

AJP/PJA

3/2010, S. 353 ff.

Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle

Aufsätze / Articles

[Seite 353] Dienstbarkeiten als Gegenstand von Nachbarstreitigkeiten

ALFRED KOLLER Prof. Dr. iur., St. Gallen

Ein Grossteil der sachenrechtlichen Rechtsprechung betrifft Streitigkeiten unter Nachbarn. Oft geht es um Immissionsschutz, wohl ebenso häufig um den Inhalt oder Umfang von Dienstbarkeiten. In vielen Fällen führt die rechtliche Auseinandersetzung bis zum Bundesgericht. Allein im vergangenen Jahr sind rund ein Dutzend höchstrichterliche Entscheide zum Nachbarrecht ergangen. Im Folgenden werden drei davon herausgegriffen, referiert und kommentiert. Alle drei Entscheide betreffen Fragen aus dem Dienstbarkeitsrecht.

INHALTSÜBERSICHT

I. Positive Leistungspflicht eines Dienstbarkeitsbelasteten?

1. Sachverhalt
2. Erwägungen
3. Bemerkungen

II. Die objektiv wesentlichen Punkte eines Dienstbarkeitsvertrages

1. Sachverhalt (leicht vereinfacht)
2. Erwägungen
3. Bemerkungen

III. Auslegung einer Grunddienstbarkeit

1. Der Entscheid
2. Bemerkungen

I. Positive Leistungspflicht eines Dienstbarkeitsbelasteten?

Bemerkungen zu BGer, Urteil [5A_265/2009](#) vom 17. November 2009 (zur Publikation vorgesehen)

1. Sachverhalt

Frau X ist seit 1999 Eigentümerin der Grundstücke Nr. 1668 und 1669 im Grundbuch der Gemeinde B. Die beiden Parzellen liegen teilweise in einem Waldgebiet. Die benachbarte Parzelle Nr. 1666 steht im Eigentum von Y. Von der Parzelle Nr. 1666 führt ein Privatweg durch die Parzelle Nr. 1668 zur Strasse A. Im Juli 1992 erwirkte Y beim Forstinspektorat des Kantons Waadt eine Bewilligung für das Befahren des Privatweges mit einem Motorfahrzeug, unter Vorbehalt der Zustimmung des Eigentümers der Parzelle Nr. 1668. In der Folge weigerte sich der damalige Eigentümer dieser Parzelle, Y die gewünschte Dienstbarkeit einzuräumen. Zur Begründung der Dienstbarkeit kam es erst, nachdem X die Liegenschaft erworben hatte. Der Dienstbarkeitsvertrag sah vor, dass die Unterhaltskosten

zulasten des jeweiligen Eigentümers des berechtigten Grundstücks gehen. In der Folge stürzten verschiedentlich Bäume vom Grundstück der X auf den mit der Dienstbarkeit belasteten Weg. Hierauf erhob Y gegen X Klage mit dem Begehren, X sei zu verpflichten, auf dem belasteten Grundstück die nötigen Vorkehrungen zu treffen, um das Umstürzen von Bäumen auf den Weg zu verhindern. X trug auf Abweisung der Klage an und erhob Widerklage mit dem Begehren, die Wegrechtsdienstbarkeit sei zu löschen. Die Gerichte des Kantons Waadt haben die Klage gutgeheissen und die Widerklage abgewiesen. Das Bundesgericht hat die von X eingereichte Beschwerde in Zivilsachen lediglich als Verfassungsbeschwerde entgegengenommen, die Abweisung der Widerklage bestätigt und die Klage ebenfalls abgewiesen.

2. Erwägungen

1. *Zum Klagebegehren:* Die Vorinstanz hatte X gestützt auf **Art. 737 Abs. 3 ZGB** dazu verpflichtet, den Wald so zu unterhalten, dass das Umfallen von Bäumen auf den Waldweg vermieden wird. Das Bundesgericht hat demgegenüber erkannt, **Art. 737 Abs. 3 ZGB** verlange vom Dienstbarkeitsbelasteten lediglich ein passives Verhalten, nämlich das Unterlassen von Handlungen, welche die Ausübung der Dienstbarkeit erschweren oder verhindern. Hingegen biete die Bestimmung keine Grundlage, um vom Belasteten die Vornahme aktiver Handlungen zu fordern. Da auch im Dienstbarkeitsvertrag keine entsprechende Verpflichtung vorgesehen war, durfte X nach Auffassung des Bundesgerichts keine Pflicht zum Unterhalt des Waldes auferlegt werden.

