigter Weise gelöscht oder verändert worden" (zweite Variante). In Wirklichkeit wurde ein durch die materielle Rechtslage gebotener Eintrag unterlassen.

Art. 973 Abs. 1 ZGB setzt (berechtigte, Art. 3 Abs. 2 ZGB) Gutgläubigkeit desjenigen, der ein dingliches Recht erworben hat, voraus. Die Bestimmung findet nur auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb Anwendung. Daher kam es im konkreten Fall einzig auf die Gutgläubigkeit von X. im Jahre 1966 an (E. 3 a.E.). Ob dessen Erben im Zeitpunkt des Erbgangs gutgläubig waren, spielte hingegen keine Rolle.

Das Bundesgericht hat den Grundbuchverwalter angewiesen, die Dienstbarkeit rückwirkend per 3. Dezember 1959 im Grundbuch einzutragen. Das hat zur Folge, "dass die seit dem 3. Dezember 1959 im Grundbuch eingetragenen beschränkten dinglichen Rechte im Nachgang stehen zu dieser 'neuen' Dienstbarkeit. Es stellt sich im Hinblick auf einen allfälli-

gen späteren Doppelaufwurf (Art. 142 SchKG) die Frage, ob eine solche Anordnung ohne Zustimmung insbesondere der Grundpfandgläubiger überhaupt zulässig ist.¹⁷

- *BGer, Urteil 5C.301/2005 vom 17. Februar 2006: Wird bei einer Grundstücksteilung eine Dienstbarkeitslast zu Unrecht nicht auf alle neu gebildeten Grundstücke übertragen, so kann vorbehaltlich Art. 973 Abs. 1 ZGB die Grundbuchberichtigung verlangt werden (Art. 975 ZGB).*

Der Entscheid betrifft einen ähnlichen Sachverhalt wie der vorige Entscheid, doch wurde der gute Glaube des Dritten geschützt: Im Jahre 1969 wurde zu Lasten der Parzelle X ein Fuss- und Fahrwegrecht begründet. Im Jahre 1976 wurde das Grundstück X in mehrere Parzellen aufgeteilt. Dabei wurde die Last versehentlich nicht auf alle neuen Grundstücke übertragen. In der Folge verlangte der Dienstbarkeitsberechtigte im Wege der Grundbuchberichtigungsklage die Eintragung der Dienstbarkeit zu Lasten dieser Grundstücke. Mit diesem Begehren scheiterte er, weil die Grundstücke an gutgläubige Dritte veräussert worden waren (Art. 975 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 973 Abs. 1 ZGB).

- *BGer, Urteil 5C.275/2005 vom 15. März 2006: Der Abschluss eines rechtsgültigen Dienstbarkeitsvertrags verschafft einen Anspruch auf gerichtliche Zusprechung der Dienstbarkeit (Art. 665 Abs. 1 ZGB analog), nicht aber auf Grundbuchberichtigung (Art. 975 Abs. 1 ZGB).*

Bemerkung: Die Grundbuchberichtigung steht nur offen, wenn das Grundbuch die dinglichen Rechtsverhältnisse nicht zutreffend wiedergibt. Das ist nicht der Fall, wenn zwar ein Anspruch auf Dienstbarkeitsbegründung besteht, ein Grundbucheintrag aber noch aussteht. Im vorliegenden Fall hatten die Kläger zu Unrecht auf Grundbuchberichtigung geklagt. Eine gerichtliche Zusprechung der behaupteten Dienstbarkeit fiel ebenfalls ausser Betracht, da es an einem gültigen Dienstbarkeitsvertrag fehlte. Der Wille, eine Dienstbarkeit zu begründen, war nicht erwiesen und zudem nicht formgültig verurkundet.

Ähnlich verhielt es sich im Fall 5C.96/2006 vom 2. August 2006.

- *BGer, Urteil 5A.28/2005 vom 13. Februar 2006 = ZBGR 2006, 381 ff.: Kommen die Teilhaber einer einfachen Gesellschaft überein, dass einer*

¹⁷ PFÄFFLI, Berichtigung, Rz. 14.

der Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen ohne Liquidation übernimmt, so wird dieser mit Bezug auf Grundstücke ausserbuchlich Eigentümer. Die Eintragung des Übernehmers im Grundbuch hat nur deklaratorischen Charakter.

Die Gebrüder B. und X. waren zufolge einfacher Gesellschaft als Gesamteigentümer eines in S. gelegenen Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Dieses Grundstück bildete das einzige Gesellschaftsvermögen. In einer schriftlichen Vereinbarung vom 24. Oktober 2002 erklärten sie, X. übernehme die Liegenschaft zu Alleineigentum, wofür er B CHF 85'000.- bezahle. Mit Grundbuchanmeldung vom 14. Februar 2005 ersuchte X. die Amtsschreiberei Solothurn, ihn als Alleineigentümer einzutragen. Die Anmeldung wurde abgewiesen, eine beim Obergericht des Kantons Solothurn erhobene Beschwerde blieb ohne Erfolg. Das Bundesgericht hat die von X. eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde gutgeheissen. Es hat u.a. festgehalten: a) Der Beschwerdeführer (X.) war verfügungsberechtigte Person i.S.v. Art. 965 Abs. 1 und 2 ZGB. Sein aus der Gesellschaft ausgeschiedener Bruder (B.) musste die Anmeldung nicht mitunterzeichnen. b) Die Vereinbarung vom 24. Oktober 2002 bildete einen genügenden Rechtsgrundausweis i.S.v. Art. 965 Abs. 1 und 3 ZGB bzw. Art. 18 Abs. 2 lit. e GBV. Dass sich die beiden Gesellschafter im Vertrag irrtümlich als Mit- statt als Gesamteigentümer bezeichnet hatten, betrachtete das Bundesgericht nicht als erheblich. Auch mass es dem Umstand, dass in der Vereinbarung vom 24. Oktober 2002 von einem Ausscheiden des einen Gesellschafters (B.) nicht ausdrücklich die Rede war, keine Bedeutung bei. Denn aus der Tatsache, dass das Gesellschaftsvermögen einzig im fraglichen Grundstück bestand, habe sich "zwangsläufig mit der erforderlichen Klarheit" ergeben, "dass der andere Gesellschafter, B., ausgeschieden war". Auch sonstige, die Abweisung rechtfertigende Unklarheiten der Vereinbarung lagen nach Auffassung des Bundesgerichts nicht vor (anders noch die Vorinstanzen).

Bemerkungen: Der Grundbuchverwalter hatte zu prüfen, ob aus dem Vertrag vom 24. Oktober 2002 der Wille hervorging, dass B aus der Gesellschaft ausscheiden und X als alleiniger Gesellschafter verbleiben und damit auch Eigentümer der fraglichen Parzelle werden sollte. War dies zu bejahen, so war damit gleichzeitig der Rechtsgrundausweis und die Verfügungsberechtigung von X. erstellt. Hätte das Bundesgericht die Frage – mit den Vorinstanzen – verneint, so wäre zwar die Grundbuchanmeldung ab-

zuweisen gewesen. Das hätte jedoch noch nicht bedeutet, dass der Vertrag nicht rechtsgültig zustande gekommen war¹⁸. Gegebenenfalls hätte X. auf Feststellung seines Eigentums klagen können. Der Richter hätte über die Rechtsgültigkeit mit voller Kognition zu entscheiden gehabt, wogegen die Kognition des Grundbuchverwalters naturgemäss beschränkt ist, weil im Anmeldeverfahren insbesondere auch keine Beweise abgenommen werden können.

- *Obergericht LU, Justizkommission, vom 2. Mai 2002, ZBGR 2006, 264 ff: "OR Art. 216b, GBV Art. 71 Abs. 2; Vormerkung von Miete und Pacht. Eine Vormerkung ist bereits vor Beginn der Miete bzw. Pacht zulässig (Änderung der in ZBGR 85 S. 87 publizierten Rechtsprechung). Im Vormerkungstext ist der Beginn der Miete bzw. Pacht anzugeben."*

Im Jahre 2000 schlossen A und B einen Pachtvertrag für die Zeit vom 1. Oktober 2005 bis zum 30. September 2025. Der Verpächter räumte dem Pächter das Recht ein, den Pachtvertrag im Grundbuch vormerken zu lassen. Die in der Folge vom Pächter vorgenommene Anmeldung wurde vom Grundbuchverwalter Sursee mit der Begründung abgewiesen, eine Vormerkung könne nicht vor Pachtbeginn vorgenommen werden. Auf Beschwerde hin stellte das Obergericht Luzern fest, es gebe "gute Gründe, die gegen eine vorzeitige Vormerkung eines Pachtvertrages sprechen" (E. 6.1). Diesen Gründen stünden "aber die Praxis in verschiedenen Kantonen und namentlich die Auffassung des Eidgenössischen Amtes für Grundbuch- und Bodenrecht sowie des Bundesamtes für Justiz entgegen" (E. 6.2). In Übernahme dieser Praxis hat es schliesslich die Beschwerde gutgeheissen. "Um die Rechtsverhältnisse im Grundbuch möglichst klar zum Vorschein kommen zu lassen", sei es allerdings "angezeigt, im Vormerkungstext gemäss Art. 71 Abs. 2 GBV auch die Dauer des Pachtvertrages (1. Oktober 2005 bis 30. September 2025) konkret aufzuzeigen bzw. aufzuführen" (E. 6.2 a.E.).

¹⁸ Anders offenbar PFÄFFLI, Rechtsprechung, 335.

D. Eigentum

1. Allgemeines

Keine Entscheide im Berichtsjahr.

2. Fahrniseigentum

– BGE 132 III 155 ff.¹⁹

Sachverhalt und Regesten sind oben auf S. 8 f. wiedergegeben.

Erwägungen: Dem Bundesgericht stellte sich die Frage, ob die GmbH ihren Herausgabeanspruch auf eine selbständige oder unselbständige Vindikationszession abstützen konnte. Bei der unselbständigen Vindikationszession bildet Gegenstand der Abtretung das Eigentum (einschliesslich der Vindikation gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB), bei der selbständigen Vindikationszession bildet lediglich die Vindikation den Gegenstand der Abtretung. In diesem zweiten Fall bleibt also das Eigentum vorerst beim Zedenten, und es geht erst auf den Erwerber über, wenn dieser den Besitz an der Sache erlangt.

Das Bundesgericht lehnt in E. 6.1, S. 160 f. die *unselbständige* Vindikationszession ab. Es hält vorab fest, dass sich diese nicht auf Art. 922 ZGB abstützen lasse. Dann stellt es sich "die Frage, ob das Gesetz eine zu füllende Lücke enthält". Dies verneint es im Wesentlichen mit der Begründung, dem historischen Gesetzgeber sei die Problematik bekannt gewesen, trotzdem habe er – anders als der deutsche Gesetzgeber (§ 931 BGB) – auf eine Regelung der Vindikationszession verzichtet. Das lasse "eher auf ein qualifiziertes Schweigen schliessen", umso mehr, als eine zulässige Alternative die Bevollmächtigung zur Ausübung des Eigentumsanspruchs zur Verfügung stehe (E. 6.1.2, S. 161).

Auch die *selbständige* Vindikationszession wird vom Bundesgericht nicht anerkannt. Zur Begründung führt es aus: "Die Vindikation [Art. 641 Abs. 1 ZGB] ist vollständig abhängig vom Bestand des dinglichen

¹⁹ S. zu diesem Entscheid HOFFMANN-NOWOTNY/VON DER CRONE, 233 ff.

Rechts. Geht das Eigentum unter, fällt auch der Vindikationsanspruch dahin. Eigentum und Vindikation sind damit eine untrennbare Einheit. Die Abtretung der Vindikation würde zu einer Aushöhlung des Eigentumsrechts führen. Sie ist daher abzulehnen."²⁰

Bemerkungen: a) Unstrittig zulässig ist die Abtretung der Ansprüche aus Art. 934/936 ZGB. Ob solche Ansprüche im vorliegenden Fall bestanden und gegebenenfalls an die GmbH abgetreten waren, hat das Bundesgericht nicht geprüft. Insbesondere ist es nicht der Frage nachgegangen, ob die GmbH ihren Herausgabeanspruch auf Art. 936 Abs. 1 ZGB abstützen konnte.

b) Die Möglichkeit einer Übertragung des Eigentums durch unselbständige Vindikationszession in Fällen, in denen dem Eigentümer der Besitz abgeht und daher eine Eigentumsübertragung durch Besitzübertragung ausser Betracht fällt, scheint "sehr wünschenswert".²¹ Verneint man diese Möglichkeit, hat beispielsweise der Versicherer, der den Bestohlenen entschädigt hat, keinerlei Möglichkeit, sich das Eigentum an der gestohlenen Sache zu verschaffen. Zwar kann er sich vom Eigentümer bevollmächtigen lassen, die Vindikation vertretungsweise geltend zu machen. Das ist jedoch nur schon wegen der jederzeitigen Widerrufsmöglichkeit (Art. 34 Abs. 2 OR) keine wirksame Alternative. Auch die Anerkennung der selbständigen Vindikationszession würde keine wirkliche Abhilfe schaffen. Denn bis zur Besitzerlangung durch den Zessionar kann die Sache von Gläubigern des Zedenten gepfändet werden bzw. fällt sie in die Konkursmasse des Zedenten. Derselbe Vorbehalt ist gegenüber der Abtretung der Ansprüche aus Art. 934/36 ZGB zu machen.²²

- *Appellationsgericht BS, BJM 2006, 22 ff.: "Klage auf Herausgabe einer beweglichen Sache (Art. 641 Abs. 2 ZGB): Zum Urkundenbeweis gemäss Art. 9 ZGB (E.. 4b). Zur Vermutung, dass der Besitzer Eigentümer einer Moblie ist (Art. 930 Abs. 1 ZGB): Liegt ein heimlich ausgeübter resp. ein nicht eindeutiger Besitz vor? Nichtanwendung des Grundsatzes von Art. 930 Abs. 1 ZGB bei Besitzübertragungen zwischen wirtschaftlich verbundenen Personen? (E. 4c)."*

²⁰ BGE 132 III 155 E. 6.2.3, S. 164.

²¹ EINSELE-WILL, 101 unten/102 oben.

²² EINSELE-WILL, 104 unten.

X. und E. sind die Erben des Kunstsammlers A. Sie beanspruchten u.a. das Eigentum an einer Skulptur von Z. Diese befand sich im Besitz der Galerie Y. Ltd. Eine Klage von X. und E. auf unbeschwerte Herausgabe der Skulptur wurde vom Zivilgericht Basel Stadt gutgeheissen. Das Appellationsgericht Basel Stadt wies hingegen die Klage ab.

