
Dr. Alfred Koller

Professor an der Universität St. Gallen

unter Mitarbeit von Benedikt Fässler

Sachenrecht



Stämpfli Verlag AG Bern · 2009

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 · 2009

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

ISBN 978-3-7272-8033-7

Vorwort

Ich habe drei Kollegen zu danken, welche mich bei der Herausgabe des vorliegenden Jahrbuchs unterstützt haben: PHILIPPE SEILER und MARC WOLFER, beide M.A. HSG, haben das Büchlein auf sprachliche Fehler durchgesehen. BENEDIKT FÄSSLER, M.A. HSG, hat das Material gesammelt und gesichtet, die Anmerkungen kontrolliert und ergänzt, den Text formal bereinigt und druckfertig gemacht. Zudem verdanke ich ihm Hinweise inhaltlicher Natur. Ihm gebührt – wie schon letztes Jahr – ein besonderer Dank, was sich auch auf der Titelseite niedergeschlagen hat.

St. Gallen, Lichtmess 2009

ALFRED KOLLER

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XV
I. Einleitung	1
II. Rechtsetzung	5
III. Rechtsprechung	13
IV. Literatur	55

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XV
I. Einleitung	1
II. Rechtsetzung	5
A. Teilrevision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts	7
B. Grundbuchverordnung (GBV)	9
C. Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG)	10
D. Bucheffektengesetz (BEG)	11
III. Rechtsprechung	13
A. Grundlagen	15
B. Besitz und Besitzesrecht	15
C. Grundbuch und Grundbuchrecht	18
D. Eigentum	26
1. Allgemeines	26
2. Fahrniseigentum	26
3. Grundeigentum	28
a) Allgemeines	28
b) Nachbarrecht	29
c) Vorkaufsrechte	35
4. Gemeinschaftliches Eigentum (ohne Stockwerkeigentum)	35
5. Stockwerkeigentum	35
E. Beschränkte dingliche Rechte	40
1. Dienstbarkeiten und Grundlasten	40
a) Inhalt und Umfang der Dienstbarkeiten	40
b) Sonstige Fragen aus dem Dienstbarkeitsrecht	46
c) Grundlasten	48
2. Pfandrechte	48
a) Fahrnispfand	48
b) Grundpfandverschreibung (ohne Bauhandwerkerpfandrecht)	48
c) Bauhandwerkerpfandrecht	49

d)Schuldbrief.....	52
F. Prozessuale Fragen; Einzelprobleme.....	53
IV. Literatur.....	55
A. Gesamtdarstellungen und Grundlagenwerke.....	57
B. Besitz und Besitzesrecht.....	57
C. Grundbuch und Grundbuchrecht	57
D. Eigentum.....	59
1. Allgemeines	59
2. Fahrniseigentum	59
3. Grundeigentum	59
a) Allgemeines	59
b) Nachbarrecht	60
c) Vorkaufsrechte	61
4. Gemeinschaftliches Eigentum (ohne Stockwerkeigentum)	61
5. Stockwerkeigentum	62
E. Beschränkte dingliche Rechte	62
1. Dienstbarkeiten und Grundlasten	62
2. Pfandrechte	63
a) Fahrnispfand	63
b) Grundpfandverschreibung (ohne Bauhandwerkerpfandrecht).....	64
c) Bauhandwerkerpfandrecht	64
d) Schuldbrief.....	66
F. Einzelfragen.....	66

Abkürzungsverzeichnis

a.E.	am Ende
AB SR	Amtliches Bulletin Ständerat
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
BBi	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBB	Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über das bürgerliche Bodenrecht (SR 211.412.11)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (SR 173.110)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BN	Der Bernische Notar
BR	Baurecht
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
eidg.	eidgenössisch
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EntG	Bundesgesetz vom 20. Juni 1930 über die Enteignung (SR 711)
et al.	et alteri
E-ZGB	Entwurf Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Register-

	Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), BBl 2007, 5347 f.
f./ff.	und folgende (Seiten)
Fr.	Schweizer Franken
FZR	Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung
GBV	Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch (SR 211.432.1)
GeoIG	Bundesgesetz vom 5. Oktober 2007 über Geoinformation (SR 510.62)
GestG	Bundesgesetz vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (SR 272)
gl.M.	gleicher Meinung
GVP SG	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
Hrsg.	Herausgeber/Herausgeberin
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
JdT	Journal des Tribunaux
KGer	Kantonsgericht
KGTG	Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über den internationalen Kulturgütertransfer (SR 444.1).
LFG	Bundesgesetz vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (SR 748.0)
lit.	litera
l.Sp.	linke Spalte
m.E.	meines Erachtens
m.w.Nw.	mit weiteren Nachweisen
N	(Rand-)Note
Nr.	Nummer
Nw.	Nachweise

OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
PPE	propriété par étages
recht	recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RK-N	Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats
Rn	Randnote
r.Sp.	rechte Spalte
RtiD	Rivista ticinese di diritto
S.	Seite bzw. Siehe
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SemJud	La Semaine Judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	so genannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ST	Schweizer Treuhänder
u.a.	und andere(s), unter anderem (anderen)
VGer	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Literaturverzeichnis

- BACHMANN DOMINIK: Verfügungsbeschränkungen bei gebuchten selbständigen und dauernden Rechten, insbesondere Baurechten (Diss. Zürich, Bern 1993).
- BAUMANN MAX: Sachenrecht (Zürich/St. Gallen 2008).
- Immissionsschutz versus Lichtverschmutzung, SJZ 2008, 389 ff.
- BERCHTOLD TAMARA: Zur Revisionsbedürftigkeit des Bauhandwerkerpfandrechts und ein Vorschlag zur Neuformulierung von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB (Diss. Zürich 2008).
- BRITSCHGI ANDRÉ: Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht (Diss. Luzern, Zürich 2008).
- BYLAND DANIELA: Die Auslegung von Dienstbarkeiten, Jusletter 8. September 2008.
- DENYS CHRISTIAN: Cédule hypothécaire et mainlevée, JdT 2008 II, 3 ff.
- ERNST WOLFGANG: Neues Sachenrecht für Kulturgüter, recht 2008, 2 ff.
- FASEL URS: Grundbuchverordnung (GBV): Kommentar zur Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch (Basel 2008).
- Der Grundbuchverwalter als Hüter des Grundbuchs – ein moderner Odysseus!, ZBGR 2008, 321 ff.
- GENNA GIAN SANDRO: Der Untergang von Grundeigentum durch Naturereignisse, ZBGR 2008, 65 ff.
- GERMANN MARTIN: Der Vertrag zur Errichtung einer Grunddienstbarkeit (Diss. Luzern, Bern 2008).
- GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA: Schweizer Kreditsicherheiten im Ausland, ausländische Kreditsicherheiten in der Schweiz, in: Susan Emmenegger (Hrsg.): Schweizerische Bankrechtstagung 2008 – Kreditsicherheiten (Basel 2008), 19 ff.
- GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS: Das Schweizerische Obligationenrecht (9. Aufl., Zürich 2000) (zitiert: GUHL/BEARBEITER).
- HONSELL HEINRICH: Das Kulturgütertransfergesetz und das Privatrecht, in: Peter Gauch et al. (Hrsg.): Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier (Genf 2008), 275 ff.

HÜRLIMANN-KAUP BETTINA: Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht (Habil. Luzern, Zürich 2008).

HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/SCHMID JÖRG/SCHUMACHER RAINER/STEINAUER PAUL-HENRI/REETZ PETER: Sachenrechtliche Rechtsprechung, BR 2008, 71 ff., 171 ff.

KOLLER ALFRED: Auslegung einer Dienstbarkeit: Art. 674 Abs. 3, 738 und 973 ZGB, AJP 2008, 474 f.

- Sachenrecht. Entwicklungen 2006 (Bern 2007) (zitiert: Jahrbuch Sachenrecht 2006).
- Sachenrecht. Entwicklungen 2007 (Bern 2008) (zitiert: Jahrbuch Sachenrecht 2007).
- Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (3. Aufl., Bern 2009) (zitiert: OR AT).

MARCHAND SYLVAIN: La procédure d'instrumentation: droits réels, in: Jürg Schmid (Hrsg.): Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren (Zürich 2007), 147 ff.

MERMOUD CHRISTINE: Le temps partagé dans la jouissance de la propriété par étages. Étude de la copropriété spatio-temporelle sur une part d'étage (Diss. Lausanne, Genf 2008).