2. *Zum Widerklagebegehren:* Die fragliche Dienstbarkeit wurde mit Bewilligung der zuständigen Verwaltungsbehörde (l'Inspection des forêts) des Kantons Waadt erteilt. Der Zivilrichter war nach Ansicht des Bundesgerichts nicht berechtigt, diese Bewilligungserteilung vorfrageweise auf ihre Rechtmässigkeit zu überprüfen. Nur bei Nichtigkeit derselben wäre er daran nicht gebunden gewesen. "C'est en conséquence sans arbitraire que la Chambre des recours a refusé d'ordonner la radiation de la servitude litigieuse, inscrite en 1999." (E. 4.2. des referierten Entscheids).

3. Bemerkungen

1. Nicht geprüft hat das Bundesgericht, ob X allenfalls gestützt auf **Art. 679 ZGB** (i.V.m. **Art. 684 ZGB**) oder eine sonstige Bestimmung zur Instandhaltung des Waldes hätte verpflichtet werden können. Die Frage hätte im Lichte von **BGE 93 II 230** verneint werden müssen. In diesem Entscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass "das blosse Bestehenlassen des ausschliesslich durch die Natur geschaffenen Zustandes einer Liegenschaft ... nicht unter **Art. 679 ZGB** [fällt]".¹ Im gleichen Entscheid hat es ausgeführt, dass grundsätzlich keine Pflicht des Grundeigentümers besteht, natürlich bedingte Gefahren zu beseitigen.² Im Regelfall muss er höchstens auf solche Gefahren aufmerksam machen und allenfalls dem Gefährdeten den Zugang zu seinem Grundstück gestatten, damit jener die Gefahr selbst – auf eigene Kosten – beseitigen kann. Demnach greift keine Haftung aus **Art. 41 OR** Platz, wenn sich solche Gefahren realisieren. Auch **Art. 58 OR** hilft in Fällen wie dem beurteilten nicht, da ein natürlich gewachsener (nicht von Menschenhand gepflanzter) Baum kein Werk im Sinne dieser Bestimmung darstellt.³

[Seite 354] 2. Hätte sich X im Dienstbarkeitsvertrag zum Unterhalt des Waldes verpflichtet gehabt, so hätte sich die – vom Bundesgericht offengelassene – Frage gestellt, ob eine solche Verpflichtung überhaupt zum Inhalt einer Dienstbarkeit gemacht werden kann (**Art. 730 Abs. 2 ZGB**). Nach der zitierten Bestimmung müsste die Verpflichtung gegenüber der Duldungs- bzw. Unterlassungspflicht (**Art. 730 Abs. 1 ZGB**) "nebensächlich" sein.⁴ Darüber hinaus hätte die fragliche Verpflichtung ihren Niederschlag im Grundbuch finden müssen, wenigstens in den Belegen. Neu ist vorgesehen, dass eine nebensächliche positive Leistungspflicht nur dingliche Wirkung entfaltet, falls sie Aufnahme in den Grundbucheintrag gefunden hat (revidierter **Art. 730 Abs. 2 ZGB**, 2. Satz⁵). Bis diese Änderung in Kraft tritt, ist eine in einem Dienstbarkeitsvertrag enthaltene, aber nicht aus dem Grundbucheintrag ersichtliche nebensächliche positive Leistungspflicht auch für Dritte verbindlich, unabhängig von ihrem guten oder bösen Glauben (**Art. 21 Abs. 2 des**

revidierten Schlusstitels zum ZGB⁶). Das ist jedenfalls die Rechtslage, von welcher der Gesetzgeber bei der Revision von **Art. 730 Abs. 2 ZGB** bzw. dem Erlass von Art. 21 Abs. 2 des Schlusstitels zum ZGB ausgegangen ist. Diese Rechtsauffassung ist jedoch nicht über alle Zweifel erhaben. Meines Erachtens folgt aus Art. 738 und 973 Abs. 1 ZGB, dass eine nicht im Grundbucheintrag aufscheinende positive Leistungspflicht einem Dritten de lege lata nur entgegengehalten werden kann, wenn er sie gekannt hat oder hätte kennen müssen. Dabei ist zu beachten, dass grundsätzlich keine Pflicht besteht, in die Belege Einsicht zu nehmen. Wer daher die Einsichtnahme in die Belege unterlässt, muss sich im Allgemeinen Diskrepanzen zwischen Dienstbarkeitsvertrag und Grundbucheintrag nicht entgegengehalten lassen.⁷