Es war unbestritten, dass der Erblasser A. früher einmal Besitzer und Eigentümer der strittigen Skulptur gewesen war. Strittig war, ob A. das Eigentum der Galerie Y. Ltd. übertragen hatte. Die Beklagte konnte dies nicht beweisen, doch kam ihr die Eigentumsvermutung von Art. 930 ZGB zu Hilfe. Der von dieser Bestimmung vorausgesetzte eindeutige Besitz war nach Auffassung des Appellationsgerichts entgegen der Auffassung der ersten Instanz gegeben. Das Appellationsgericht verwarf die Argumentation der Vorinstanz, wonach die Eigentumsvermutung aus Art. 930 ZGB unter wirtschaftlich verflochtenen juristischen Personen (A. und Galerie Ltd.) nicht anwendbar sei: Es besteht nach Auffassung des Bundesgerichts "kein Anlass, den Besitz einer Tochtergesellschaft grundsätzlich als 'zweideutig' anzusehen und daher in solchen Fällen die Unanwendbarkeit von Art. 930 ZGB zu postulieren".²³ Auch war der Besitz nicht heimlich und aus diesem Grund zweideutig. Und schliesslich führte auch der Umstand, dass die Beklagte keinerlei Angaben zum Eigentumserwerb machen konnte, nicht zur Unanwendbarkeit der Vermutung.

3. Grundeigentum

a) Allgemeines

BGE 132 III 353 ff. = SemJud 2006 I, 349 ff.: "Art. 667 Abs. 1 ZGB; vertikale Ausdehnung des Grundeigentums. Die vertikale Ausdehnung des Grundeigentums wird durch das Interesse bestimmt, das die Ausübung des Eigentumsrechts mit sich bringt. Ein künftiges Interesse genügt, vorausgesetzt dass seine Verwirklichung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge in absehbarer Zukunft wahrscheinlich ist (E. 2.1); dagegen ist das blosses Interesse an der Einräumung einer Entschädigung nicht schutzwürdig (E. 4.2). Prüfung dieses Interesses im vorliegenden Fall (E. 4.1)."

²³ Appellationsgericht BS, BJM 2006, E. 4c, S. 27 f.

Die Beklagte erstellte ein Bauwerk, von dem gewisse Installationen (Verankerungen) unterirdisch in einer Tiefe von 20–43 Metern in das Grundstück der Klägerin hineinreichten. Diese verlangte deswegen klageweise Schadenersatz gestützt auf Art. 41 OR i.V.m. Art. 641 und 667 ZGB. Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, wegen der Verankerungen könnte der Bau einer unterirdischen Parkgarage stark verteuert oder überhaupt verunmöglicht werden, wodurch auch der Wert ihres Grundstücks beeinträchtigt werde.²⁴ Der Klage war kein Erfolg beschieden. Das Bundesgericht ging von folgenden Erwägungen aus:

Gemäss Art. 667 ZGB erstreckt sich das Grundeigentum nach unten auf das Erdreich, soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht. Ein beliebiges Interesse genügt allerdings nicht. Es muss sich um ein schutzwürdiges Interesse handeln.²⁵ Auch ein künftiges Interesse kann genügen, sofern dessen Verwirklichung in absehbarer Zukunft nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge wahrscheinlich ist.²⁶ Ob ein hinreichendes Interesse vorliegt, beurteilt sich nach richterlichem Ermessen i.S.v. Art. 4 ZGB. Das Bundesgericht hebt einen kantonalen Ermessensentscheid nur auf, "wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Gesichtspunkte berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn Umstände nicht in Betracht gezogen worden sind, die hätten beachtet werden müssen. Das Bundesgericht greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, wenn sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen."²⁷ Für den konkreten Fall nahm das Bundesgericht an, es sei sehr unwahrscheinlich, dass die Klägerin in absehbarer Zukunft eine unterirdische Garage bauen könnte, dies u.a. wegen öffentlich-rechtlicher Baubeschränkungen (auf dem klägerischen Grundstück steht ein denkmalgeschütztes Gebäude). Es verbleibe somit einzig das Interesse am Erhalt einer finanziellen Entschädigung. Dieses Interesse aber verdiene keinen Schutz.

Bemerkung: S. zu Art. 667 ZGB auch den Entscheid BGE 132 III 689 E. 4, S. 698 ff. (unten S. 25).

²⁴ BGE 132 III 353 E. 4, S. 357.

²⁵ BGE 132 III 353, E. 2.1, S. 356; BGE 97 II 333 E. 2, S. 338; BGE 93 II 170 E. 5, S. 175.

²⁶ BGE 132 III 353 E. 2.1, S. 356.

²⁷ BGE 130 III 571 E. 4.3, S. 576, auf den BGE 132 III 353 in E. 2.2 verweist.

b) Nachbarrecht

- BGE 132 III 6 ff. = Praxis 2006 Nr. 144: *"Art. 684 und 688 ZGB; Verhältnis zwischen dem Schutz vor (negativen) Immissionen gemäss Bundesprivatrecht und dem kantonalen öffentlichen Recht über Anpflanzungen. Die Kantone sind befugt, Vorschriften des öffentlichen Rechts selbst in Bereichen zu erlassen, die - wie vorliegend gemäss Art. 688 ZGB - dem kantonalen Zivilrecht vorbehalten sind. Diesfalls kommt der bundesrechtliche Minimalschutz gegen (negative) Immissionen nicht mehr zum Zuge (E. 3)."*

X klagte gegen den Eigentümer der benachbarten Parzelle mit dem Begehren, der Beklagte sei zu verpflichten, acht Bäume zu fällen. Die Klage wurde von den kantonalen Instanzen abgewiesen, eine beim Bundesgericht eingereichte Berufung hatte keinen Erfolg. Die Vorinstanzen hatten festgestellt, die fraglichen Bäume seien nach kantonalem öffentlichem Recht unter Schutz gestellt. Daher dürften sie gemäss dem gestützt auf Art. 688 ZGB erlassenen kantonalen Privatrecht nur gefällt werden, wenn sie dem Eigentum der Klägerin schweren Schaden zufügten. Diese Voraussetzung sei in casu nicht gegeben. Die Klägerin machte vor Bundesgericht im Wesentlichen geltend, die kantonale Regelung verstosse gegen Art. 684 ZGB; die in Frage stehenden Bäume würden den bundesrechtlichen Anspruch auf einen minimalen Schutz vor negativen Immissionen beeinträchtigen. Das Bundesgericht folgte dem nicht. Es erwog: Gemäss Art. 6 Abs. 1 ZGB werden die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt. Sie sind deshalb befugt, einen Lebenssachverhalt, der auch durch das Bundesprivatrecht erfasst wird, ebenfalls durch kantonales öffentliches Recht zu regeln. Die kantonale Gesetzgebungshoheit ist immerhin nicht unbeschränkt, vielmehr setzt der Erlass öffentlich-rechtlicher Normen dreierlei voraus: Erstens darf der Bundesgesetzgeber die Materie nicht abschliessend geregelt haben, zweitens müssen die kantonalen Regeln durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein und drittens dürfen sie weder die Durchsetzung des Bundeszivilrechts übermässig erschweren oder gar vereiteln noch dessen Sinn und Geist widersprechen. Im vorliegenden Fall waren diese Voraussetzungen erfüllt: Das öffentliche Interesse am Baumschutz ist offensichtlich, die bundesrechtliche Eigentumsordnung stellt kein abschliessendes Ganzes dar, und schliesslich sind in der Naturschutzgesetzgebung vorgesehene Eigentumsbeschränkungen mit Sinn und Geist des Bundesrechts vereinbar.

Bemerkungen: Die Kantone sind nach Art. 688 ZGB befugt, für Anpflanzungen je nach Art des Grundstücks und der Pflanzen bestimmte Abstände vom nachbarlichen Grundstück vorzuschreiben oder den Grundeigentümer zu verpflichten, das Übergreifen von Ästen oder Wurzeln fruchttragender Bäume zu gestatten und für diese Fälle das Anries abweichend von Art. 687 Abs. 2 ZGB zu regeln oder aufzuheben. Art. 688 ZGB stellt einen echten Vorbehalt zugunsten des kantonalen Privatrechts dar. Umstritten ist das Verhältnis von Art. 688 ZGB zu Art. 679/684 ZGB.²⁸ Umstritten ist insbesondere, ob ein Grundeigentümer, der eine Immission nach dem gestützt auf Art. 688 ZGB erlassenen kantonalen Privatrecht dulden muss, sich auf Art. 684 ZGB berufen kann, um ein Verbot der Immission zu erwirken. Das Bundesgericht hat in BGE 126 III 452 ff. entschieden, dem kantonalen Recht komme keine abschliessende Geltung zu, vielmehr beanspruche "der Grundsatz, wonach jedermann sich aller schädlichen Einwirkungen auf das Eigentum des Nachbarn zu enthalten hat, als übergeordneter Mindestgrundsatz in jedem Fall Geltung"²⁹. Von Bedeutung kann dies beispielsweise in Fällen sein, in denen Bäume, die unter Beachtung der kantonalrechtlichen Grenzabstände gepflanzt wurden, im Nachhinein so sehr wachsen, dass damit nach Art. 684 ZGB nicht zu tolerierende negative Immissionen verbunden sind.

Im konkreten Fall ging es allerdings letztendlich nicht um das Verhältnis von Art. 684 ZGB zum kantonalen Privatrecht, sondern zum kantonalen öffentlichen Recht. Insoweit hat das Bundesgericht eine konstante Rechtsprechung wiederholt. Mit dieser in Anwendung von Art. 6 ZGB ergangenen Rechtsprechung ist eine Relativierung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts verbunden (sog. expansive Kraft des kantonalen öffentlichen Rechts): "Der Anwendungsbereich des Bundeszivilrechts [wird] durch kantonales öffentliches Recht 'zurückgedrängt' oder 'beschränkt' ..., indem anstelle des Bundeszivilrechts kantonales öffentliches Recht gilt oder die Anwendung des Bundeszivilrechts durch kantonales öffentliches Recht rechtlich oder faktisch eingeschränkt bzw. mit öffentlich-rechtlichen Auflagen versehen wird (. . .)."³⁰ Im konkreten Fall war allerdings nicht festgestellt, dass ohne das kantonale Recht Art. 684 ZGB die Beseitigung der in Frage stehenden Bäume bzw. Schutz vor deren negativen Immissionen gewährt hätte.

²⁸ S. SCHMID-TSCHIRREN, Immissionen, 196 f. m.Nw.

²⁹ BGE 126 III 452 E. 3c aa, S. 459.

³⁰ MARTI, Zürcher Kommentar, Art. 6 ZGB N 49.

- BGE 132 III 49 ff.: *"Immissionen durch Grossveranstaltungen auf der 'Landiwiese' und auf umliegendem Gelände (Art. 684 ZGB). Verhältnis zwischen privatrechtlichem und öffentlichrechtlichem Immissionschutz; Bedeutung öffentlichrechtlicher Vorschriften bei der Ermittlung der Zumutbarkeit von Einwirkungen durch Lärm, welcher von einer Liegenschaft im Verwaltungsvermögen ausgeht (E. 2). Immissionen durch den Einsatz von Lautsprechern bei einer Grossveranstaltung (E. 5.3.1) und durch den Motorenlärm von Helikoptern, die das Gelände zur Aufnahme von Bildern der Veranstaltung überfliegen (E. 5.3.10)."*

Sachverhalt: Einige Anwohner der "Landiwiese" in Zürich erhoben gegen die Stadt Zürich gestützt auf Art. 679/684 ZGB Klage mit dem Begehren, es sei der Beklagten zu untersagen, auf der Landiwiese, der Saffainsel und in den Anlagen der städtischen Tennisanlagen Mythenquai immissions-trächtige Veranstaltungen zu bewilligen oder zu dulden. Insbesondere seien Grossveranstaltungen mit Massenverkehr und/oder Verkehrsumleitungen oder mit Einsatz von Lautsprecheranlagen auf zwei Tage pro Jahr einzuschränken. Das Bezirksgericht Zürich und das Obergericht des Kantons Zürich wiesen die Klage ab, eine beim Bundesgericht eingereichte Berufung hatte keinen Erfolg.

Erwägungen: Das Bundesgericht stellt fest, dass das kantonale öffentliche Recht mittels Bauordnung und Zonenplan mehr und mehr bestimme, "was nach Lage und Ortsgebrauch [i.S.v. Art. 684 ZGB] an Einwirkungen zulässig ist" (E. 2.2, S. 51), dies insbesondere dort, wo detaillierte Zonenordnungen und Baureglemente in Frage stehen. "Wird daher das Vorliegen einer übermässigen Einwirkung im Sinne von Art. 684 ZGB mit dem Argument verneint, das Bauvorhaben entspreche den massgebenden öffentlichrechtlichen Normen, und handelt es sich dabei um Vorschriften, die im Rahmen einer detaillierten, den Zielen und Planungsgrundsätzen des Raumplanungsrechts entsprechenden Bau- und Zonenordnung erlassen worden sind, bedeutet das in aller Regel keine Vereitelung von Bundesrecht (zum Ganzen BGE 129 III 161 E. 2.6, S. 165 f. mit Hinweisen)." (S. 52). Daher kann beispielsweise gegen negative Immissionen einer Baute, die gemäss dem einschlägigen öffentlichen kantonalen Recht erbaut wurde, in aller Regel nicht über Art. 679/684 ZGB vorgegangen werden.

Immissionen, die von einer zum Verwaltungsvermögen gehörigen Sache ausgehen, sind hinzunehmen, "wenn sie unausweichliche Folge ihrer Zweckbestimmung sind" (S. 52 mit Hinweis auf BGE 119 II 411,

Gassenzimmer-Fall) oder wenn sie jedenfalls nur mit unverhältnismässigen Mitteln vermieden werden könnten. Das gilt auch dann, wenn die Immissionen nach Art. 684 ZGB übermässig sind. Diesfalls besteht jedoch ein Anspruch auf Entschädigung oder Schutzvorkehrungen nach dem Enteignungsrecht (E. 2.3 a.E., S. 53). Nach Zivilrecht (Art. 684/679 ZGB) kann nach dem Gesagten nur Abhilfe verlangt werden, wenn die in Frage stehenden Immissionen nicht notwendig (unausweichlich) oder doch mit verhältnismässigen Mitteln vermeidbar sind (E. 2.3, S. 52 f.).

"Soweit die Kläger (in allgemeiner Form) verlangen, es sei der Beklagten zu untersagen, auf der Landiwiese und ihrem Umgelände immissionsträchtige Veranstaltungen zu bewilligen oder zu dulden, ist ihre Klage offensichtlich unbegründet: Nach der vom Obergericht für das Bundesgericht verbindlich festgestellten öffentlichrechtlichen Zweckbestimmung der Landiwiese ist diese dem Gemeingebrauch gewidmet; sie gehört damit zum Verwaltungsvermögen (zum Begriff: BGE 103 II 227 E. 3, S. 233) und dient nach der gültigen Zonenordnung auch als Festplatz. Das Begehren der Kläger würde jede Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch ausschliessen, ist doch ein solcher stets mit gewissen Immissionen verbunden. Die bestimmungsgemässe Nutzung würde damit vereitelt, was das Zivilrecht nicht zulässt." (E. 5.1, S. 56).

Zum Begehren, Grossveranstaltungen höchstens an zwei Tagen pro Jahr zuzulassen, stellte das Bundesgericht fest: Die Bewilligungspraxis steht im Ermessen der kantonalen Behörden. Bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden übt das Bundesgericht Zurückhaltung (E. 5.2, S. 57, BGE 132 III 353 ff., dazu oben S. 19 f.). Im konkreten Fall konnte es keinen Ermessensfehler feststellen (E. 5.3, S. 57 ff.).