PFÄFFLI ROLAND: Die Auslegung von Dienstbarkeiten. Zum Urteil des Bundesgerichts vom 20. November 2007 (5A_478/2007), BR 2008, 58 ff.

- Entwicklungen im Sachenrecht und Bodenrecht, SJZ 2008, 62 ff.
- Rechtsprechung und ausgewählte Rechtsfragen 2008, BN 2008, 297 ff.

PFÄFFLI ROLAND/BYLAND DANIELA: Aktuelles aus dem Parlament zur Revision des Immobiliarsachenrechts, Jusletter 9. Juni 2008.

REETZ PETER/SYKORA DANIEL: Unzulässigkeit der vorläufigen Eintragung eines Verkäuferpfandrechts durch den Einzelrichter im summarischen Verfahren. Fehlendes Rechtsschutzinteresse des Verkäufers an einer vorläufigen Eintragung eines Verkäuferpfandrechts im Grundbuch gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB, Jusletter 30. Juni 2008.

RÉTORNAZ VALENTIN: L'action en rectification du registre foncier, in: François Bohnet (Hrsg.): Quelques actions en annulation (Neuchâtel 2007), 85 ff.

- RIEMER HANS MICHAEL: Schematische Übersichten zu ausgewählten Fragen des Sachenrechts des ZGB, recht 2008, 261 ff.
- RUSCH ARNOLD F.: Gutgläubiger Fahmiserwerb als Anwendungsfall der Rechtsscheinlehre, Jusletter 28. Januar 2008.
- SAVIAUX NICOLAS: La responsabilité du bailleur de biens immobiliers – Die Eigentümerhaftung des Vermieters bei Grundeigentum, Cahiers du bail 2008, 97 ff.
- SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA: Sachenrecht (2. Aufl., Zürich 2003).
- SCHMID JÖRG/PADULA DIANA: Sachenrecht, in: Walter Fellmann/Tomas Poledna (Hrsg.): Aktuelle Anwaltspraxis 2007 (Bern 2007), 205 ff.
- SCHMID JÖRG: Elektronische öffentliche Urkunden im Verkehr mit den Registerbehörden, ZBGR 2008, 257 ff.
- SCHMID-TSCHIRREN CHRISTINA: Der neue Register-Schuldbrief, Rechtliche Konzeption und praktischer Nutzen des "papierlosen" Schuldbriefs, ST 2008, 1029 ff.
- Der Register-Schuldbrief: Neues Instrument für die Banken, in: Susan Emmenegger (Hrsg.): Schweizerische Bankrechtstagung 2008 – Kreditsicherheiten (Basel 2008), 1 ff.
- SCHNYDER BERNHARD: Carl Wielands Beitrag zum schweizerischen Sachenrecht, BJM 2008, 289 ff.
- Vertragserfüllung und deren Sicherung in sachenrechtlicher Sicht, in: Alfred Koller (Hrsg.): Der Grundstückkauf (2. Aufl., Bern 2001), 131 ff. (zitiert: Vertragserfüllung).
- SCHUMACHER RAINER: Das Bauhandwerkerpfandrecht. Systematischer Aufbau (3. Aufl., Zürich 2008).
- Das Bauhandwerkerpfandrecht auf dem Prüfstand. Zur Beratung im Ständerat und Nationalrat, Jusletter vom 25. August 2008.
- SIMONTIUS PASCAL/SUTTER THOMAS: Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. II: Die beschränkten dinglichen Rechte (Basel 1990).
- STAEHELIN DANIEL: Bedingte Verfügungen (Zürich 1993).
- STEINAUER PAUL-HENRI: Les droits réels face à la dématérialisation des papiers-valeurs, in: Association franco-suisse de Paris II (Hrsg.): Le centenaire du Code civil suisse. Colloque du 5 avril 2007 (Paris 2008), 145 ff.