II. Die objektiv wesentlichen Punkte eines Dienstbarkeitsvertrages

*Bemerkungen zu BGer, Urteil **5A_641/2008** vom 8. Januar 2009*

1. Sachverhalt (leicht vereinfacht)

A führt ein Zweirad-Fachgeschäft in einem Geschäftslokal an der X-Strasse 27 in Lausanne. Seit Juli 1990 wurde ihm durch einen Mietvertrag die Nutzung an einer Parkfläche im Hof des benachbarten Grundstücks, X-Strasse 25, gestattet. In Wirklichkeit verfügte A frei über den ganzen Hof sowie über zwei Keller. Vermieter und Eigentümer des Grundstücks X-Strasse 25 war vorerst D. Mit dessen Tod ging das Eigentum am Grundstück auf C, Alleinerbin des D, über. Der von D eingesetzte Willensvollstrecker, E, teilte dem A im Dezember 2000 mit, dass er für die Benutzung der Parkfläche künftig keine Miete mehr bezahlen müsse. Sodann wurde in einem Schriftstück vom 31. Januar 2001, das sowohl von A als auch von C unterzeichnet und an E gerichtet war, Folgendes festgehalten:

"(...) Il est certain (sic) que des malentendus ou des décisions ont été mal interprétées.

Pour faire le point:

La volonté de Mme C était de faire une donation de la Cour, mais pour les raisons que vous connaissez (sic), elle opte pour une servitude, ou éventuellement un droit de surface, mais aucunement de bails (sic), même de longue durée.

Ceci est valable pour toute la cour, et non pour une place de voiture, de plus la servitude doit être en faveur de A et fils et ceci pendant tout le temps que la dite raison sociale sera en activité. (...)"

In der Folge klagte A auf Eintragung einer Personaldienstbarkeit i.S.v. **Art. 781 ZGB**. Die Klage wurde von den kantonalen Instanzen abgewiesen. Eine beim Bundesgericht eingereichte Beschwerde in Zivilsachen hatte keinen Erfolg. Das Bundesgericht stellte vorerst fest, das besagte Schreiben könne zwar als ein auf Begründung einer Dienstbarkeit gerichteter Vertrag angesehen werden, doch sei die Dienstbarkeit inhaltlich nicht genügend bestimmt umschrieben und daher der Vertrag nicht gültig zustandegekommen. Offenge [**Seite 355**] lassen hat das Bundesgericht, ob der Vertrag auch zufolge Formmangels keine Gültigkeit erlangt hatte.

2. Erwägungen

Im Folgenden interessieren nur die Erwägungen zur Frage des rechtsgenügenden Konsenses. Diese zerfallen in zwei Teile. Vorerst äussert sich das Bundesgericht in allgemeiner Weise zu den objektiv wesentlichen Punkten eines Dienstbarkeitsvertrags (E. 4.1), daran schliesst sich die Rechtsanwendung auf den konkreten Fall an (E. 4.2).

E. 4.1: "L'acte constitutif doit renfermer tous les éléments servant à déterminer la charge imposée au propriétaire du fonds grevé. Il doit ainsi désigner le fonds dominant et le bénéficiaire de la servitude, indiquer de façon précise le contenu de la servitude, faire apparaître la volonté des parties de constituer un droit réel, éventuellement définir les obligations accessoires de faire (entretien, etc.) incombant au propriétaire du fonds servant ... Si l'exercice de la servitude est limité à une partie de l'immeuble grevé, le contrat doit encore préciser l'assiette de la servitude, soit par un plan de géomètre, soit par tout autre

moyen suffisant (plan privé, description par des mots) ... Le contenu de la servitude doit de plus être suffisamment clair non seulement pour les parties au contrat constitutif, mais également pour les tiers."