Motorenlärm von Helikopterflügen "über dem streitbetroffenen Gebiet zum Zwecke von Panoramaflügen von besonderen Anlässen" ist "wohl als von den fraglichen Parzellen ausgehende Immission zu betrachten" (E. 5.3.10, S. 60). Entsprechende Flüge dürfen "aus der Sicht von Art. 684 ZGB" nur ausnahmsweise gestattet werden.

Bemerkungen: Das Bundesgericht äussert sich – obiter – vorerst zum Verhältnis von kantonalem, gestützt auf Art. 686 erlassenen Privatrecht zu Art. 679/684 ZGB (E. 2.2, S. 51 f.). Es verweist insoweit auf den grundlegenden BGE 129 III 161 ff., der seinerseits den zu Art. 688 ZGB ergangenen BGE 126 III 452 ff. hinsichtlich Bauten konkretisiert (s. die obigen Bem. zu BGE 132 III 6 ff.). In BGE 129 III 161 ff. hat das Bundesgericht

implizit anerkannt, dass gestützt auf Art. 686 ZGB erlassenes kantonales Privatrecht die Berufung auf Art. 679/684 ZGB im Prinzip nicht ausschliesst, dass aber die Frage eine geringe Rolle spielt, weil das kantonale private Baurecht nur mehr eine sehr untergeordnete Rolle spielt. Im Vordergrund steht das Verhältnis von kantonalem öffentlichem Recht und Art. 679/684 ZGB. Damit hat sich das Bundesgericht in BGE 129 III 161 E. 2.6, S. 165 f. in grundlegender Weise auseinandergesetzt. Der hier referierte Entscheid bestätigt das dort Gesagte.

Im Bereich der Immissionen enthält das eidgenössische Umweltschutzrecht mit dem Umweltschutzgesetz und der Lärmschutz-Verordnung Regelungen, die auf gleicher Stufe zu beachten sind wie das Bundeszivilrecht (E. 2.2, S. 51 f.). Für die konkrete Entscheidung wurde jedoch die eidgenössische Umweltgesetzgebung nicht herangezogen. Der Grund lag wohl darin, dass für die zur Beurteilung stehenden Immissionen die Lärmschutzverordnung keine Immissionsgrenzwerte vorsieht.³¹

Gegen unnötig verursachten Helikopterlärm (E. 5.3.10, S. 60) kann gegebenenfalls mittels Unterlassungsklage gemäss Art. 679 ZGB vorgegangen werden. Die Kläger hätten es in der Hand gehabt, insoweit konkrete Anträge zu stellen. Da solche fehlten, hatte das Bundesgericht auf die Problematik nicht weiter einzutreten.

- BGE 132 III 689: "Art. 679 ZGB, *Passivlegitimation des Bauberechtigten und des Eigentümers des belasteten Grundstücks im Fall des an einem Nachbargrundstück verursachten Schadens*; Art. 667 Abs. 1 ZGB, *Beweislast in Bezug auf die vertikale Ausdehnung des Grundeigentums*. Der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts an einem Grundstück, welcher durch sein Verhalten sein Recht überschreitet und in Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über das Grundstück einen Schaden an einem Nachbargrundstück verursacht, haftet aus Art. 679 ZGB (*Bestätigung der Rechtsprechung*; E. 2.2). Wird die Haftung des Bauberechtigten bejaht, haftet der Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht, sofern er keinen Einfluss auf die Art und Weise hat, wie der Bauberechtigte die tatsächliche Herrschaft ausübt (E. 2.3). Anwendung auf den konkreten Fall (E. 2.4 und 2.5). Vertikale Ausdehnung des Grundeigentums (*Bestätigung der Rechtsprechung*; E. 4.2). Nicht der-

³¹ Zum Ganzen s. RASELLI, 271 ff.

jenige, welcher ein schützenswertes Interesse des Eigentümers des Grundstücks am betroffenen Untergrund bestreitet, hat zu beweisen, dass dieses Interesse nicht besteht, sondern der Eigentümer des Grundstücks, dass er ein schützenswertes Interesse hat (E. 4.3). Anwendung auf den konkreten Fall (E. 4.4)."

- BGer, Urteil 5C.56/2006 vom 9. Oktober 2006: Ansprüche bei Verunreinigung einer Quelle (Art. 706 f. ZGB).

Sachverhalt: X. und Y sind Eigentümer zweier benachbarter Parzellen in der Gemeinde A. Die Liegenschaft von X. ist nicht an die öffentliche Wasserversorgung angeschlossen, sondern bezieht das Trink- und Brauchwasser von dem vor dem Haus stehenden Brunnen. Dieser wird durch zwei Quellen (Quelle "Ost" und Quelle "West"), deren Wasser in einer Brunnenstube zusammenfliessen, gespeist. Im Oktober 1998 sanierte Y. sein Biotop. Nach dieser Sanierung wurden im Wasser der Quelle "Ost" aerobe Keime und Fäkalkeime sowie ein erhöhter Chloridgehalt festgestellt. Hierauf reichte X. gegen Y. Klage ein mit dem Antrag, der Beklagte sei verpflichtet, auf seine Kosten den früheren Zustand der Quelle "Ost" wiederherzustellen. In einem Eventualantrag verlangte der Kläger Schadenersatz. Die kantonalen Gerichte haben den Wiederherstellungsanspruch abgewiesen, hingegen das Schadenersatzbegehren teilweise gutgeheissen und den Beklagten zur Finanzierung derjenigen Installationen verpflichtet, derer es bedarf, damit beim Brunnen genügend Trinkwasser aus der Quelle "West" bezogen werden kann. Eine beim Bundesgericht eingereichte Berufung hatte keinen Erfolg.

Erwägungen: Art. 707 ZGB gewährt bei Verunreinigung einer Quelle einen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes nur ausnahmsweise: wenn die Quelle für die Bewirtschaftung oder Bewohnung eines Grundstücks oder für die Trinkwasserversorgung unentbehrlich ist (Abs. 1) oder wo "besondere Umstände sie [die Wiederherstellung] rechtfertigen" (Abs. 2). Das Bundesgericht hat diese Voraussetzungen in casu verneint. Sodann hat es festgestellt, Art. 707 ZGB habe gegenüber Art. 679 ZGB ausschliessliche Geltung, es könne also nicht gestützt auf die letztere Bestimmung die Wiederherstellung einer Quelle verlangt werden, wenn ein entsprechender Anspruch nach Art. 707 ZGB nicht gegeben sei. Schliesslich hat das Bundesgericht auch einen Wiederherstellungsanspruch aus Art. 641 Abs. 1 ZGB abgelehnt und insoweit festgestellt: "Soweit Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche geltend gemacht werden, geht Art. 679 ZGB als Spezialbestimmung Art. 641 Abs. 2 ZGB vor, wonach der

Eigentümer einer Sache das Recht hat, jede ungerechtfertigte Einwirkung auf diese abzuwehren."

Bemerkungen: a) Die (im Entscheid nicht erwähnte) Anspruchsgrundlage für den Schadenersatz war Art. 706 ZGB (vgl. das Urteil 5C.130/2005 vom 2. März 2006). – b) Zum Konkurrenzverhältnis von Art. 641 Abs. 2 ZGB und 687 Abs. 1 ZGB (Kapprecht) s. BGE 131 III 505 E. 5, S. 507 ff. (dazu unten S. 40).

- *BGer, Urteil 5C.40/2006 vom 18. April 2006: Art. 694 Abs. 1 ZGB. Ein Grundeigentümer hat keinen Anspruch auf Einräumung eines Notweges, wenn ihm ein Dienstbarkeitsrecht erlaubt, ohne unverhältnismässige Kosten einen Zugang zu einer öffentlichen Strasse zu erstellen.*

Bemerkung: Im vorliegenden Fall wurden die Kosten für die Wegerstellung auf CHF 80'000.- geschätzt. Darin wurde kein unverhältnismässiger Aufwand erblickt.

4. Gemeinschaftliches Eigentum (ohne Stockwerkeigentum)

Keine Entscheide im Berichtsjahr.

5. Stockwerkeigentum

- *BGE 132 III 9 ff. = Praxis 2006 Nr. 118: "Art. 712a ff. ZGB; Art. 641 Abs. 2 ZGB; Streit zwischen zwei Stockwerkeigentümern betreffend einen Raum, den jeder von ihnen als in seinen Sonderrechtsteilen enthalten betrachtet. Natur und Begründung des Stockwerkeigentums (E. 3.1 und 3.2). Tragweite des Aufteilungsplanes; Möglichkeit, diesen nach Ausführung der Bauarbeiten im Rahmen einer Klage auf Berichtigung der Wertquoten zu berichtigen (E. 3.3-3.5). Fall eines Mezzanins, das anlässlich der Erstellung des Gebäudes in einer Stockwerkeinheit eingerichtet wurde und sich über die Brandmauer erstreckt, welche die fragliche Stockwerkeinheit von derjenigen eines benachbarten Stockwerkeigentümers trennt (E. 4)."*

Sachverhalt: X und Y sind Eigentümer zweier nebeneinander liegender Stockwerkeigentumswohnungen (Wohnungen Nr. xxx und yyy). X hat seine Einheit im Jahre 2002 erworben, Y die seinige im Jahre 1987. Das Stockwerkeigentum wurde bereits früher, im Jahre 1968, begründet. Nach Besitzesantritt beseitigte X eine Decke, um seine Wohnung in Richtung Dachboden nutzbar zu machen. Dabei "entdeckte er eine Holzkonstruktion, welche den Raum oberhalb des im Aufteilungsplan als Badezimmer seiner Wohnung eintragenen Zimmers einnahm. Die Holzkonstruktion entsprach einer räumlichen Verlängerung des Mezzanins und der Nische der Wohnung Nr. yyy im Dachboden seiner Wohnung. Diese Verlängerung erstreckte sich über die Brandmauer, welche die beiden Stockwerkeinheiten entsprechend dem im Grundbuch hinterlegten Aufteilungsplan trennte" (Sachverhaltswiedergabe gemäss Praxis 2006, S. 827 f.). Im November 2003 erhob X Klage gegen Y und beantragte namentlich die Bewilligung für die Entfernung der fraglichen Holzkonstruktion, soweit sie in die Wohnung Nr. xxx hineinreicht. Y beantragte die Abweisung der Klage und verlangte widerklageweise die Bewilligung, die berichtigten Aufteilungspläne beim Grundbuch zu hinterlegen. Die kantonalen Gerichte haben der Klage stattgegeben, eine beim Bundesgericht eingereichte Berufung hatte keinen Erfolg.

Erwägungen: Ein Stockwerkeigentümer verfügt sowohl gegenüber Dritten als auch gegenüber anderen Stockwerkeigentümern über dieselben Klagen wie ein gewöhnlicher Grundeigentümer. Er kann namentlich die Klagen aus Art. 641 ZGB erheben, um Eingriffe in sein Eigentum abzuwehren. Im konkreten Fall stand dem Kläger X die Eigentumsfreiheitsklage (*actio negatoria*, Art. 641 Abs. 2 ZGB, zweite Variante) zur Verfügung, denn der Beklagte hatte durch die Verlängerung des Mezzanins über die Brandmauer hinaus in das Sonderrecht des Klägers eingegriffen (E. 4.5, S. 17 f.). Das ergab sich aus dem Begründungsakt und dem Aufteilungsplan, welcher als "zusätzliches Hilfsmittel ... bei der Interpretation des Begründungsaktes und der Präzisierung der Tragweite desselben als Auslegungselement dient" (Praxis 2006 Nr. 118 E. 3.3). Trotz dieser den Begründungsakt ergänzenden Funktion hat der Aufteilungsplan – anders als der Begründungsakt – nicht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil. Auch handelt es sich nicht um eine öffentliche Urkunde i.S.v. Art. 9 ZGB.

Der Beklagte war offenbar der Meinung, er habe gestützt auf Art. 712c Abs. 2 ZGB einen Anspruch auf Änderung der Aufteilungspläne. Das Bundesgericht hat demgegenüber festgestellt, es gebe "keine direkt auf

Berichtigung des Aufteilungsplanes gerichtete Klage; eine solche Berichtigung kann nur indirekt über die Klage auf Berichtigung der Wertquoten nach Art. 712e Abs. 2 ZGB erreicht werden: Sind die am Gebäude vorgenommenen Änderungen so, dass sie eine Änderung der Wertquoten erfordern ..., ist auch der Aufteilungsplan entsprechend nachzuführen" (Praxis 2006 Nr. 118 E. 3.5).

Der Beklagte hatte für den Fall, dass sein Sonderrecht an der Nische verneint würde, Ersitzung geltend gemacht. Das Bundesgericht hat hierzu festgestellt, die Ersitzung könne nur Grundstücke zum Gegenstand haben, nicht auch einen Gebäudeteil wie die streitige Nische (E. 4.5, S. 17 f.).

Bemerkungen: Der Kläger hatte verlangt, dass die Entfernung der Holzkonstruktion auf Kosten des Beklagten zu geschehen hat. Die Gerichte haben demgegenüber Kostentragung durch den Kläger angeordnet. Die Gründe hierfür sind dem Bundesgerichtsurteil nicht zu entnehmen. Offenbar war die Kostenfrage im Berufungsverfahren nicht mehr streitig.

Nach Art. 712e Abs. 2 ZGB kann ein Stockwerkeigentümer eine Änderung der Wertquote verlangen, "wenn seine Quote aus Irrtum unrichtig festgesetzt wurde oder infolge von baulichen Veränderungen des Gebäudes oder seiner Umgebung unrichtig geworden ist". Im vorliegenden Fall dürfte die Wohnung von Y erst nach Erstellung der Baute ohne entsprechenden Beschluss der Stockwerkeigentümer geändert worden sein. Eine solche einseitige Änderung vermag einen Anspruch auf Berichtigung der Wertquote nicht zu vermitteln, damit auch keinen – indirekten – Anspruch auf Berichtigung des Aufteilungsplans.

In Fällen wie dem vorliegenden ist wohl die Anwendung von Art. 674 ZGB nicht von vornherein ausgeschlossen. Davon ist indes im Entscheid nicht die Rede.

- BGer, Urteil 5C.143/2005 vom 2. Februar 2006 = Praxis 2007 Nr. 7: *"Die Regel, wonach die Nichtigkeit eines privaten Rechtsaktes, so auch eines Vertrages oder Beschlusses, von jedermann geltend gemacht werden kann und von den rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu berücksichtigen ist, gilt nicht schrankenlos. Das Rechtssicherheitsgebot sowie der Grundsatz von Treu und Glauben gebieten unter Umständen, dass der Zeitablauf den Makel der Nichtigkeit zu heilen vermag. Wer mit der Klageanhebung wartet, um sich später aus der*

Berufung auf die Nichtigkeit Vorteile zu verschaffen, handelt gegebenenfalls rechtsmissbräuchlich. Unabhängig davon kann die Rückabwicklung eines bereits vollzogenen nichtigen Beschlusses an praktischen Schwierigkeiten scheitern. Schliesslich kann der Schutz gutgläubiger Dritter die Feststellung der Nichtigkeit verbieten (Art. 2, 75, 641, 648 Abs. 2, 712m ZGB)."