- WERMELINGER AMÉDÉO: La propriété par étages. Commentaire des articles 712a à 712t du code civil suisse (2. Aufl., Rothenburg 2008).
- WIELAND CARL: Kommentar zum Sachenrecht (Zürich 1909).
- WINIGER BÉNÉDICT: Le transfert de propriété en droit français et suisse, in: Association franco-suisse de Paris II (Hrsg.): Le centenaire du Code civil suisse. Colloque du 5 avril 2007 (Paris 2008), 169 ff.
- WIRZ PASCAL: Schranken der Sonderrechtsausübung im Stockwerkeigentum (Diss. Zürich 2008).
- WOLF STEPHAN/JORDI NADINE: Trust und schweizerisches Zivilrecht – insbesondere Ehegüter-, Erb- und Immobiliarsachenrecht, in: Stephan Wolf (Hrsg.): Der Trust – Einführung und Rechtslage in der Schweiz nach dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens (Bern, 2008), 29 ff.

I. Einleitung

Das vorliegende Jahrbuch soll den sachenrechtlich interessierten Leser in den Bereichen Rechtsetzung, Rechtsprechung und Literatur auf den neusten Stand bringen.

Das praktisch bedeutsamste Gesetzgebungsprojekt ist die im Gang befindliche *Teilrevision des Immobiliarsachenrechts*, deren Kernstück in der Einführung des papierlosen Schuldbriefs besteht. Im Berichtsjahr wurde die im Jahr 2007 erschienene Botschaft des Bundesrates vom Ständerat und von der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates beraten. Die Behandlung im Nationalrat war für die Wintersession 2008 vorgesehen, wurde dann jedoch aufgeschoben.

Die *bundesgerichtliche Rechtsprechung* war weniger "reichhaltig" als diejenige des letzten Jahres. Das mag mit der Anhebung der Streitwertgrenze zu tun haben, welche sich im Jahre 2008 voll ausgewirkt hat. Ein Schwerpunkt liegt – wie in den Vorjahren – bei dienstbarkeits- und nachbarrechtlichen Streitigkeiten. Dasselbe gilt für die *kantonale Rechtsprechung*.

Im "*Literaturspiegel*" sind – wie schon letztes Jahr – mehrere Aufsätze und Dissertationen zu der im Gang befindlichen Revision des Immobiliarsachenrechts anzuzeigen. Hervorzuheben sind sodann grosse Kommentarwerke: jenes von URS FASEL zur Grundbuchverordnung und jenes von AMÉDÉO WERMELINGER zum Stockwerkeigentum. Schliesslich sei auf ein Werk hingewiesen, das schon in den letzten Jahresbericht gehört hätte: die "Aktuelle Anwaltspraxis 2007", welche u.a. einen Überblick über die sachenrechtliche Rechtsprechung, Rechtsetzung und Literatur der Jahre 2005 und 2006 enthält¹.

¹ Der Überblick stammt aus der Feder von JÖRG SCHMID und DIANA PADULA.

II. Rechtsetzung

Das Eidg. Amt für Grundbuch- und Bodenrecht hat anlässlich der 60. Tagung des Verbandes Schweizerischer Grundbuchverwalter vom 19. September 2008 über die im Berichtsjahr abgeschlossenen, die im Gange befindlichen und die anstehenden Gesetzgebungsarbeiten im Bereiche des Sachenrechts umfassend orientiert.² Im Folgenden werden die wichtigsten Punkte herausgegriffen:

A. *Teilrevision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts*

Am 27. Juni 2007 hat der Bundesrat die Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) verabschiedet. Die wichtigsten Änderungsvorschläge wurden im Jahrbuch Sachenrecht 2007, 10 ff., dargestellt. Am 4. Juni 2008 hat der Ständerat die Botschaft als Erstrat behandelt. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates hat die Vorlage im August und September 2008 beraten.

Der *Ständerat* hat gegenüber der Botschaft nur wenige Änderungsvorschläge unterbreitet, namentlich drei:

- Vorab schlägt er einen neuen Art. 655a ZGB vor. Regelungsgegenstand bildet das sog. *unselbstständige Eigentum*, also der Fall, dass das Eigentum an einem Grundstück A (Anmerkungsgrundstück) dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks B (Hauptgrundstück) zusteht. Die vorgeschlagene Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

"Art. 655a

Unselbstständiges Eigentum

¹ Ein Grundstück kann mit einem anderen Grundstück derart verknüpft werden, dass der jeweilige Eigentümer des Hauptgrundstücks auch Eigentümer des dazugehörenden Grundstücks ist. Dieses teilt das rechtliche Schicksal des Hauptgrundstücks und kann nicht gesondert veräussert, verpfändet oder belastet werden.