E. 4.2: "D'après le courrier et les témoignages, cette servitude devait s'exercer sur la "cour". Dans les conclusions de sa demande en justice, le recourant décrit l'assiette de la servitude à laquelle il prétend avec beaucoup plus de précisions qu'il ne l'avait fait dans le courrier adressé au notaire. A la lecture des motifs de l'acte de recours déposé par l'intéressé devant le Tribunal de céans, il semble ensuite que cette servitude ne devrait finalement s'exercer que sur la place de parc louée depuis 1990 et non plus sur l'intégralité de la surface de la cour. Le recourant soutient en effet qu'il convient de se référer au contrat de bail dont il était titulaire pour déterminer l'assiette de la servitude. Si ce contrat de bail n'a pas été produit en instance cantonale, il ressort néanmoins des constatations de fait, non contestées par le recourant, que la surface louée consistait en une place de parc se trouvant dans la cour ainsi qu'en une zone de stationnement de véhicules à deux roues, derrière l'immeuble. La superficie décrite semble donc en contradiction avec celle évoquée dans le courrier adressé au notaire. Le recourant y indiquait en effet que la servitude à constituer était "valable pour toute la cour et non pour une place de voiture".

3. Bemerkungen

Im Folgenden wird – mit dem Bundesgericht – davon ausgegangen, dass sich die Parteien mit dem Schreiben vom 31. Januar 2001 auf die Einräumung eines dinglichen Benützungsrechts geeinigt hatten. Dieses Recht bezog sich auf den "ganzen Hof" ("toute la cour") der belasteten Parzelle. Damit war meines Erachtens dem Bestimmtheitserfordernis Genüge getan (unten 1.). Hingegen fehlte es an der erforderlichen Form (2.), weshalb dem Entscheid des Bundesgerichts im Ergebnis zuzustimmen ist.

1. – a) Der Dienstbarkeitsvertrag ist ein auf Begründung einer Dienstbarkeit gerichteter Schuldvertrag (Innominatvertrag, genauer: Vertrag sui generis⁸). Wie bei jedem Schuldvertrag muss sich die Einigung (unter anderem) auf die objektiv wesentlichen Punkte beziehen.⁹ Dazu gehört der Inhalt der Dienstbarkeit. Das heisst, der (präsumtive) Dienstbarkeitsbelastete muss wissen, wozu er nach Eintragung der Dienstbarkeit verpflichtet sein wird. Allerdings muss der Leistungsumfang nicht im Voraus bestimmt sein, Bestimmbarkeit genügt. Es genügt mit anderen Worten, wenn sich der Dienstbarkeitsinhalt im Streitfall anhand von Vertrag und Gesetz konkretisieren lässt. Wird beispielsweise ein Fuss- und Fahrwegrecht eingeräumt, so braucht nicht angegeben zu werden, wo der zu benutzende Weg verläuft.¹⁰ Denn das Gesetz hält für den Fall, dass es später nicht zu einer einvernehmlichen Wegbestimmung kommt, eine Dispositivregel bereit. Diese besagt, dass der mit dem Wegrecht belastete Grundeigentümer den Wegverlauf bestimmen darf (**Art. 742 Abs. 1 ZGB, Art. 71 Abs. 1 OR**). Dabei hat er selbstverständlich auf die Interessen des Berechtigten Rücksicht zu nehmen (vgl. **Art. 737 Abs. 2 ZGB**). Macht der Belastete von seinem Bestimmungsrecht keinen Gebrauch, so kann der Richter – auf Begehren des Berechtigten – an dessen Stelle eine interessengerechte Lösung treffen.

Illustrativ ist in diesem Zusammenhang der Entscheid **BGE 87 I 311**. Es ging hier um Folgendes: Am 15. Juni 1960 verkaufte die Kurhaus Rosenlaur AG ihr Hotelgrundstück (Gebäude mit Umschwung, rund 102 Aren) an Ernst Kehrli. Zugleich räumte sie zu Gunsten des Kaufgrundstücks und zu Lasten der angrenzenden Alp Rosenlaur (Grundstück Nr. 595) eine (Grund-)Dienstbarkeit ein, nämlich ein dauerndes und unkündbares "Benützungsrecht", umschrieben als "das Recht, die für den Hotelbetrieb erforderlichen Parkplätze auf dem belasteten Grundstück zu erstellen und dieselben zu unterhalten... Zum Schutze der parkierten Fahrzeuge gegen das weidende Vieh hat der Eigentümer des berechtigten Grundstücks die Parkplätze auf dem belasteten Grundstück soweit notwendig einzuzäunen." Der Grundbuchführer von Oberhasli hat die Eintragung des Dienstbarkeitsvertrages abgelehnt, weil die räumliche Ausdehnung des "Benützungsrechtes" nicht genau umgrenzt sei. Dagegen beschwerte sich die Verkäuferin erfolglos beim Regierungsrat des Kantons Bern. Das Bundesgericht hat ihr hingegen Recht