X ist zu 110/1000 Stockwerkeigentümer der Liegenschaft "Wohn- und Gewerbehaus Y." in A. Im Zuge des Ausbaus ihres Mobilfunknetzes gelangte die Orange Communications SA (Orange) im September 2000 an die Eigentümer der Liegenschaft mit dem Anliegen, ihr auf dem Dach des Hauses die Installation und den Betrieb einer Funkantenne zu ermöglichen und einen entsprechenden Mietvertrag abzuschliessen. Da X sich diesem Ansinnen widersetzte, änderte die Stockwerkeigentümergeinschaft ihr Reglement – gegen die Stimme von X – dahin ab, dass für den Abschluss von Mietverträgen zur Benutzung gemeinschaftlicher Teile keine Einstimmigkeit erforderlich sei, sondern eine Mehrheit nach Köpfen und Wertquoten genüge (Beschluss vom 10. Januar 2002). Im November 2002 wurde im Verhältnis von 890 zu 110 Anteilen gegen die eine Stimme von X beschlossen, den von Orange gewünschten Mietvertrag abzuschliessen. Schliesslich wurde der Vertrag im April 2003 unterzeichnet. Mit Eigentumsfreiheitsklage (Art. 641 Abs. 2 ZGB) vom März 2004 verlangte X, Orange sei zu verbieten, auf dem Hausdach der Liegenschaft Y. in A. Funkantennen für den Mobilfunk zu installieren. Die Klage wurde erstinstanzlich abgewiesen, zweitinstanzlich aber gutgeheissen: Das Obergericht des Kantons Zürich erwog, die fragliche Reglementsänderung verstosse gegen Art. 648 Abs. 2 ZGB, der Verstoss ziehe Nichtigkeit des Änderungsbeschlusses nach sich. Das wiederum habe Nichtigkeit des Mietvertrags zur Folge. Das Erstellen und Betreiben der Mobilfunkantenne stelle daher eine ungerechtfertigte Einwirkung i.S.v. Art. 641 Abs. 2 ZGB dar.

Auf Berufung hin stellte das Bundesgericht das erstinstanzliche Urteil wieder her. Es liess offen, ob ein gegen Art. 648 Abs. 2 ZGB verstossender Beschluss nichtig oder nur anfechtbar sei. Ferner könne offen gelassen werden, ob ein Nichtigkeitsgrund in einem Drittprozess überhaupt geltend gemacht werden könne "oder ob hierfür nicht vielmehr Klage gegen die betreffende Körperschaft zu erheben wäre" (E. 3 a.E.). Denn so oder so sei die Klage nicht begründet, da ein allfälliges Recht, sich auf Nichtigkeit zu berufen, unter den gegebenen Umständen verwirkt sei. Begründet wurde dies wie folgt: Die Beklagte habe aufgrund des Mietvertra-

ges für die Planung der Anlage und das öffentlich-rechtliche Bewilligungsverfahren nicht unerhebliche Investitionen getätigt. Die Beklagte habe sich als Drittpartei weder um die internen Quoren noch um die tatsächlichen Abstimmungsergebnisse der Stockwerkeigentümerversammlung kümmern müssen. Sie habe jedenfalls nach Ablauf der für die Beschlüsse der Stockwerkeigentümergeinschaft geltenden (vgl. Art. 712m Abs. 2 ZGB) einmonatigen Anfechtungsfrist von Art. 75 ZGB von der Verbindlichkeit des Mietvertrages ausgehen dürfen. Im Übrigen hätte X die von ihm behauptete Nichtigkeit zu einem früheren Zeitpunkt geltend machen müssen. Insbesondere hätte er sich bereits gegen die Reglementänderung zur Wehr setzen müssen.

– *BGer, Urteil 5C.239/2005 vom 5. Mai 2006*

Entscheidungszusammenfassung gemäss PFÄFFLI, Rechtsprechung, 310: "Eine aus drei Grundstücken bestehende Gesamtüberbauung umfasst drei (separate) Stockwerkeigentümergeinschaften. In Bezug auf Geschäfte, die nur eine Stockwerkeigentümergeinschaft betreffen, gelten die Mitglieder einer anderen Gemeinschaft als Dritte. Diese haben kein Stimmrecht, selbst wenn sie von der Stockwerkeigentümerversammlung für bestimmte Traktanden eingeladen worden sind."

Der Entscheid berührt den Problemkreis des "verbundenen Stockwerkeigentums". S. dazu *WERMELINGER AMEDEO*, La propriété par étages "jumelée": créativité admissible de la pratique?, *ZBGR* 2006, 369 ff.

– *BGer, Urteil 5C.246/2005 vom 6. Februar 2006: Zuständigkeit für den Beschluss, auf gemeinschaftlichem Eigentum einen Wintergarten zu erstellen, an welchem ein Stockwerkeigentümer ein ausschliessliches Nutzungsrecht haben soll.*

An der Liegenschaft Z besteht Stockwerkeigentum mit sieben Sonderrechten. Anlässlich der Stockwerkeigentümerversammlung vom 26. März 2002 stellte der Stockwerkeigentümer E. den Antrag, es sei ihm die Erstellung eines Wintergartens zu bewilligen. Der geplante Wintergarten soll auf eine Rasenfläche, die nicht zum Stockwerkeigentum von E., sondern zum gemeinschaftlichen Eigentum gehört, zu stehen kommen. E. wies darauf hin, dass der Liegenschaft noch eine ungenutzte Baumasse von 1000 m³ zur Verfügung stehe, wovon der geplante Wintergarten 80 m³ beanspruche. Dem Bauvorhaben wurde mit sechs der sieben Sonderrechte zugestimmt. X, welche sich dem Beschluss widersetzt hatte, focht den Beschluss der

Stockwerkeigentümergeinschaft an. Sie machte insbesondere geltend, der strittige Beschluss hätte mit der Zustimmung aller Stockwerkeigentümer gefasst werden müssen. Die Klage wurde von den Gerichten des Kantons Zürich abgewiesen. Eine beim Bundesgericht eingereichte Berufung hatte keinen Erfolg. Das Bundesgericht hat sich massgeblich auf Art. 7 lit. b des von der Stockwerkeigentümergeinschaft erlassenen Verwaltungs- und Nutzungsreglements gestützt. Dieses sieht vor, dass feste Bauten wie u.a. Wintergärten auf zur ausschliesslichen Nutzung zugeteilten Flächen des gemeinschaftlichen Eigentums erstellt werden dürfen, sofern die Mehrheit aller Eigentümer, die zugleich mehr als die Hälfte der Wertquoten vertritt, zustimmt. Die Voraussetzungen dieser Bestimmung waren erfüllt, und eine Zweckänderung i.S.v. Art. 648 Abs. 2 ZGB hat das Bundesgericht verneint: "Weder wird die bereits bestehende Nutzung der Gemeinschaft noch des einzelnen Stockwerkeigentümers in Zukunft eingeschränkt, noch wird jede bauliche Veränderung der Liegenschaft durch die Inanspruchnahme von einem Anteil der Baumasse statt der bisherigen Ausnützungsziffer verhindert. Von einer Zweckänderung im Sinne von Art. 648 Abs. 2 ZGB, d.h. von einer Neuordnung der bisherigen Nutzung und Verwendung der Liegenschaft als Mehrfamilienhaus, die die Zustimmung aller Stockwerkeigentümer voraussetzen würde, kann damit keine Rede sein (BGE 130 III 441 E. 2)."³²

– *BGer, Urteil 5C.39/2006 vom 7. April 2006*

An der Liegenschaft Z besteht Stockwerkeigentum. X ist Eigentümerin verschiedener Stockwerkeinheiten, die der Bank Y verpfändet sind. Den einzelnen Stockwerkeinheiten sind gemäss Benutzungsreglement einzelne Parkplätze zur ausschliesslichen Benutzung zugewiesen. In der von der Bank Y gegen X eingeleiteten Betreibung auf Pfandverwertung stellte sich die Frage, ob Gegenstand der Pfandverwertung auch die besonderen Nutzungsrechte an den fraglichen Parkplätzen sind. Das Bundesgericht hat dies in Übereinstimmung mit den kantonalen Instanzen bejaht.

³² Urteil 5C.246/2005 vom 6. Februar 2006, E. 3.5. a.E.

E. *Beschränkte dingliche Rechte*

1. **Dienstbarkeiten und Grundlasten**

a) *Inhalt und Umfang der Dienstbarkeiten*

Mit der Bestimmung von Inhalt und Umfang der Dienstbarkeiten befasst sich Art. 738 ZGB, allerdings nicht mit der erforderlichen Klarheit. Den Entscheidbesprechungen werden daher einführende Erläuterungen vorangestellt.³³

1. Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit richten sich – entgegen dem Wortlaut von Art. 738 ZGB – nach dem Dienstbarkeitsvertrag, soweit sich die *Vertragsparteien* gegenüberstehen (BGE 132 III 651 E. 8, S. 655 ff. unten S.39). Ein abweichender Grundbucheintrag ändert hieran nichts (Kausalitätsprinzip; BGE 123 III 461 E. 2c, S. 465, wonach "nicht der Eintrag, sondern der Erwerbsgrund, d.h. der vertragliche Begründungsakt, die Wirkung inhaltlicher Gestaltung" hat). Gegebenfalls kann die Grundbuchberichtigung, also die Anpassung des Grundbuchs an die gemäss Vertrag bestehende Rechtslage, verlangt werden (Art. 975 Abs. 1 ZGB). Der Dienstbarkeitsvertrag ist nach den allgemeinen Regeln auszulegen. Es gilt also das Vertrauensprinzip, soweit keine tatsächliche Willensübereinkunft nachgewiesen ist.

2. Das Gesagte gilt auch gegenüber *Dritten*, vorbehaltlich des Gutgläubensschutzes nach Massgabe von Art. 973 Abs. 1 ZGB. Auch für Dritte richtet sich somit der Inhalt der Dienstbarkeit nach dem Dienstbarkeitsvertrag, sofern sie diesen kennen oder kennen müssen. Ein abweichender Grundbucheintrag ändert hieran nichts, gegebenenfalls steht die Berichtigung nach Art. 975 Abs. 1 ZGB offen. Präzisierungen:

a) Soweit der Grundbucheintrag klar und eindeutig ist, besteht für Dritte keinerlei Abklärungspflicht (Art. 738 ZGB). Sie haben sich also nicht um einen allenfalls abweichenden Vertragsinhalt zu kümmern (s. BGer, Urteil 5C.307/2005 vom 16.5.2006, dazu unten S. 38 ff.). Vorbehalten sind Fälle, in denen die Umstände eine Diskrepanz von Vertrag und

³³ S. im Einzelnen die im Literaturverzeichnis zitierte Dissertation von ESCHMANN; HÜRLIMANN-KAUP, 6 ff.

Grundbucheintrag nahe legen, in diesem Sinne Verdachtsgründe bestehen (vgl. BGER, Urteil 5C.282/2005 vom 13.1.2006, wo sich der Dienstbarkeitsbelastete nicht auf Art. 973 Abs. 1 ZGB berufen konnte, weil das umstrittene Recht "permanent ausgeübt und geduldet worden und seit jeher bekannt gewesen" sei; s. oben S. 12).

b) Das Hauptbuch umschreibt den Inhalt der Dienstbarkeit nur stichwortartig. Am Inhalt der Dienstbarkeit interessierte Dritte werden daher im Regelfall im eigenen Interesse die Belege konsultieren, um sich ein Bild über den genauen Inhalt der Dienstbarkeit zu machen. Verpflichtet dazu sind sie jedoch vorbehältlich besonderer Verdachtsgründe nicht. Unterlassen sie daher die Einsichtnahme in die Belege, so haben sie sich im Allgemeinen aus dem Dienstbarkeitsvertrag resultierende Klarstellungen nur im Rahmen des Eintrags entgegenhalten zu lassen. Nehmen sie – auch ohne entsprechende Verpflichtung – Einsicht in die Belege, so können sie sich gegenüber einer ursprünglichen Vertragspartei auch dann auf diese berufen, wenn sie inhaltlich vom Grundbucheintrag abweichen (anders BGE 123 III 461 ff., bestätigt im Urteil 5C.116/2006 vom 4. September 2006, dazu unten S. 37 ff.).

c) Für Dritte gilt der Dienstbarkeitsvertrag, sofern er für sie überhaupt beachtlich ist, grundsätzlich so, wie der Vertrag aus der Sicht eines unbeteiligten Dritten zu verstehen ist. Daher haben Begleitumstände des Vertrages im Allgemeinen ausser Betracht zu bleiben. Ausgenommen sind Fälle, in denen solche Umstände den Dritten aus besonderem Grund erkennbar sind (BGE 128 III 265 E. 3, S. 266 ff.). Das Bundesgericht spricht in diesem Zusammenhang von objektivierter Auslegung. Damit ist aber nicht die objektivierte Auslegung im Sinne des Vertrauensprinzips, wie es zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien gilt, gemeint.

d) Vorstehend wurde unterstellt, dass der Grundbucheintrag die Dienstbarkeit überhaupt zur Entstehung gebracht hat. Trifft dies nicht zu, weil der Eintrag die essentiellen Bestandteile des vereinbarten Rechts nicht enthält, so besteht lediglich ein obligatorischer (vertraglicher) Anspruch auf Dienstbarkeitsbegründung durch korrekte Grundbucheintragung bzw. durch gerichtliche Zusprechung der Dienstbarkeit (Art. 665 Abs. 1 ZGB analog). Dieser Anspruch kann nach allgemeinen Grundsätzen gegenüber einem Dritten nicht durchgesetzt werden. Noch viel weniger kann zu Lasten eines Dritten die – nicht bestehende – Dienstbarkeit Bestand haben. Ob der Dritte die Diskrepanz von Eintrag und Vertrag erkannt hat oder nicht, ist ohne Belang. Ist also beispielsweise zu Lasten eines Grundstücks ein

Fahrwegrecht eingetragen, obwohl der Dienstbarkeitsvertrag auf eine Bauverbotsdienstbarkeit gerichtet war, so ist eine Dienstbarkeit nicht entstanden. Daher trifft einen Erwerber des betreffenden Grundstücks kein Bauverbot, mag er auch beim Erwerb vom Dienstbarkeitsvertrag Kenntnis gehabt haben (BGE 124 III 293 ff.).

– *BGer, Urteil 5C.282/2005 vom 13. Januar 2006*

Zum **Sachverhalt** s. oben S. 11 f. Hier interessiert nur mehr die Frage, ob die Beklagten (Erben des X.) geltend machen konnten, das in Frage stehende Fuss- und Fahrwegrecht dürfe wegen unzulässiger Zweckänderung (Art. 738 ZGB) bzw. Mehrbelastung (Art. 739 ZGB) nicht zu Lasten ihrer Parzelle ins Grundbuch eingetragen werden. Eine unzulässige Zweckänderung resultierte nach den Beklagten daraus, dass bei Begründung der Dienstbarkeit auf der berechtigten Parzelle eine Schweinemästerei und Kuttlerei betrieben wurde, im Zeitpunkt des Grundbuchberichtigungsprozesses hingegen eine Autowerkstätte. Mit dieser Zweckänderung sei eine erhebliche Mehrbelastung durch Mehrverkehr usw. verbunden.