² ZBGR 2008, 392 ff.

² Erfolgt die Verknüpfung zu einem dauernden Zweck, so können das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miteigentümer und der Aufhebungsanspruch nicht geltend gemacht werden."³

- Der Bundesrat schlägt in Art. 799 Abs. 2 E-ZGB vor, dass auch das einseitige Rechtsgeschäft auf *Errichtung eines Grundpfandes* zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedarf, nicht bloss – wie nach geltendem Recht (Art. 799 Abs. 2 ZGB) – das zweiseitige (Vertrag). Der Ständerat will es bei der bisherigen Regelung belassen und lehnt die vom Bundesrat vorgeschlagene Ausdehnung der Beurkundungspflicht ab.⁴
- Nach herrschender Rechtsprechung dürfen bei der Verpfändung oder Sicherungsübereignung eines Schuldbriefes die *Schuldbriefzinsen* nicht nur zur Deckung tatsächlich entstandener Zinsen (aus dem Grundverhältnis), sondern auch zur Deckung der Kapitalforderung beansprucht werden. In Abweichung von dieser Rechtsprechung schlägt die Botschaft (Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 E-ZGB) vor, "dass beim Schuldbrief nur die effektiv geschuldeten Zinsen (bis zur Höhe des im Grundbuch eingetragenen Höchstzinsfusses) pfandgesichert sind".⁵ Der Ständerat möchte es hingegen bei der von der Rechtsprechung entwickelten Lösung belassen.⁶

Die *Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates* (RK-N) schuf insbesondere folgende Differenzen zum Ständerat⁷:

- Nach heutigem Recht bedarf der Vertrag auf Begründung einer Dienstbarkeit, von Ausnahmen abgesehen (Art. 680 Abs. 2 ZGB; Art. 746 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 657 Abs. 1 ZGB; Art. 776 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 746 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 657 Abs. 1 ZGB; Art. 779a ZGB), nur der einfachen Schriftlichkeit, nicht der öffentlichen Beurkundung (Art. 732 ZGB, Grunddienstbarkeiten; Art. 732

³ AB SR 2008, 407.

⁴ AB SR 2008, 413 ff.

⁵ BBl 2007, 5317.

⁶ AB SR 2008, 415.

⁷ Einzelheiten finden sich in der ZBGR 2008, 392 f. und in der Medienmitteilung der RK-N vom 12. September 2008 (vgl. <http://www.parlament.ch/D/Medienmitteilungen/Seiten/mm-rk-n-2008-09-12.aspx>; abgerufen am 13. Januar 2009).

ZGB i.V.m. Art. 781 Abs. 3 ZGB, Personaldienstbarkeiten). Der Bundesrat will es bei dieser Regelung belassen,⁸ ebenso der Ständerat.⁹ Demgegenüber befürwortet die RK-N die generelle Einführung der öffentlichen Beurkundung.

- Auch hinsichtlich der Grundpfandrechte will die RK-N – wie der Bundesrat (Art. 799 Abs. 2 E-ZGB) und entgegen dem Ständerat – generell die qualifizierte Form der öffentlichen Beurkundung einführen.
- Die RK-N will es beim Zinsenfandrecht (Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 E-ZGB) – entgegen dem Ständerat – beim Vorschlag des Bundesrates belassen.
- Im Bereiche des Bauhandwerkerpfandrechts schlägt die RK-N vor, dass die Eigentümer von Grundstücken im Verwaltungsvermögen nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft haftbar sind, wenn Forderungen von Subunternehmern, welche nach den üblichen Grundsätzen baupfandberechtigt wären, unbezahlt bleiben.

B. Grundbuchverordnung (GBV)

Die Umsetzung des Geoinformationsgesetzes (GeoIG),¹⁰ das am 1. Juli 2008 in Kraft getreten ist, erforderte einzelne Änderungen der Grundbuchverordnung. "Insbesondere mussten im Hinblick auf die zu schaffenden Geodienste (Art. 13 GeoIG) und auf den Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen (Art. 16 ff. GeoIG) die Absätze 3 bis 7 von Artikel 111/ GBV angepasst werden."¹¹ Art. 111/ GBV lautet nun folgendermassen:

¹ Die Kantone dürfen die Daten des Hauptbuches, über die jede Person ohne das Glaubhaftmachen eines Interesses Auskunft oder einen Auszug verlangen kann, in öffentlichen Datennetzen zur Verfügung stellen, wenn sie diese Daten in einem besonderen System halten.