gegeben. Es stellte fest, die Parteien seien nicht gezwungen, ein Benützungsrecht der fraglichen Art nach Lage und Umfang ein für allemal genau zu bezeichnen. Vielmehr sei es zulässig, auf die jeweiligen Bedürfnisse des auf dem berechtigten Grundstück geführten Hotelbetriebes abzustellen. Insbesondere sei es zulässig, den künftig zu erwartenden Mehrbedarf [Seite 356] an Abstellplätzen zu berücksichtigen. "Es verstösst", hält das Bundesgericht wörtlich fest, "nicht gegen objektive Rechtsnormen, eine Dienstbarkeit auf solche Weise für wechselnde, in Zukunft steigende Bedürfnisse des berechtigten Grundstücks einzuräumen".¹¹

b) In dem besprochenen Fall sollte sich die Dienstbarkeit auf den ganzen "Hof" ("toute la cour") beziehen. Das Bundesgericht hielt dies für ungenügend bestimmt, meines Erachtens zu Unrecht. Denn was die Parteien mit dem Hof meinten, liess sich mittels Vertragsauslegung bestimmen. Mehr aber war unter Konsensgesichtspunkten nicht erforderlich. Der Entscheid vermag noch aus einem anderen Grund nicht zu überzeugen: Als dem Kläger (A) – meines Erachtens zu Unrecht – vorgehalten wurde, der Vertrag genüge dem Bestimmtheitserfordernis nicht, beschränkte er sein Begehren auf eine Dienstbarkeit am Parkplatz. Diesem Begehren konnte sich die Beklagte (C), welche zweifellos eine weitergehende Dienstbarkeit hatte einräumen wollen, nicht widersetzen, ohne in Rechtsmissbrauch zu verfallen.¹² Demnach war zumindest in diesem eingeschränkten Umfang von einem rechtsgültigen Vertragswillen auszugehen, vorausgesetzt, der Vertrag war formgültig abgeschlossen worden. Das war freilich – wie nun zu zeigen ist – nicht der Fall.

2. – a) Nach (noch) geltendem Recht bedarf der Vertrag auf Begründung einer "anderen Personaldienstbarkeit" i.S.v. Art. 781 ZGB (um eine solche ging es in casu) grundsätzlich der Schriftlichkeit (Art. 732 ZGB i.V.m. Art. 781 Abs. 3 ZGB), ausnahmsweise der öffentlichen Beurkundung (Art. 680 Abs. 2 ZGB, 243 Abs. 2 OR).¹³ Formbedürftig sind die objektiv wesentlichen Punkte, ferner die subjektiv wesentlichen, soweit es sich um vertragstypische Punkte handelt.¹⁴ Nicht wesentliche Punkte fallen nicht unter den Formzwang. Der Umfang des Formzwangs hängt daher entscheidend von der konkreten Vereinbarung ab. Haben sich beispielsweise die Parteien darauf beschränkt, ein Wegrecht abzumachen, ohne den Verlauf des Weges anzugeben, so besteht in dieser letzteren Hinsicht – mangels Vereinbarung – kein Formzwang. Haben hingegen die Parteien auch den Wegverlauf vertraglich umschrieben, so bezieht sich der Formzwang auch auf diese Abmachung, vorausgesetzt, der Wegverlauf ist ein subjektiv wesentlicher Punkt. Das bedeutet freilich nicht, dass der Wegverlauf – um beim Beispiel zu bleiben – im Dienstbarkeitsvertrag selbst festgehalten sein muss, vielmehr kann beispielsweise auch auf einen separaten Plan verwiesen werden.¹⁵ Der Plan seinerseits fällt freilich unter den Formzwang.¹⁶ Umstritten ist, ob bei einem entgeltlichen Dienstbarkeitsvertrag die Entgeltsabrede der Form bedarf.¹⁷ Das ist zu bejahen. Beleg hierfür ist Art. 13 OR, der wegen Art. 7 ZGB auch im Dienstbarkeitsrecht Anwendung findet, unmittelbar, soweit der Dienstbarkeitsvertrag der Schriftform bedarf, analog, soweit öffentliche Beurkundung vorgesehen ist.¹⁸ Nicht erforderlich ist allerdings, dass die Entgeltsabrede und der restliche Vertragsinhalt in ein und demselben Schriftstück festgehalten werden.¹⁹ Auch können die Willenserklärungen beider Parteien getrennt erfolgen.²⁰