Erwägungen: Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit bestimmen sich gemäss Art. 738 ZGB primär nach dem Grundbucheintrag. Nur wenn dessen Wortlaut unklar ist, darf im Rahmen des Eintrags auf den Erwerbsgrund zurückgegriffen werden. Ist auch der Erwerbsgrund nicht schlüssig, kann sich der Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit – im Rahmen des Eintrags – aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist.

Das in Frage stehende Fuss- und Fahrwegrecht war gemäss Grundbucheintrag "unbeschränkt". Das Kantonsgericht hatte sodann festgestellt, K sei es seinerzeit, als er die Parzellen B und C an W. veräusserte, einzig und alleine darum gegangen, sich ein umfassendes Fuss- und Fahrwegrecht über die Parzelle B einräumen zu lassen, um den Wert der ihm verbleibenden Parzelle A beizubehalten (vgl. E. 5.1). Das Bundesgericht hat daraus abgeleitet, das Fuss- und Fahrwegrecht sei ungemessen, richte sich also nach den Bedürfnissen des Dienstbarkeitsberechtigten, und zudem dürfe dieses Bedürfnis nicht auf den Betrieb einer Schweinemästerei und einer Kuttlerei eingeschränkt werden.³⁴ Eine unzulässige Zweckände-

³⁴ S. zur Unterscheidung gemessene/ungemessene Dienstbarkeit z.B. PIOTET, Dienstbarkeiten, 585 f.

rung war unter diesen Umständen zu verneinen. Auch eine übermässige Mehrbelastung lag nach Ansicht des Bundesgerichts nicht vor. Zwar ist auch bei einer ungemessenen Dienstbarkeit eine übermässige Mehrbelastung nicht von vornherein ausgeschlossen (BGE 131 III 345 E. 4.3.2, S. 358 f.), doch muss die Mehrbelastung "derart stark sein, dass mit Sicherheit angenommen werden kann, sie überschreite die Grenze dessen, was bei der Begründung der Dienstbarkeit vernünftigerweise in Betracht gezogen worden sein könnte". In casu traf dies nicht zu.

– *BGer, Urteil 5C.307/2005 vom 19. Mai 2006*

Sachverhalt und Erwägungen: Streitgegenstand war eine im Grundbuch als "Verbot von zusätzlichen Fenstern" eingetragene Grunddienstbarkeit. Als der Dienstbarkeitsbelastete an seinem Haus zusätzliche Fenster einbauen liess, erhob der Dienstbarkeitsberechtigte Klage mit dem Antrag, es sei der ursprüngliche Zustand wieder herzustellen. Das Kantonsgericht Zug hat die Klage gutgeheissen, das Obergericht Zug hat sie hingegen abgewiesen. Das Bundesgericht hat das kantonsgerichtliche Urteil wiederhergestellt. Seine Erwägungen zerfallen in drei Teile:

a) Vorab hat das Bundesgericht Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit geklärt und dabei auf die Rangordnung von Art. 738 ZGB abgestellt, da sich nicht die ursprünglichen Parteien des Dienstbarkeitsvertrages gegenüberstanden. Da der Grundbucheintrag "Verbot von zusätzlichen Fenstern" nach Auffassung des Bundesgerichts "klar und eindeutig" war, war "eine Auslegung der Dienstbarkeit nach dem Erwerbsgrund oder der Art, wie sie ausgeübt wurde, ... unzulässig". Daher stiess der Beklagte mit seiner Behauptung, die Dienstbarkeit bezwecke nach dem Parteiwillen einzig, die Dienstbarkeitsberechtigte vor zusätzlichen Einblickmöglichkeiten zu schützen, von vornherein ins Leere. Sollte – so das Bundesgericht weiter – der Grundbucheintrag unter Berücksichtigung des Erwerbsgrundes als ungerechtfertigt erscheinen, kann eine Löschung oder Abänderung nur gestützt auf Art. 975 ZGB mittels Grundbuchberichtigungsklage verlangt werden (BGE 123 III 461 E. 2c, S. 465). Eine solche sei jedoch vorliegend vom Beklagten nicht erhoben worden.

b) In einem zweiten Schritt hat das Bundesgericht geprüft, ob die Klägerin auf die Dienstbarkeit bzw. deren Ausübung konkludent verzichtet habe. Nach Auffassung des Bundesgerichts sind an einen stillschweigenden Verzicht hohe Anforderungen zu stellen. Alleine aus der Tatsache, dass die Klägerin keine Baueinsprache erhoben und nicht sofort gegen das

Bauvorhaben opponiert habe, könne noch kein solcher Verzicht abgeleitet werden.

c) Schliesslich prüfte das Bundesgericht, ob die Klägerin ihren Beseitigungsanspruch wegen verspäteter Rechtsausübung (Art. 2 Abs. 2 ZGB) verwirkt hatte. Dazu wurde festgestellt: "Eine Verwirkung setzt voraus, dass der Berechtigte die Verletzung seines Rechts während längerer Zeit geduldet hat und der Verletzer, der inzwischen einen schützenswerten Besitzstand erworben hat, in guten Treuen auf diese Untätigkeit vertrauen durfte."³⁵ In casu kam das Bundesgericht zur Auffassung, dass unter den gegebenen Umständen das Zuwarten mit der Klage während anderthalb Jahren nicht als unverhältnismässige und damit rechtsmissbräuchliche Verzögerung gewertet werden konnte.

Bemerkungen: Eine Grundbuchberichtigung, um den Grundbucheintrag mit dem Dienstbarkeitsvertrag in Übereinstimmung zu bringen, kommt nur unter Vorbehalt von Art. 973 Abs. 1 ZGB in Betracht. Im vorliegenden Fall durfte sich der Dienstbarkeitsberechtigte nach den Feststellungen des Bundesgerichts auf den Grundbucheintrag verlassen. Eine Grundbuchberichtigung ihm gegenüber fiel daher ausser Betracht.

– *BGer, Urteil 5C.27/2006 vom 3. August 2006*

Im Jahre 1947 räumte X, Eigentümer der Parzelle A, dem Y, Eigentümer des Grundstücks B, für sich und seine Rechtsnachfolger ein Fuss- und Fahrwegrecht ein. Gegenstand der Dienstbarkeit ist der so genannte L. Weg. In der Folge kam es zwischen Rechtsnachfolgern von X und Y zu Streit, weil der Weg von Seiten des Dienstbarkeitsbelasteten immer wieder als Parkplatz benutzt wurde. In dem hierauf angehobenen Prozess haben die kantonalen Instanzen das beantragte Parkverbot abgelehnt, weil eine für die Bedürfnisse des Klägers genügende Durchfahrtsmöglichkeit gewährleistet sei. Das Bundesgericht kam hingegen zum Schluss, dem Kläger stehe nicht einfach nur das Recht zu, über den L. Weg zu seiner Liegenschaft zu gelangen. Vielmehr werde "durch die Breite des Weges zugleich die Breite des Fuss- und Fahrwegrechtes bestimmt".³⁶ Dementsprechend hat es dem Beklagten "untersagt, auf dem L. Weg in K. Motorfahrzeuge

³⁵ BGer, Urteil 5C.307/2006 vom 19. Mai 2006, E. 6.2.

³⁶ BGer, Urteil 5C.27/2006 vom 3. August 2006, E. 3.2.

abzustellen". Dabei stützte es sich auf den Dienstbarkeitsvertrag, da der Grundbucheintrag die nötige Klarheit vermissen liess.

– *BGer, Urteil 5C.116/2006 vom 4. September 2006*

Sachverhalt: A. (Beklagte) war Eigentümerin der Parzellen Nr. 1881 und 1886 in der Gemeinde G. Auf der Parzelle Nr. 1886 stand ein Wohnhaus, in dem die Familie A. gelebt hatte. Im Jahre 1989 verkaufte A. die beiden Parzellen an R., der eine Überbauung plante. In Art. 8 des Vertrags wurde bestimmt, dass R. der A. das Wohnhaus auf Parzelle Nr. 1886 bis zu dessen Abbruch im Sinne einer Nutzniessung zur entschädigungslosen Nutzung überlässt. Frau A. verpflichtete sich, die Nutzniessung zu löschen, sobald die Abbruchverfügung bezüglich des auf der Parzelle Nr. 1886 stehenden Wohnhauses erteilt werde. Das Nutzniessungsrecht wurde ins Grundbuch eingetragen. Der Eintrag lautet: "L Nutzniessung z.L. 1886 zG A. und Rechtsnachfolger Bel. 317/1990". In der Folge wechselten die beiden Liegenschaften mehrfach die Hand. Im Jahre 2001 erlangte die XY AG das Eigentum. Ihr erteilte die Gemeinde G. im September 2003 die Bewilligung zur Überbauung der Parzellen Nr. 1881 und 1886 einschliesslich des Abbruchs bestehender Gebäude. Da sich A. weigerte, die Nutzniessung zu löschen, erhob die XY AG Löschungsklage. Die Klage wurde von den Walliser Gerichten gutgeheissen. Eine von A. eingereichte Berufung wurde vom Bundesgericht abgewiesen.

Erwägungen (Auszug): Die Rechtsprechung hat auch für die Nutzniessung anerkannt, dass Beendigungsgründe mit dinglicher Wirkung im Errichtungsakt vorgesehen werden können (vgl. BGE 116 II 281 E. 3c, S. 285). Die Auslegung des Errichtungsaktes ist indessen an die Schranke des Eintrags gebunden, wo sich nicht mehr die ursprünglichen Parteien des Dienstbarkeitsvertrags gegenüber stehen. Gemäss Art. 738 Abs. 1 ZGB ist der Eintrag für den Inhalt der Dienstbarkeit allein massgebend, soweit sich daraus Rechte und Pflichten deutlich ergeben. Der Dritterwerber kann sich dagegen wehren, dass einer im Grundbuch klar umschriebenen Dienstbarkeit mittels Auslegung des Erwerbsgrundes ein anderer Inhalt beigemessen wird; umgekehrt ist ihm aber auch verwehrt, sich auf den Erwerbsgrund zu berufen, um daraus einen für ihn vorteilhaften Inhalt der Dienstbarkeit abzuleiten, der dem Grundbucheintrag widerspricht. In einem solchen Fall wäre vielmehr die Löschung oder Änderung des Eintrags mittels Grundbuchberichtigungsklage zu verlangen und zu bewilligen, sollte der Grundbucheintrag unter Berücksichtigung des Erwerbsgrundes als ungerechtfertigt erscheinen (vgl. BGE 123 III 461 E. 2c, S. 465).

Bemerkungen: Folgt man dem Bundesgericht, so konnte sich die Klägerin (XY AG) nur dann darauf berufen, die Nutzniessung sei mit Erlass der Abbruchverfügung erloschen, wenn diese zeitliche Befristung ihren Niederschlag im Grundbucheintrag gefunden hat. Andernfalls war die Klägerin darauf angewiesen, vorerst Grundbuchberichtigungsklage zu erheben. Das Bundesgericht geht also davon aus, dass sich zwar die Dienstbarkeit inhaltlich nach den Belegen richtet (sonst käme eine Grundbuchberichtigung nicht in Frage), dass sich aber ein Dritter erst dann auf den durch die Belege dokumentierten Inhalt der Dienstbarkeit berufen kann, wenn er das Grundbuch hat berichtigen lassen. Das überzeugt m.E. nicht. Nach der hier vertretenen Ansicht kann sich ein Dienstbarkeitsberechtigter in einem Fall wie dem vorliegenden gegenüber dem Grundeigentümer, der die Dienstbarkeit (seinerzeit) eingeräumt hat, auf die Belege ohne weiteres berufen, auch dann, wenn sie vom Eintrag abweichen. Er muss in einem solchen Fall nicht vorerst Grundbuchberichtigungsklage erheben, um Eintrag und Belege in Übereinstimmung zu bringen. Entweder geht man im Verhältnis zwischen einem ursprünglichen Vertragspartner und einem sich auf die Belege berufenden Dritten davon aus, dass die Belege unbeachtlich sind (dann steht die Grundbuchberichtigung nicht offen) oder dass sie beachtlich sind (dann ist der Umweg über die Grundbuchberichtigungsklage überflüssig).

- BGE 132 III 651 ff.: "Art. 641 Abs. 2, Art. 738 i.V.m. Art. 781 ZGB, Art. 36 FMG; *actio negatoria*, Dienstbarkeit für den Bau und Betrieb einer Hochspannungsleitung, Benutzung dieser Leitung für Fernmeldedienste. Das in Art. 641 Abs. 2 ZGB vorgesehene Abwehrrecht besteht auch dann, wenn der Eingriff nicht schädigend ist (E. 7). Auslegung einer Personalservitut für den Bau und Betrieb einer Hochspannungsleitung; der vereinbarte Zweck der Dienstbarkeit deckt den Einsatz der Leitung für Fernmeldedienste nicht (E. 8). Die Konzessionärinnen von Fernmeldediensten müssen die für den Bau und Betrieb ihrer Anlagen nötigen Rechte von den privaten Grundeigentümern vertraglich oder auf dem Enteignungsweg erwerben (E. 9)."

Sachverhalt: Mit Dienstbarkeitsvertrag vom 20.10.1986/22.12.1988 hat X dem Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (EWZ) das "Recht auf die Errichtung, den Betrieb und die Beibehaltung einer Leitung für die Übertragung elektrischer Energie (Hochspannung)" eingeräumt. Rund zehn Jahre später liess das EWZ das an den Mastspitzen befestigte Erdseil, das als Blitzablei-

ter dient, durch ein neues Seil mit Lichtwellenleiter (Glasfaserkabel) ersetzen. Die derart gewonnene Übertragungskapazität stellt sie vertraglich der TDC Switzerland AG (sunrise) zur Verfügung. Dagegen wehrte sich X beim Kantonsgericht des Kantons Zug und verlangte, es sei der TDC zu verbieten, Daten über das Grundstück der Klägerin zu transportieren. Ein gleiches Verbot wurde auch gegenüber dem EWZ beantragt. Die Klägerin hatte vor dem Kantonsgericht nur mit dem ersten Begehren Erfolg. Das Obergericht des Kantons Zug hat auch das zweite Begehren gutgeheissen. Hierauf erklärten das EWZ und die TDC die Berufung ans Bundesgericht. Das EWZ berief sich auf den Dienstbarkeitsvertrag und machte geltend, der Datentransfer habe keine schädlichen Auswirkungen und führe auch nicht zu einer nach Art. 739 ZGB unzumutbaren Mehrbelastung, er sei daher zulässig. Die TDC machte zusätzlich geltend, der Datentransfer sei gestützt auf das Fernmeldegesetz (FMG) auch ohne Dienstbarkeit zulässig. Das Bundesgericht hat die Berufung abgewiesen.

Erwägungen: Die Klägerin hat gestützt auf Art. 641 Abs. 2 ZGB das Recht, jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren. Ungerechtfertigt ist jede Einwirkung, für die nicht aus besonderem Grund eine Duldungspflicht besteht. Dass der Eingriff schädigend sei, wird nicht vorausgesetzt. "Daran ändert die von den Beklagten angerufene vom Bundesgericht unlängst vorgenommene Präzisierung zum Kapprecht nichts" (E. 7, S. 654).