⁸ Die zu Art. 732 ZGB vorgeschlagene Präzisierung (s. dazu Jahrbuch Sachenrecht 2007, 12) ist keine Formvorschrift; a.A. möglicherweise PFÄFFLI/BYLAND, Rz 15.

⁹ AB SR 2008, 409 ff.

¹⁰ S. dazu Jahrbuch Sachenrecht 2007, 7.

¹¹ ZBGR 2008, 393.

² Sie müssen sicherstellen, dass die Daten nur grundstücksbezogen (Art. 106a Abs. 2) abgerufen werden können, und dass die Auskunftssysteme vor Serienabfragen geschützt sind.

³ Unter den gleichen Voraussetzungen kann der Zugang zu Geodiensten, insbesondere zum Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen nach Artikel 16 GeoIG, harmonisiert werden.

⁴ Das Eidgenössische Amt für Grundbuch- und Bodenrecht kann einen gesamtschweizerischen Grundstücksindex (E-GRIX) einrichten, der den Zugang zu den Daten des Hauptbuches, über die jede Person ohne Glaubhaftmachen eines Interesses Auskunft oder einen Auszug verlangen kann, mittels öffentlicher Datennetze ermöglicht.

⁵ Es kann diese Daten allein oder in Verbindung mit anderen Grundbuchdaten im Abrufverfahren nach Artikel 13 Absatz 4 GeoIG zugänglich machen.

⁶ Die Kantone stellen die Daten über die einheitliche Grundbuchschnittstelle nach Artikel 949a Absatz 3 ZGB zur Verfügung.

⁷ Bund und Kantone können für den Zugang zu den Grundbuchdaten und für deren Nutzung Gebühren erheben.

Die Teilrevision des ZGB (oben A.) wird zum Anlass genommen, eine *Totalrevision der Grundbuchverordnung* in Angriff zu nehmen. Die Fachkommission "Oberaufsicht über das Grundbuch" hat inzwischen die entsprechenden Rechtsetzungsarbeiten aufgenommen.¹²

C. Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG)

Am 4. Juli 2007 unterbreitete der Bundesrat dem Parlament die Botschaft zur Aufhebung des Bundesgesetztes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG; "Lex Koller"). Gleichzeitig verabschiedete er eine Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Raumplanung. Die Räte haben in der Folge die Vorlage an den Bundesrat

¹² ZBGR 2008, 394.

zur Überarbeitung zurückgewiesen. Beide Räte verbanden den Rückweisungsbeschluss mit folgenden Aufträgen: "Bei der Revision der Vorlage seien Massnahmen gegen die Bodenspekulation zu treffen, insbesondere sei die Einführung einer Mindestwohnsitzfrist als Voraussetzung für den Erwerb von Grundeigentum zu prüfen, seien Massnahmen zur Lösung der Zweitwohnungsproblematik ('kalte Betten') vorzuschlagen und seien die (in die Zuständigkeit des Departementes für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation fallenden) Tandem-Initiativen 'Schluss mit dem uferlosen Bau von Zweitwohnungen' und 'gegen masslosen Bau umwelt- und landschaftsbelastender Anlagen' mitzubersichtigen. Demgemäss wird in der nächsten Zeit eine neue Vorlage zur Aufhebung des BewG auszuarbeiten sein."¹³

D. *Bucheffektengesetz (BEG)*

Die eidgenössischen Räte haben das Bundesgesetz über Bucheffekten (Bucheffektengesetz, BEG) in der Schlussabstimmung vom 3. Oktober 2008 angenommen. Die Referendumsfrist ist am 22. Januar 2009 abgelaufen.¹⁴ Das BEG enthält mehrere sachenrechtlich interessante Bestimmungen; vgl. dazu das Jahrbuch Sachenrecht 2006, 6 f.¹⁵

¹³ ZBGR 2008, 395.

¹⁴ BB1 2008, 8321 ff.