b) Im konkreten Fall machte der Kläger (A) geltend, das Benützungsrecht habe mit schriftlichem Vertrag (Art. 732 ZGB i.V.m. Art. 781 Abs. 3 ZGB) eingeräumt werden können. Demgegenüber machte die Beklagte (C) geltend, es sei kein Entgelt abgemacht gewesen, weshalb öffentliche Beurkundung erforderlich gewesen wäre (Art. 243 Abs. 2 OR). Diese letztere Auffassung entsprach ganz offensichtlich den Gegebenheiten. Die Parteien hatten daher dem Formzwang nicht genügt, namentlich nicht mit dem Schreiben vom 31. Januar 2001, das vom Bundesgericht als Dienstbarkeitsvertrag angesehen wurde.

III. Auslegung einer Grunddienstbarkeit

Bemerkungen zu BGer, Urteil 5A_204/2009 vom 12. Mai 2009

1. Der Entscheid

Zugunsten der Parzelle Nr. 5683 in der Gemeinde Z und zu Lasten der benachbarten Parzelle Nr. 7967 besteht eine [Seite 357] Dienstbarkeit, wonach auf der belasteten Parzelle nebst der bestehenden Villa keine weiteren Gebäude erstellt werden dürfen. Parteien des Dienstbarkeitsvertrages waren X als Eigentümer der berechtigten Parzelle und B als Eigentümer der belasteten Parzelle. B verkaufte seine Parzelle in der Folge an Y. Dieser beabsichtigte eine Renovation und teilweise Erweiterung der bestehenden Baute. Das Bauvorhaben wurde X unterbreitet, der keine Einwände erhob und in der Folge gegen das Bauprojekt auch keine Baueinsprache einreichte. Nach Erteilen der Baubewilligung stellte sich jedoch X auf den Standpunkt, das Vorhaben verstosse gegen die Dienstbarkeit, und erhob eine entsprechende Klage gegen Y. Diese wurde von den Genfer Gerichten abgewiesen. Die Begründung ging primär dahin, die Bauarbeiten verstiessen nicht gegen den Dienstbarkeitsvertrag, wenn man auf den tatsächlichen Konsens der Vertragsparteien (X und B) abstelle; auf diesen Konsens könne sich Y berufen. Subsidiär wurde geltend gemacht, das Begehren von X scheitere am Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Auf eine gegen den zweitinstanzlichen Entscheid gerichtete Beschwerde in Zivilsachen trat das Bundesgericht nicht ein mit der Begründung, die Feststellung des natürlichen Konsenses sei eine tatsächliche Feststellung, tatsächliche Feststellungen seien nur auf Willkür überprüfbar, eine entsprechende Rüge aber habe X nicht erhoben.²¹

2. Bemerkungen

1. Inhalt und Umfang einer Grunddienstbarkeit richten sich – entgegen dem Wortlaut von Art. 738 ZGB – nach dem Dienstbarkeitsvertrag, soweit sich die Vertragsparteien gegenüberstehen (BGE 132 III 651 E. 8). Dritten gegenüber ist hingegen grundsätzlich der Grundbucheintrag massgeblich (Art. 738 ZGB). Das gilt insbesondere auch für den Erwerber des mit der Dienstbarkeit belasteten Grundstücks. Dieser muss sich daher einen vom Grundbucheintrag abweichenden, für ihn nachteiligen Vertragsinhalt im Allgemeinen nicht entgegenhalten lassen. Eine Ausnahme gilt dort, wo er beim Erwerb der Liegenschaft den Vertragsinhalt gekannt hat oder hätte kennen müssen.²² Auf einen ihm vorteilhaften Vertragsinhalt darf er sich hingegen auch dann berufen, wenn er davon beim Erwerb der Liegenschaft weder Kenntnis hatte noch haben musste. Dies freilich nur unter der Voraussetzung, dass die berechnigte Parzelle seit Vertragsabschluss nicht veräussert wurde. Wenn es sich also beim berechtigten Grundeigentümer nach wie vor um einen der Vertragspartner handelt, so muss sich dieser den Vertragsinhalt auch gegenüber einem Erwerber des belasteten Grundstücks entgegenhalten lassen. Andernfalls, wenn also auch auf Seiten des berechtigten Grundstücks ein Dritter im Spiele ist, ist primär wiederum auf den Grundbucheintrag abzustellen (Art. 738 ZGB), auf den davon abweichenden Vertragsinhalt nur dann, wenn der Erwerber des berechtigten Grundstücks ihn beim Erwerb kannte oder kennen musste.