Im konkreten Fall begründet vorab die Dienstbarkeit hinsichtlich des in Frage stehenden Datentransfers keine Duldungspflicht. Denn nach dem Zweck der Dienstbarkeit soll die Leitung die Übertragung von elektrischer Energie ermöglichen, nicht aber die Erbringung von Fernmeldediensten (elektromagnetisches Senden oder Empfangen von Informationen). Einem geänderten Bedürfnis des Dienstbarkeitsberechtigten hat die Dienstbarkeit nicht zu genügen (Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit). Unerheblich ist, dass das belastete Grundstück durch die Zweckänderung keine Mehrbelastung erfahren würde (E. 8.1 und 8.2).

Eine Duldungspflicht ergibt sich auch nicht aus dem FMG. Dieses räumt den Fernmelde-Konzessionärinnen "weder ausdrücklich noch sinngemäss eine Legalservitut zu Lasten privater Grundstücke ein" (E. 9, S. 657). Allenfalls steht ihnen das Enteignungsrecht zur Verfügung.

Bemerkung: Die vom Bundesgericht angesprochene "Präzisierung zum Kapprecht" erfolgte in BGE 131 III 505 E. 5, S. 507 ff. Das Bundesgericht hat hier entschieden, dass in Fällen, in denen gemäss Art. 687 Abs. 1 ZGB

kein Kapprecht (Selbsthilferecht) besteht, auch kein Beseitigungsanspruch gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB gegeben ist.

b) Sonstige Fragen aus dem Dienstbarkeitsrecht

- BGE 132 III 545 ff. = SemJud 2006 I, 510 ff.: "Art. 741 Abs. 2 ZGB; Erstellungskosten für Vorrichtungen, die zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit gehören. Art. 741 Abs. 2 ZGB bezieht sich auf den Unterhalt und erlaubt es dem Eigentümer des dienenden Grundstückes nicht, vom Eigentümer des herrschenden Grundstückes zu verlangen, dass er sich an den Kosten für die Erstellung der zur Ausübung der Grunddienstbarkeit gehörenden Vorrichtungen beteiligt (E. 3)."

Entscheidungszusammenfassung gemäss PFÄFFLI, Rechtsprechung, 319: "Alle Vorrichtungen (Anlagen), die zur Ausübung einer Dienstbarkeit notwendig sind, hat grundsätzlich der Dienstbarkeitsbelastete zur Verfügung zu stellen. Den Unterhalt dieser Vorrichtungen hat jedoch der Dienstbarkeitsberechtigte zu tragen (Art. 741 Abs. 1 ZGB). Dient die Vorrichtung auch den Interessen des Belasteten, so tragen beide die Last des Unterhalts im Verhältnis ihrer Interessen (Art. 741 Abs. 1 ZGB). Die Bestimmung von Art. 741 ZGB kann nicht so ausgelegt werden, dass sich auch der Berechtigte an den Kosten für die Erstellung der zur Ausübung der Grunddienstbarkeit gehörenden Vorrichtungen beteiligen muss."

- BGer, Urteil 5C.122/2006 vom 6. Oktober 2006: *Ersitzung einer negativen Dienstbarkeit (Bauverbotsdienstbarkeit); Grundbuchberichtigungsklage.*

Sachverhalt: Der handlungsunfähige A räumte dem Z im Jahre 1982 eine Bauverbotsdienstbarkeit ("servitude de non-bâtir") zu Lasten seiner Parzelle aaa und zugunsten der Parzelle ccc des Z ein. Im Jahre 1994 wurde dem A ein Vormund bestellt. Im März 2002 wurde ein neuer Vormund bestellt. Dieser klagte im Juni 2002 namens des A auf Feststellung der Ungültigkeit der Dienstbarkeit und auf Löschung des entsprechenden Grundbucheintrags. Die Genfer Gerichte haben die Klage gestützt auf Art. 661 ZGB i.V.m. Art. 731 Abs. 2 ZGB (Ersitzung) abgewiesen, ebenso das Bundesgericht.

Erwägungen: Die Ersitzung einer (negativen) Dienstbarkeit gemäss Art. 661 ZGB i.V.m. Art. 731 Abs. 2 ZGB setzt voraus: auf Seiten des gemäss Grundbuch Dienstbarkeitsberechtigten zehnjährigen, unangefochtenen Besitz in berechtigtem (Art. 3 Abs. 2 ZGB) gutem Glauben; auf Seiten des gemäss Grundbuch Dienstbarkeitsbelasteten, dass er die durch die Dienstbarkeit verbotenen Handlungen während der Ersitzungsfrist tatsächlich unterlassen hat. Für die Berechnung der Zehnjahresfrist sowie "die Unterbrechung und den Stillstand der Ersitzung finden die Vorschriften über die Verjährung von Forderungen entsprechende Anwendung" (Art. 663 ZGB). Im konkreten Fall hatte der Kläger (A) geltend gemacht, die Zehnjahresfrist habe erst im Jahre 1994 zu laufen begonnen, nämlich mit der Bestellung des (ersten) Vormundes, und sei daher bei Klageerhebung im Jahre 2002 noch nicht abgelaufen gewesen. Zuvor (vor 1994) habe die Frist gestützt auf Art. 134 Ziff. 6 OR i.V.m. Art. 663 ZGB geruht. Das Bundesgericht hat diese Auffassung unter Hinweis auf seine konstante Rechtsprechung, wonach Art. 134 Ziff. 6 OR eine subjektive Klageunmöglichkeit nicht erfasst, abgewiesen (grundlegend BGE 90 II 428 E. 9, S. 438 ff. bestätigt in 124 III 449 E. 4a, S. 453). Sodann hat das Bundesgericht die Gutgläubigkeit des Beklagten während der Ersitzungsdauer bejaht.

– BGE 132 III 539 ff.: *"Grundstücksteigerung; Doppelaufwurf; Überschuss; Legitimation zur Anfechtung der Verteilungsliste (Art. 86, 142 Abs. 3, 147 und 148 SchKG; Art. 812 Abs. 2 ZGB; Art. 116 Abs. 2 VZG). Der Streit über die Höhe der Entschädigung, die den Berechtigten durch die Löschung ihrer Last im Grundbuch wegen des Doppelaufwurfs zusteht, ist im Kollokationsverfahren, also vor dem Richter und nicht vor der Aufsichtsbehörde auszutragen. Der Schuldner kann den Kollokationsplan und die Verteilungsliste einzig wegen Verletzung von Vorschriften des SchKG durch das Betreibungsamt mit Beschwerde anfechten. Die Abfindungen für die Berechtigten bzw. die Höhe eines allfälligen Überschusses zu seinen Gunsten kann der Schuldner nur mit der Rückforderungsklage infrage stellen (E. 3)."*

c) Grundlasten

Keine Entscheide im Berichtsjahr.

2. Pfandrechte

a) Fahnispfand

- *Obergericht LU, ZBJV 2006, 338 ff.: "Art. 895 ZGB; Art. 82 OR. Retentionsrecht des Verkäufers, der nach Übergabe der Kaufsache an den Käufer wieder in deren Besitz gelangt?"*

Der Beklagte hatte dem Kläger ein Fahrzeug zum Preis von CHF 150'000.- verkauft. Nach der Übergabe wurden unübliche Motorengeräusche festgestellt. In der Folge holte der Beklagte das Fahrzeug beim Kläger ab und liess es durch Dritte reparieren. Danach verweigerte er dem Kläger die Herausgabe des Fahrzeugs, bis ihm eine angebliche Kaufpreisrestanz bezahlt werde. Zur Begründung berief er sich u.a. auf Art. 895 ZGB. Der Kläger verlangte mit Erfolg die Herausgabe des Autos. Nach Auffassung des Obergerichts Luzern fehlte es an der nach Art. 895 ZGB vorausgesetzten Konnexität zwischen der (behaupteten) Kaufpreisforderung und dem Besitz am Auto. Dem ist zuzustimmen: Der Besitz an der Sache wurde zwecks Reparatur eingeräumt, mit der Kaufpreisforderung hatte er nichts zu tun.

Das Obergericht lehnte auch eine Retention gestützt auf Art. 82 OR ab, da der Beklagte "unbestritten nicht mehr Eigentümer des Rolls-Royce" sei. Diese Begründung überzeugt nicht: Bei Art. 82 OR spielen die Eigentumsverhältnisse keine Rolle. M.E. hätte die Retention zugelassen werden müssen, falls die Behauptung des Beklagten, der Kläger habe von dem bei der Fahrzeugübergabe bezahlten Betrag CHF 50'000.- zu Unrecht wieder an sich genommen, zutraf.

- *BGE 132 III 603 ff.*

Sachverhalt und Regesten sind oben auf S. 10 f. wiedergegeben. Das Bundesgericht bestätigt den Satz, dass eine Besitzeinweisung zwecks Faustpfandbestellung zwar möglich, aber nur wirksam ist, falls der unmittelbare Besitzer benachrichtigt wird. Im konkreten Fall vermochte die Besitzeinweisung zwischen der L. AG und E mangels Mitteilung an V, den unmittelbaren Besitzer des Hotelmobiliars, kein Faustpfand zu begründen.

- *BGE 131 III 418 ff. = Praxis 2006 Nr. 42: "Art. 884 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 2 ZGB; Bedingungen für den Erwerb eines Pfandrechts, wenn der Pfandbesteller keine Verfügungsmacht über die Sache hatte. Wurde ei-*

ne Sache durch jemanden, der keine Verfügungsmacht darüber hatte, zu Pfand bestellt (vgl. Art. 884 Abs. 2 ZGB), kann der Eigentümer den bösen Glauben des Pfandgläubigers beweisen, was eine Tatfrage ist, oder geltend machen, dass dieser nicht die durch die Umstände gebotene Aufmerksamkeit hat walten lassen (vgl. Art. 3 Abs. 2 ZGB), was eine Rechtsfrage ist (E. 2.3.1). Mass der Aufmerksamkeit, das vom Pfandgläubiger, der alte Goldstücke zu Pfand erhält, verlangt wird (E. 2.3.2), speziell, wenn es sich um eine Bank handelt (E. 2.3.3). Kausalität des Fehlens der Aufmerksamkeit (E. 2.3.4). Wie verhält es sich, wenn die als Pfand übergebene Sache aus einem fremden Staat in Verletzung dessen Gesetzgebung über die Ausfuhr von Kulturgütern exportiert worden ist (E. 2.4.4)? Art. 19 IPRG; Übereinkommen der UNESCO über die Massnahmen zum Verbot und zur Verhütung der rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut; Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer (KGTG). Die Gesetzgebung eines fremden Staates im Bereich der Kulturgüterausfuhr ist im Rahmen einer privatrechtlichen Klage auf Herausgabe des Eigentums nicht in Anwendung von Art. 19 IPRG zu berücksichtigen (E. 3.2.1). Die rechtswidrige Ausfuhr eines Kulturgutes nach dem öffentlichen Recht des Herkunftsstaates hat, was das Privatrecht anbelangt, keine Nichtigkeit der Pfandrechtsbegründung an diesem Gegenstand zur Folge; sie kann hingegen im Rahmen einer Rückführungsklage nach Art. 9 KGTG zu dessen Rückgabe an den Herkunftsstaat führen (E. 3.2.2 und 3.2.3)."

Sachverhalt: Die Genfer Niederlassung der Bank Crédit Agricole Indosuez (heute Crédit Agricole Indosuez [Suisse] SA) gewährte im Jahre 1988 zwei Gesellschaften, einer aus Panama und einer von den britischen Jungfraueninseln, ein Darlehen. Dieses wurde durch Goldmünzen, an welchen der Bank ein Faustpfand eingeräumt wurde, sichergestellt. Im Jahre 1997 klagte die Indische Union auf Herausgabe der Goldmünzen. Sie machte geltend, es stehe ihr das Eigentum an den Münzen zu. Das Pfandrecht sei nicht gültig begründet, weil es der Bank im Zeitpunkt des Erwerbs am guten Glauben gefehlt habe. Die Klage wurde von den Genfer Gerichten abgewiesen. Eine beim Bundesgericht eingereichte Berufung hatte keinen Erfolg.

Erwägungen: Die beklagte Bank war nach den für das Bundesgericht verbindlichen tatsächlichen Feststellung gutgläubig. Umstritten war lediglich, ob die Bank berechtigt war, sich auf den guten Glauben zu berufen (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Das Bundesgericht bestätigt seine konstante Recht-

sprechung, wonach Art. 3 Abs. 2 ZGB grundsätzlich nur bei Vorliegen von Verdachtsgründen die Pflicht auferlegt, sich nach der Verfügungsmacht des Verpfänders zu erkundigen. Höhere Anforderungen an die Sorgfaltspflicht sind in Geschäftszweigen zu stellen, die in besonderem Masse dem Angebot von Waren zweifelhafter Herkunft ausgesetzt sind, wie etwa der Handel mit Occasionsautomobilen (BGE 113 II 397 ff.) oder der Antiquitätenhandel (BGE 122 III 1 ff.).

Bei der Verpfändung von Wertpapieren, Edelmetallen, antiken Münzen usw. an eine Bank genügt diese im Allgemeinen ihrer Sorgfaltspflicht, wenn sie die "Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken", die sie zur Identifikation ihrer Kunden verpflichtet, sowie die Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission zur Verhinderung von Geldwäscherei befolgt. Nur wenn besondere Verdachtsgründe vorliegen, kann die Bank zu weiteren Abklärungen verpflichtet sein. Im vorliegenden Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Bank ihren Sorgfaltspflichten nachgekommen war.

Bemerkungen: Der Kläger hatte auch geltend gemacht, der Pfandvertrag sei nichtig. Auf diese schuldrechtliche Frage wird hier nicht eingetreten. Es sei lediglich der Hinweis erlaubt, dass die bundesgerichtlichen Erwägungen lesenswert sind und auch Interessantes über den Kulturgüterschutz enthalten.

b) Grundpfandrechte im Allgemeinen

Keine Entscheide im Berichtsjahr

c) Grundpfandverschreibung

Keine Entscheide im Berichtsjahr.

d) Bauhandwerkerpfandrecht

Keine Entscheide im Berichtsjahr.

e) Schuldbrief

- *BGE 132 III 166 ff. = Praxis 2006 Nr. 145: "Art. 832, 842, 855 und 873 ZGB; durch zwei Schuldbriefe gesichertes Darlehen; Zusprennung des mit dem Pfandrecht belasteten Grundstückes an die geschädigte Person gemäss Art. 60 StGB. Möglichkeit, die novatorische Wirkung der Errichtung des Schuldbriefs auszuschliessen (E. 6.2). Übertragung des Eigentums am belasteten Grundstück auf die Hypothekargläubigerin. Auswirkungen auf das mittels der Schuldbriefe gesicherte Darlehen und auf das Pfandrecht (E. 6.4.1). Schicksal des Hypothekendarlehens im Fall des nachfolgenden Verkaufs des Grundstücks (E. 6.4.2)."*

Sachverhalt: Im März 1996 wurde B., ehemaliger Angestellter der Bank C., wegen Betrugs und ungetreuer Geschäftsführung zu mehreren Jahren Zuchthaus verurteilt sowie zur Bezahlung von Schadenersatz in der Höhe von CHF 9'147'663.- an die Bank C. als Privatklägerin verpflichtet. Im Urteil wurde sodann angeordnet, dass von diesem Betrag das abzuziehen sei, was wiedererlangt und was in der Folge durch die Verwertung der der Bank zugesprochenen Vermögenswerte gelöst werde.

Unter den beschlagnahmten Vermögenswerten war das Grundstück xxx, für dessen Erwerb B. und dessen Ehefrau A. im Jahre 1994 bei der Bank C ein Darlehen von CHF 850'000.- aufgenommen hatten. Das Darlehen war durch zwei Schuldbriefe im Nominalwert von insgesamt CHF 1'000'000.- sichergestellt. Im Juni 1996 wurde die Bank im Grundbuch als neue Eigentümerin eingetragen. Die Bank hat das Grundstück später an einen Dritten, Z, verkauft. Nach der Behauptung von A. hat die Bank einen Kaufpreis von CHF 1'500'000.- erzielt; die Schuldbriefe seien dem Käufer übergeben worden.

Im Verlaufe des Strafverfahrens hatte die Bank C. sowohl das Darlehen als auch die Schuldbriefe gekündigt. Im Januar 1998 hat sie sodann für die Darlehensforderung nebst Zinsen Betreibung gegen A. eingeleitet. Der von A. erhobene Rechtsvorschlag wurde beseitigt. Hierauf hat A. Klage auf Feststellung des Nichtbestands der Schuld eingereicht. Die Klage wurde von den Tessiner Gerichten erst- und zweitinstanzlich abgewiesen. Eine beim Bundesgericht eingereichte Berufung hatte teilweisen Erfolg.

Erwägungen: Das Bundesgericht hat vorab festgestellt, die Darlehensschuld sei erloschen, falls die Errichtung bzw. Begebung des Schuldbriefes

an die Bank C. novatorische Wirkung hatte. Treffe dies nicht zu, sei zu prüfen, ob die Darlehensschuld allenfalls später erloschen sei. Insbesondere sei zu prüfen, ob die Behauptung der Klägerin (A.), die beklagte Bank habe die Schuldbriefe dem Käufer des Grundstücks xxx übertragen, richtig sei. Sollte dies der Fall sein, so müsste "geschlossen werden, dass der neue Eigentümer die mit den Schuldbriefen garantierte Schuld [Darlehensschuld] beglichen hat" (E. 6.4.2.3 a.E.). Zu diesem Schluss gelangt das Bundesgericht über folgende Erwägungen: Die Zuweisung des Grundstücks an die Bank C. gestützt auf Art. 60 StGB liess die Darlehensschuld der Klägerin unberührt, ebenso das auf der Liegenschaft lastende Pfandrecht (Art. 832 ZGB; E. 6.4.1). Die Klägerin blieb somit nach der Zuweisung Schuldnerin der durch die Schuldbriefe garantierten Darlehensschuld, während das Eigentum an dem mit dem Pfandrecht belasteten Grundstück auf die beklagte Bank überging. Fallen, so das Bundesgericht weiter, Eigentümerstellung und Schuldnerstellung auseinander, "so kommt es häufig vor, dass der Erwerber des Grundstücks auch die vom Schuldbrief garantierte Schuld übernimmt, um zu verhindern, dass sein Grundstück gegebenenfalls die Schuld eines Dritten [A.] garantieren muss" (E. 6.4.2.1). "Wenn der neue Eigentümer die Schuld vollständig bezahlt, kann er die Übergabe des Schuldbriefs verlangen ... Die behauptete Übergabe der Schuldbriefe würde ... daher tatsächlich zu Gunsten der Annahme der Tilgung der durch diese Schuldbriefe garantierten Schuld der Klägerin der beklagten Bank gegenüber sprechen." (E. 6.4.2.2).

Zur Frage der novatorische Wirkung der Schuldbriefbegebung an die Bank C. führte das Bundesgericht aus: Novation wird nach Art. 855 Abs. 1 ZGB vermutet. Die Vermutung kann jedoch umgestossen werden. "In der Praxis ist der Ausschluss der novatorischen Wirkung sehr häufig und erfolgt unter anderem mittels der Übergabe des Schuldbriefes sicherungshalber oder als Faustpfand" (E. 6.1 a.E.). Hingegen hat die Übertragung eines Schuldbriefs erfüllungshalber keinen Ausschluss der novatorischen Wirkung zur Folge (E. 6.2.1).

Da die tatsächlichen Feststellungen betr. Novationswille und Übergabe der Schuldbriefe fehlten, konnte das Bundesgericht in der Sache nicht selbst entscheiden, sondern musste die Angelegenheit zur Vornahme der nötigen tatsächlichen Feststellungen an die Vorinstanz zurückweisen.

Bemerkungen: Dass die Begebung eines Schuldbriefs erfüllungshalber novatorische Wirkung hat, überzeugt nicht. Die Leistung erfüllungshalber

ist ja mit der Abrede verbunden, dass die Schuld, auf die geleistet wird, vorderhand weiterhin Bestand haben soll und nur insoweit Tilgung erfährt, als die Leistung erfüllungshalber zur Befriedigung des Gläubigers führt. Damit ist die Vorstellung einer Novation schwer vereinbar.

Dass Käufer Z. die Darlehensschuld gegen Übergabe der Schuldbriefe bezahlt haben soll, mutet merkwürdig an. Er hätte ja nur eine ungesicherte Forderung gegen A. erhalten und damit riskiert, allenfalls nicht befriedigt zu werden.

- *BGE 132 III 437 ff.: "Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung; Anfechtung des Kollokationsplanes; Erstreckung der Pfandhaft auf die Miet- und Pachtzinse (Art. 806 ZGB). Wie beim Konkurs nimmt der Gläubiger, der sich (als Faustpfandgläubiger) im Besitze eines Eigentümerschuldbriefs befindet, auch beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung - anstelle des nicht existierenden Grundpfandgläubigers - direkt an der Verteilung des Nachlassvermögens sowie der Miet- und Pachtzinse (Art. 806 Abs. 1 ZGB) teil (E. 4). Da letztere ab Bestätigung des Nachlassvertrags bis zur Verwertung von der Pfandhaft erfasst werden, bedarf es weder einer vorgängigen Grundpfandbetreibung noch eines ausdrücklichen Begehrens um Erstreckung der Pfandhaft auf die Miet- und Pachtzinse (E. 5). Enthält das Lastenverzeichnis eines Grundstücks keine eindeutige Verfügung zum Umfang der Pfandhaft, was nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen ist, kann es noch im Zeitpunkt der Auflegung der Verteilungsliste angefochten werden. Zulassung der Anfechtung wegen Fehlens genauer Angaben zu den seit der Bestätigung des Nachlassvertrags eingenommenen Mietzinsen und zu deren Verteilung (E. 6)."*

F. Einzelfragen

Keine Entscheide im Berichtsjahr.

III. Literatur

A. Gesamtdarstellungen und Grundlagenwerke

Keine Publikationen im Berichtsjahr.

B. Besitz und Besitzesrecht

Keine Publikationen im Berichtsjahr.

C. Grundbuch und Grundbuchrecht

- MICHEL MOOSER: *Le tribunal fédéral ouvre davantage la porte du registre foncier – Note sur l' ATF 132 III 603, FZR 2006, 155 ff.*
- ROLAND PFÄFFLI: *Das Grundbuch und seine Bedeutung für den Rechtsanwalt, Anwaltsrevue 2006, 139ff.*

PFÄFFLI gibt einen Überblick über das Grundbuch und grundbuchspezifische Rechtsaspekte, die (auch) für Rechtsanwälte von Bedeutung sind.

- ROLAND PFÄFFLI: *Die Berichtigung des Grundbuchs, jusletter, 27. März 2006.*

PFÄFFLI weist darauf hin, dass gegen die Amtsführung des Grundbuchverwalters nur Beschwerde geführt werden kann, soweit nicht die gerichtliche Anfechtung vorgesehen ist (Art. 956 Abs. 2 ZGB; BGer, Urteil 5A.6/2005). Sodann geht er auf zwei neuste Bundesgerichtsentscheide ein, in denen es um die Frage ging, ob die Grundbuchberichtigungsklage (Art. 975 ZGB) an Art. 973 Abs. 1 ZGB scheitert (5C.282/2005 und 5C.301/2005, dazu oben S. 11 ff. bzw. S. 13).

- ROLAND PFÄFFLI: *Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs, Grundsätze und Rechtsprechung zur Einsichtnahme in das Grundbuch, TREX 2006, 360–362.*

Im Zusammenhang mit dem Bundesgesetz über die elektronische Signatur wurden auch die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Grundbuchs

revidiert (Art. 970 und 970a ZGB). PFÄFFLI gibt vorab den wesentlichen Inhalt der revidierten Bestimmungen wieder. Sodann weist er auf einschlägige Rechtsprechung zu Art. 970 Abs. 1 ZGB (= Art. 970 Abs. 2 ZGB a.F.) hin. Nach dieser Bestimmung hat jedermann, der ein entsprechendes Interesse glaubhaft macht, Anspruch darauf, dass ihm Einsicht in das Grundbuch gewährt wird. PFÄFFLI schliesst seine Bemerkungen mit dem Hinweis, dass mittelfristig "eine vollständige Öffnung der Grundbuchdaten (im Hauptbuch) zu erwarten" sei.

Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs s. neustens BGE 132 III 603 ff., dazu oben S. 10 f.

- CORRADO RAMPINI: *Handänderung von Immobilien durch Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz, ST 2006, 164 ff.*

Im Handelsregister eingetragene Rechtsträger haben die Möglichkeit, Grundstücke mittels Vermögensübertragung gemäss FusG zu veräussern. Auch ein einziges Grundstück kann nach herrschender Ansicht Gegenstand einer Vermögensübertragung sein. Zuständig für die öffentliche Beurkundung ist der Sitzkanton. Auch wenn mehrere Grundstücke in verschiedenen Kantonen zu übertragen sind, genügt eine einzige Urkunde. Vollzogen wird die Grundstücksveräusserung durch Eintragung ins Handelsregister. Der Erwerb erfolgt also ausserbuchlich, doch kann der Erwerber erst dann über das Grundstück rechtlich verfügen, wenn der Grundbucheintrag erfolgt ist (Art. 656 Abs. 2 ZGB). Um das Grundbuch mit der tatsächlichen Rechtslage möglichst rasch in Übereinstimmung zu bringen, muss der übernehmende Rechtsträger den Eigentumsübergang umgehend beim Grundbuchamt anmelden (Art. 104 Abs. 2 lit. c FusG). Eine Anmeldung des übertragenden Rechtsträgers ist nicht erforderlich (Art. 963 Abs. 2 ZGB). Die Urkundsperson ist zudem berechtigt, die Anmeldung beim Grundbuchamt selbst vorzunehmen (Art. 104 Abs. 4 FusG).

RAMPINI geht u.a. auf die Form des Vermögensübertragungsvertrags, auf die Beurkundungszuständigkeit sowie auf die materiellrechtlichen Wirkung der Grundstücksveräusserung ein, so etwa auf den Übergang von Miet- und Versicherungsverträgen (Art. 261 OR, 54 VVG) sowie auf die Probleme, die sich stellen, wenn hinsichtlich des/eines veräusserten Grundstücks ein Vorkaufsrecht besteht.

- BERNHARD TRAUFFER: *Revision der Grundbuchverordnung per 1. April 2005, Beurkundungs- und Grundbuchrecht 2006, 56 ff.*

Auf den 1. April 2005 wurden mehrere Änderungen der Grundbuchverordnung in Kraft gesetzt. Der Autor erläutert die einzelnen Änderungen: II. Oberaufsicht des Bundes (Art. 104a GBV), III. Öffentlichkeit des Grundbuchs (Art. 106a GBV), IV. Elektronisches Einlesen der Belege (Art. 110a GBV), V. Grundsatz zur Führung des Grundbuchs mittels Informatik (Art. 111 GBV), VI. Rechtswirkungen des informatisierten Hauptbuchs (Art. 111b GBV), VII. Keine Grundbuchanmeldungen auf elektronischem Weg (Art. 111f GBV), VIII. Verfügbarkeit der Daten und Datensicherheit beim informatisierten Grundbuch (Art. 111i GBV); IX. Veröffentlichung der Handänderungen im Internet (Art. 111k GBV); X. Auskunft und Einsichtnahme in die frei einsehbaren Daten des Hauptbuches über das Internet (Art. 111l GBV); XI. Zugriff im Abrufverfahren (Art. 111m GBV).

- RICCARDO MARIA VARINI: *Il computo complessivo in relazione alla tassa di iscrizione a Registro fondiario, Rivista ticinese di diritto 2006, 549 ff.*

D. Eigentum

1. Allgemeines

Keine Publikationen im Berichtsjahr.

2. Fahrniseigentum

- URS HOFFMANN-NOWOTNY/HANS CASPAR VON DER CRONE: *Die Vindikationszession. Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 5C.182/2005 (BGE 132 III 155) vom 2. Dezember 2005, SZW 3/2006, 233 ff.*

Die Autoren befassen sich in ihrer Entscheidbesprechung nicht nur mit der selbständigen und unselbständigen Vindikationszession, sondern gehen auch auf "weitere Möglichkeiten traditionsloser Eigentumsübertragung"

(III./D.) sowie auf "Alternativen zur traditionslosen Eigentumsübertragung" (III./E.) ein.

Zu BGE 132 III 155 ff. s. auch oben S. 8 ff. und 16 ff.

3. Grundeigentum

a) Allgemeines

- PIERRE BAYENET: *RHINO: Les squatters ont-ils des droits?, plädoyer* 2/2006, 58 ff.

Der Autor befasst sich mit der Frage, ob Hausbesetzer, die seit 1988 drei Liegenschaften in Genf besetzen und erhebliche Beträge darin investiert haben, ein Recht auf die Häuser gestützt auf die Genfer Verfassung geltend machen können.

- ROLAND PFÄFFLI: *Das Immobiliarsachenrecht im Wandel*, BN 2006, 173 ff.

Der Aufsatz gibt einen Überblick über die sich im Gang befindliche Teilrevision des Immobiliarsachenrechts.

- ROLAND PFÄFFLI: *Entwicklungen im Sachenrecht und Bodenrecht*, SJZ 2006, 57 ff.

b) Nachbarrecht

- ROLAND PFÄFFLI: *Die Kirchenglocken und andere Lärmimmissionen*, jusletter 24. April 2006.

- JÖRG SCHMID: *Landwirtschaft und Nachbarrecht. Von Kuhglockengeläut, krähenden Hähnen und duftenden Ziegenböcken*, in: Jörg Schmid/Hansjörg Seiler (Hrsg.): *Recht des ländlichen Raums. Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern für Paul Richli zum 60. Geburtstag* (Zürich 2006), 373 ff.

Der Autor befasst sich mit den Problemen, die sich aus dem Nebeneinander von Landwirtschaft und Wohngebieten aus dem Nachbarrecht (Art.