2. Das Unterlassen einer Baueinsprache hindert den Dienstbarkeitsberechtigten grundsätzlich nicht, den Bau unter Berufung auf seine Dienstbarkeit zu verhindern.²³ Ausgenommen sind insbesondere Fälle, in denen er auf die Geltendmachung seines Rechts verzichtet hat oder die Geltendmachung – wie in casu – gegen Art. 2 Abs. 2 ZGB verstösst. Zudem kann Art. 674 Abs. 3 ZGB der Rechtsausübung entgegenstehen, falls der Bauwillige von einer ihm erteilten Baubewilligung bereits Gebrauch gemacht hat. Was für Dienstbarkeitsrechte gilt, gilt auch für andere subjektive Rechte. Daher schliesst das Unterlassen einer Baueinsprache die Berufung auf übermässige Immissionen i.S.v. Art. 684 ZGB nicht aus. Ein illustratives Beispiel gibt das Bundesgerichtsurteil 5A_791/2008 vom 10. Juni 2009. Es ging in diesem Entscheid um Folgendes:

X erhielt eine Baubewilligung für die Erhöhung zweier Stockwerke auf seinem Grundstück. Nach Beginn der Bauarbeiten verlangte die B. SA, Eigentümerin eines benachbarten Grundstücks, einen provisorischen Baustopp. Sie machte geltend, das Bauvorhaben verstosse gegen die einschlägigen Vorschriften des genferischen Baurechts "relatives aux jours et vues sur le fonds d'autrui" und stelle daher eine übermässige (negative) Immission i.S.v. Art. 684 ZGB dar.²⁴ In erster Instanz wurde das Begehren abgewiesen, in zweiter

Instanz aber gutgeheissen, obwohl die B. SA gegen das Bauvorhaben von X keine Baueinsprache erhoben hatte. Eine beim Bundesgericht eingereichte Beschwerde in Zivilsachen hatte keinen Erfolg.

Fussnoten:

- 1 Begründung: Es fehlt "ein Zusammenhang zwischen diesem Verhalten und der Benützung oder Bewirtschaftung des Grundstücks" (BGE 93 II 230 E. 3b, 235). S. auch FN 3.
- 2 BGE 93 II 230 E. 3c.
- 3 Nacht vom 9. auf den 10. September 2002 fiel während eines starken Sturms ein morscher Baum vom Waldgrundstück des C auf das benachbarte Grundstück, wo er erheblichen Schaden anrichtete. Der Nachbar klagte gegen den Waldeigentümer auf Schadenersatz. Die erste Instanz hiess die Klage gut, das Kantonsgericht des Kantons Tessin als zweite Instanz wies sie hingegen ab. Es verneinte eine Haftung aus Art. 41 OR wegen fehlender Pflichtverletzung, eine solche aus Art. 58 OR wegen fehlender Werkqualität des umgestürzten Baums und schliesslich eine solche aus Art. 679 ZGB mit der Begründung, der Wald sei natürlich gewachsen, die damit zusammenhängenden Gefahren seien daher nicht eine Folge der Bewirtschaftung des Grundstücks, womit es an einer Eigentumsüberschreitung fehle.
- 4 Vgl. BGE 106 II 315 E. 2e ("Teppichlegefall").
- 5 Die Revision von Art. 730 Abs. 2 ZGB erfolgte im Zuge der im Dezember 2009 abgeschlossenen Revision des Immobiliarsachenrechts. Die Bestimmung hat nun folgenden Wortlaut (s. BBl 2009 8782): "Eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen kann mit der Grunddienstbarkeit nur nebensächlich verbunden sein. Für den Erwerber des berechtigten oder belasteten Grundstücks ist eine solche Verpflichtung nur verbindlich, wenn sie sich aus dem Eintrag im Grundbuch ergibt."
- 6 Die Bestimmung hat folgenden Wortlaut (BBl 2009 8796): "Mit Dienstbarkeiten nebensächlich verbundene Verpflichtungen, die vor dem Inkrafttreten der Änderung vom 11. Dezember 2009 begründet wurden und sich nur aus den Grundbuchbelegen ergeben, können Dritten, die sich in gutem Glauben auf das Grundbuch verlassen, weiterhin entgegengehalten werden."
- 7 Genauerer bei ALFRED KOLLER, Sachenrecht: Entwicklungen 2006, Bern 2007, 35 f.
- 8 Z.B. PETER LIVER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, 2. Abteilung (Art. 730-792), Erster Band, Die Grunddienstbarkeiten, 2. A., Zürich 1980, N 54 zu Art. 732 ZGB; PAUL PIOTET, SPR V/1, Basel/Stuttgart 1977, 558; zweifelnd MARTIN GERMANN, Der Vertrag zur Errichtung einer Grunddienstbarkeit, Diss. Luzern 2008, Rn. 145 f.
- 9 S. dazu allgemein ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009, § 6 Rn. 26 ff.
- 10 Fraglich ist, ob sich dies mit Inkrafttreten von Art. 732 Abs. 2 ZGB ändern wird (s. dazu ALFRED KOLLER, Sachenrecht: Entwicklungen 2009, Bern 2010, 76 f.).
- 11 BGE 87 I 311, 314. In der Folge fährt das Bundesgericht fort (314 f.): "Angesichts dieses Dienstbarkeitsinhaltes liegt endlich bei stärkerer Inanspruchnahme infolge steigenden Bedarfs keine durch Art. 739 ZGB verpönte Mehrbelastung vor. Das Recht wird alsdann einfach gemäss seiner vertraglichen Zweckbestimmung intensiver ausgeübt. Art. 739 verbietet derartige Dienstbarkeitsvereinbarungen nicht, sondern will dem Eigentümer des belasteten Grundstücks bloss solche Mehrbelastungen nicht zumuten, die durch den vertraglichen, allenfalls auf Anpassung an eine voraussichtliche Änderung der Verhältnisse angelegten Rechtsinhalt nicht mehr gedeckt wären."
- 12 Vgl. in verwandtem Zusammenhang KOLLER (FN 9), § 13 Rn. 86 und 137.
- 13 Nach dem revidierten Immobiliarsachenrecht wird generell öffentliche Beurkundung erforderlich sein (Art. 732 ZGB). Dasselbe wird nach der gleichen Bestimmung für die Begründung einer Eigentümerdienstbarkeit – durch einseitiges Rechtsgeschäft (Art. 733 ZGB) – gelten.
- 14 So das Bundesgericht (grundlegend BGE 113 II 402) und die herrschende Lehre (z.B. KOLLER (FN 9), § 12 Rn. 82 ff.) zum Grundstückkauf. Mit Bezug auf den Dienstbarkeitsvertrag s. GERMANN (FN 8), Rn. 323 ff.
- 15 S. E. 4.1 des referierten Entscheids.
- 16 Illustrativ BGH, NJW 1981, 1781 f., mit Bezug auf das deutsche Recht; ferner, in verwandtem Zusammenhang, BGE 106 II 146, dazu KOLLER (FN 9), § 12 Rn. 87.
- 17 Nw. bei GERMANN (FN 8), Rn. 365; nicht eindeutig BGer, Urteil 5A_171/2008 vom 13. Mai 2008, E. 3.2.
- 18 Vgl. KOLLER (FN 9), § 12 Rn. 60.

- 19 Vgl. BGer, Urteil [5A_171/2008](#) vom 13. Mai 2008, E. 3.2.
- 20 Vgl. KOLLER (FN 9), § 12 Rn. 44 und 61.
- 21 E. 4.3.1 des referierten Entscheids.
- 22 Vgl. KOLLER (FN 7), 35.
- 23 Vgl. BGer, Urteil [5C.307/2005](#) vom 19. Mai 2006 (dazu KOLLER [FN 7], 38 ff.); ZR 1974 Nr. 28.
- 24 Lange Zeit war umstritten, ob negative Immissionen, wie sie in casu zur Diskussion standen, in den Anwendungsbereich von Art. 684/679 ZGB fallen. Das Bundesgericht hat die Frage in [BGE 126 III 452](#) erstmals bejaht. Diese Rechtsprechung ist nun kodifiziert worden: Der revidierte [Art. 684 Abs. 2 ZGB](#) sieht vor, dass "insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Luftverunreinigung, üblen Geruch, Lärm, Schall, Erschütterung, Strahlung oder *durch den Entzug von Besonnung oder Tageslicht*" verboten sind. Das "insbesondere" macht deutlich, dass auch andere – positive oder negative – Immissionen übermässig sein können, so etwa die Beeinträchtigung einer aussergewöhnlichen Aussicht (s. BGer, Urteil [5A_415/2008](#) vom 12. März 2009, dazu KOLLER [FN 10], 51 f.).