684 ZGB) ergeben. Anhand von vier Beispielfällen, welche die Justiz beschäftigt haben, werden die massgeblichen Wertungsgesichtspunkte bei der Beurteilung der Übermässigkeit von Immissionen herausgearbeitet.

4. Gemeinschaftliches Eigentum (ohne Stockwerkeigentum)

- EDMOND C. PERRUCHOUD: *La communauté dans la copropriété ordinaire: étude portant principalement sur la copropriété foncière* (Lachen/Zürich 2006 = SSHW Nr. 255).

Diese Publikation wird im folgenden Berichtsjahr besprochen.

5. Stockwerkeigentum

- KEZIA BAADER-SCHÜLE: *Praktische Probleme der Nutzniessung an Stockwerkeigentums-Anteilen* (Diss. Zürich 2006).

"Der Nutzniesser verfügt über eine eigentumsähnliche Stellung und ist daher Träger von entsprechenden Rechten und Pflichten gegenüber der Stockwerkeigentümergeinschaft, ohne ein Mitglied derselben zu sein. Die Gemeinschaft kann sich vor ihm nicht verschliessen und der Nutzniesser seinerseits muss sich im Gegenzug in die Gemeinschaft einfügen. Die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer wird dadurch um ein – nicht vollwertiges – Mitglied grösser, bzw. die Rechte des nutzniessungsbelasteten Eigentümers verteilen sich auf zwei Personen: den 'nackten Eigentümer' und den Nutzniesser. Ein wichtiger Teil der Arbeit besteht daher darin, in diesem Geflecht von Stockwerkeigentumsgemeinschaft und Nutzniessungsverhältnis die Rechte und Pflichten aller Beteiligten zu klären."³⁷ Die Autorin geht beispielsweise auf die "Rollenverteilung" von Stockwerkeigentümer und Nutzniesser in der Stockwerkeigentümersammlung ein.

Auszug aus dem Inhaltsverzeichnis: § 6 Beziehungen zwischen Eigentümer und Gemeinschaft, § 7 Beziehungen zwischen Nutzniesser und

³⁷ Auszug aus der angezeigten Dissertation, 38.

Eigentümer – Das Nutzniessungsverhältnis, § 8 Beziehungen zwischen Nutzniesser und Gemeinschaft, § 9 Rechtserhebliche Veränderungen während der Dauer des Nutzniessungsverhältnisses. Im Anhang findet sich ein Muster einer Nutzniessungsvereinbarung.

- MARKUS W. STADLIN/OSCAR OLANO: *Stockwerkeigentum am Baurecht – Regelung der Heimfallentschädigung im Allgemeinen und im Speziellen bezüglich "gemischt" genutzter Sonderrechtseinheiten*, AJP 2006, 542 ff.

An Baurechten, welche Grundstücke i.S.v. Art. 655 Abs. 2 ZGB sind, kann Stockwerkeigentum begründet werden (Art. 712d Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). Die Verfasser diskutieren die speziellen Probleme, die sich beim Heimfall eines zu Stockwerkeigentum ausgestalteten Baurechts stellen. Insbesondere gehen sie auf die Frage ein, wie die Heimfallentschädigung auf die Stockwerkeigentümer zu verteilen ist. Eine rein quotenmässige Verteilung halten sie nicht immer für angemessen. Sie fordern, dass für gewisse Fälle "das Wertquotenprinzip des Stockwerkeigentums in Analogie zu Artikel 712h Abs. 3 ZGB relativiert wird" (S. 547). Mit Bezug auf den vorzeitigen Heimfall (Art. 779f–779h ZGB) vertreten sie sodann die Auffassung, es sei "der Heimfall auch nur einer einzelnen Stockwerkeigentumsparzelle möglich" (S. 548).

- AMEDEO WERMELINGER: *La propriété par étages "jumelée": créativité admissible de la pratique?*, ZBGR 2006, 369 ff.

Der Ausdruck *propriété par étages "jumelée"* (verbundenes Stockwerkeigentum) findet sich weder im Gesetz noch hat er sich in der Terminologie von Rechtsprechung und Lehre eingebürgert. WERMELINGER versteht darunter den Sachverhalt, dass für zwei (oder mehrere) Stockwerkeigentumseinheiten eine gemeinsame Nutzungs- und Verwaltungsordnung gilt. Wo verbundenes Stockwerkeigentum besteht, werde regelmässig auch ein gemeinsamer Verwalter bestellt, u.U. würden auch gemeinsame Stockwerkeigentümerversammlungen abgehalten. WERMELINGER geht auf die Frage ein, inwieweit verbundenes Stockwerkeigentum rechtlich zulässig ist. Er kommt u.a. zum Schluss, dass ein gemeinsames Reglement, dessen Änderung entsprechende Beschlüsse *beider* Stockwerkeigentümergeinschaften voraussetzt, die organisatorische Zuständigkeit der einzelnen Stockwerkeigentümergeinschaft in gesetzwidriger Weise einschränkt (Art. 27 Abs. 2 ZGB). Mit anderen Worten muss jede Gemeinschaft die Kompetenz

behalten, selbständig über ihr Reglement zu befinden. Mutatis mutandis dasselbe gilt mit Bezug auf die gemeinsame Bestellung eines Verwalters sowie die gemeinsame Abhaltung von Stockwerkeigentümerversammlungen. Unzulässig ist es daher beispielsweise, wenn sich Stockwerkeigentümergeinschaften vertraglich oder im Reglement verpflichten, denselben Verwalter beizubehalten. Auf S. 376 f. weist WERMELINGER auf Alternativen zum verbundenen Stockwerkeigentum hin, schliesslich geht er auf die Verpflichtungen des Grundbuchverwalters im Zusammenhang mit verbundenem Stockwerkeigentum ein (S. 378 ff.).

Vgl. im vorliegenden Kontext das Bundesgerichtsurteil 5C.239/2005, dazu oben S. 31.

- AMEDEO WERMELINGER: *Le propriétaire d'étage peut demander l'enlèvement d'une construction qui empiète sur son unité d'étage, jusletter 6. März 2006 (Besprechung von BGE 132 III 9 ff. = Praxis 2006 Nr. 118).*

E. Beschränkte dingliche Rechte

1. Dienstbarkeiten und Grundlasten

- BETTINA HÜRLIMANN-KAUP: *Die Ermittlung des Zwecks einer Grunddienstbarkeit, SJZ 2006, 6 ff.*

Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit richten sich nach dem Dienstbarkeitsvertrag, soweit sich die ursprünglichen Parteien gegenüberstehen. Art. 738 ZGB findet dann keine Anwendung. Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung "ist die Beteiligung eines gutgläubigen Dritten".³⁸ "Bei Betrachtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ... fällt auf, dass bisweilen die Rechtslage nur verkürzt zum Ausdruck kommt und die je nach beteiligten Personen erforderlichen Differenzierungen nicht vorgenommen werden."³⁹

Die Inhaltsbestimmung bei Dienstbarkeiten hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Berichtsjahr mehrfach beschäftigt (s. oben S. 32 ff.).

³⁸ HÜRLIMANN-KAUP, 6.

³⁹ HÜRLIMANN-KAUP, 7.

- ROLAND PFÄFFLI: *Zur Revision des Dienstbarkeitsrechts*, ZBGR 2006, 31 ff.

Der Vorentwurf für eine Teilrevision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts sieht auch das Dienstbarkeitsrecht betreffende Änderungen vor (s. oben S. 2 ff.). Mit diesen befasst sich der angezeigte Aufsatz.

- BENNO STUDER: *Superficies an Pflanzen*, Blätter für Agrarrecht 2006, 21 ff.

Per 1.1.2004 trat eine Änderung von Art. 678 Abs. 2 ZGB in Kraft. Neu kann – entgegen dem bisherigen Recht – eine "dem Baurecht entsprechende Dienstbarkeit für einzelne Pflanzen und Anlagen von Pflanzen ... auf mindestens zehn und auf höchstens 100 Jahre errichtet werden" (Art. 678 Abs. 2 ZGB). Der neu erlassene Art. 678 Abs. 3 ZGB betrifft den Fall, dass der dienstbarkeitsbelastete Eigentümer mit dem Dienstbarkeitsberechtigten einen Pachtvertrag geschlossen hat. Er sieht eine vorzeitige Ablösung der Dienstbarkeit vor, falls der Pachtvertrag beendet wird.

Der angezeigte Aufsatz setzt sich mit der Neuregelung kritisch auseinander, insbesondere auch mit Abs. 3. Im Übrigen ist STUDER der Auffassung, dass für die Pflanzensuperficies im nichtlandwirtschaftlichen Bereich kein wirkliches Bedürfnis besteht.⁴⁰

2. Pfandrechte

a) Fahrnispfand

Keine Publikationen im Berichtsjahr.

b) Grundpfandrechte im Allgemeinen

- ROLAND PFÄFFLI: *Die Belastungsgrenze für Grundpfandrechte*, Jusletter 14. August 2006.

⁴⁰ STUDER, 30 ff.

c) Grundpfandverschreibung

Keine Publikationen im Berichtsjahr.

d) Bauhandwerkerpfandrecht

- RUBEN PERREN: *Der Vorrechtsanspruch des Bauhandwerkers i.S.v. Art. 841 ZGB*, AJP 2006, 702 ff.

Im Zentrum des Aufsatzes von PERREN stehen die Voraussetzungen des Vorrechts der Baupfandgläubiger i.S.v. Art. 841 Abs. 1 ZGB. PERREN fasst diese Voraussetzungen wie folgt zusammen: "Objektive Voraussetzung einer erfolgreichen Vorrechtsklage ist ein vom Bauhandwerker erlittener Pfandausfall. Die Ursache dieses Pfandausfalls muss darin liegen, dass der vom Bauhandwerker geschaffene Mehrwert teilweise dem vorrangigen Pfandgläubiger zu Gute gekommen ist. Besonderer Aufmerksamkeit bedarf in diesem Zusammenhang die Bestimmung des geschaffenen Mehrwerts, muss doch der Bodenwert zum Zeitpunkt der Zwangsversteigerung vom Verwertungserlös in Abzug gebracht werden, um den geschaffenen Mehrwert festzusetzen. Zweite objektive Voraussetzung eines Vorrechtsanspruchs ist, dass das vorrangige Grundpfandrecht zum Nachteil der Bauhandwerker bestellt worden ist. Gemäss langjähriger, in der Lehre teilweise kritisierter Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt eine Benachteiligung der Bauhandwerker vor, sofern eine Zweckentfremdung von Baukreditgeldern oder eine ungleichmässige Verteilung der Finanzmittel an die am Bau beteiligten Personen erstellt ist. Als subjektive Voraussetzung eines Vorrechtsanspruchs setzt das Gesetz voraus, dass die erfolgte Benachteiligung in für die vorrangigen Pfandgläubiger erkennbarer Art und Weise herbeigeführt worden ist. Diese Erkennbarkeit auferlegt den baukreditgewährenden Finanzinstituten erhebliche Sorgfaltspflichten."

PERREN befasst sich auch mit der Rechtsnatur und den Modalitäten (z.B. Verjährung) des Vorrechts. Von besonderem Interesse dürften die Bemerkungen zur Berechnung des Vorrechtsanspruchs (VII.) sowie die "Anwendungsbeispiele" (VIII.) sein.

- CHRISTOPH THURNHERR: *Das Bauhandwerkerpfandrecht – eine aktuelle Übersicht unter Berücksichtigung der Baukreditüberwachungspraxis der Banken*, ZBJV 2006, 909 ff.

Der Aufsatz bietet eine Übersicht über die aktuelle Lehre und Rechtsprechung zum Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3, 839 ff. ZGB). Ein besonderes Augenmerk wird auf die Vermeidung des Doppelzahlungsrisikos gelegt. Ein solches Risiko entsteht, wenn ein Hauptunternehmer und ein Subunternehmer ein Bauhandwerkerpfandrecht für die gleiche Bauleistung (des Subunternehmers) eintragen lassen. Nach Auffassung des Autors ist die sicherste Methode zur Vermeidung des Doppelzahlungsrisikos eine seriöse Baukreditüberwachung, bei der die kreditgebende Bank die korrekte Verwendung des Baukredits überwacht und dafür sorgt, dass der Kredit im Verhältnis zum Baufortschritt freigegeben wird und die Bauhandwerker wirklich befriedigt werden. Bei grossen Bauprojekten empfiehlt sich auch der Beizug eines Bautreuhänders.

e) Schuldbrief

- JÜRGEN SCHMID: *Der "papierlose" Schuldbrief*, ZBGR 2006, 45 ff.
- DANIEL STAEHELIN: *Der Schuldbrief in der aktuellen Revision des ZGB*, BJM 2006, 1 ff.

Der Vorentwurf für eine Teilrevision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts sieht zusätzlich zum bisherigen Schuldbrief die Einführung eines Register-Schuldbriefs vor (s. oben S. 2 ff.). Mit diesem neuen Institut befassen sich die vorstehend angezeigten Aufsätze.

F. Einzelfragen

- CHRISTIAN BRÜCKNER: *Grundstücksrecht*, in: Jürg Schmid (Hrsg.): *Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars* (Zürich 2006).

Der Autor setzt sich detailliert mit der Beratungs- und Belehrungspflicht des Notars bei Grundstücksgeschäften auseinander.

- ROLAND PFÄFFLI: *Das Rückfallsrecht bei der Schenkung eines Grundstücks*, jusletter 6. Februar 2006.

PFÄFFLI bezeichnet das Rückfallsrecht als ein "persönliches Recht, welches im Grundbuch vorgemerkt werden kann (Art. 247 Abs. 2 OR); es entsteht dadurch eine Realobligation" (Rz. 2). Dann führt er aus: "Kommt das Rückfallsrecht beim Tod des Beschenkten zur Anwendung, so handelt es sich um einen direkten (dinglichen) Eigentumsübergang vom Beschenkten an den Schenker." (Rz. 8). Diese zweite Aussage dürfte sich mit der ersten nicht vertragen: Wenn das Rückfallsrecht tatsächlich nur ein persönliches Recht ist, so entsteht allenfalls ein obligatorischer Anspruch auf Rücküber-eignung, hingegen findet kein Rückfall des Eigentums ex lege statt.

- ROLAND PFÄFFLI: *Gütergemeinschaft: Auswirkungen auf das Grundeigentum im Todesfall eines Ehegatten*, jusletter 27 Februar 2006.
- DENIS PIOTET: *L'application en droit immobilier*, in: Jürg Schmid (Hrsg.): *Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars* (Zürich 2006), 163 ff.

Der Autor setzt sich detailliert mit der Beratung- und Belehrungspflicht des Notars bei Grundstücksgeschäften auseinander.

- DENIS PIOTET: *Propriété collective, servitudes, droit de voisinage et restrictions de droit public: tour d' horizon du chapelet de perles entourant la révision du droit des gages immobiliers et de la tenue du registre foncier après 2005*.
- CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN: *Überblick über den Stand der Gesetzesrevision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts*, ZBGR 2006, 1 ff.

SCHMID-TSCHIRREN gibt einen umfassenden Überblick über die im Gang befindliche Teilrevision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts (s. oben S. 2 ff.).