¹⁵ S. ferner den auf S. 70 angezeigten Aufsatz von STEINAUER.

III. Rechtsprechung

In der folgenden Rechtsprechungsübersicht werden die im Jahr 2008 amtlich publizierten *Bundesgerichtsentscheide* (BGE) erfasst, ferner nicht amtlich publizierte Bundesgerichtsentscheide mit Entscheiddatum im Jahre 2008, soweit sie bis 15. Februar 2009 auf der Homepage des Bundesgerichts (www.bger.ch) veröffentlicht wurden. Bei der *kantonalen* Rechtsprechung hielt ich mich vorab an die Rechtsprechungsübersicht von ROLAND PFÄFFLI im Berner Notar,¹⁶ es wird aber auch auf verschiedene weitere Entscheide hingewiesen.

A. Grundlagen

Keine Entscheide im Berichtsjahr.

B. Besitz und Besitzesrecht

- BGer, Urteil 5A_279/2008 vom 16. September 2008: *Klage auf Feststellung des Eigentums an einem "certificat". Die Eigentumsvermutung von Art. 930 Abs. 1 ZGB greift bei verdächtigem oder zweideutigem Besitz nicht Platz. Das ist beispielsweise der Fall, wenn der Besitzer sich weigert, über die Umstände des Besitzerwerbs die ihm zumutbare Aufklärung zu geben. (Zusammenfassung des Schreibenden)*
- BGer, Urteil 5A_699/2008 vom 5. Dezember 2008: *Art. 924 Abs. 3 ZGB. Kollision obligatorischer und dinglicher Rechte an einem Grundstück. Zur Frage, ob Art. 924 Abs. 3 ZGB auch den Besitz eines bloss obligatorisch Berechtigten schützt. (Zusammenfassung des Schreibenden)*

Der *Sachverhalt* wird im Folgenden leicht verkürzt und mit geringfügigen Änderungen wiedergegeben: Im Jahre 1987 schlossen X einerseits und die Ehegatten Y andererseits einen Dienstbarkeitsvertrag. Darin räumte X den Ehegatten Y zu Lasten seines Grundstücks Grundbuch R. Nr. xxx das al-

¹⁶ BN 2008, 309 ff. ("Sachenrecht") und 329 ff. ("Grundbuchrecht"). PFÄFFLI hat nach eigenen Angaben über fünfzig Zeitschriften berücksichtigt.

leinige, übertragbare, dingliche Recht zur Ausbeutung von Kies ein. Dieses Recht wurde als Personaldienstbarkeit im Grundbuch eingetragen. Im Jahre 1992 schlossen die Ehegatten Y mit der C. AG einen Vertrag, worin sie ihre Rechte aus dem Dienstbarkeitsvertrag mit obligatorischer Wirkung auf die C. AG übertrugen und diese sich zur Leistung eines Entgelts verpflichtete. Die C. AG schloss einen entsprechenden Vertrag mit der B. AG, die damit obligatorisch – gegen Entgelt – zum Kiesabbau berechtigt wurde. Rund 15 Jahre später, am 7. September 2007, übertrugen die Eheleute Y die Personaldienstbarkeit der K. AG, die in der Folge im Grundbuch eingetragen wurde. Hierauf strengte die K. AG gegen die B. AG ein Befehlsverfahren an, in dem sie den Antrag stellte, es sei dieser (der B. AG) zu verbieten, auf dem Grundstück Grundbuch R. Nr. xxx Kies abzubauen. Der angerufene Richter wies das Gesuch mangels Liquidität der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse ab. Ein Rekurs an das Obergericht Luzern blieb erfolglos, ebenso eine Beschwerde an das Bundesgericht.

Die Beschwerdegegnerin (B. AG) machte unter u.a. geltend, sie könnte sich wegen der ihr zustehenden obligatorischen Nutzungsberechtigung weigern, das Grundstück Nr. xxx den Eheleuten Y zur Nutzung zu überlassen. Dasselbe Recht stehe ihr wegen Art. 924 Abs. 3 ZGB auch gegenüber der Beschwerdeführerin (K. AG) als Rechtsnachfolgerin der Eheleute Y zu. Das Bundesgericht hält fest, diese Auffassung treffe bei wörtlicher Interpretation von Art. 924 Abs. 3 ZGB zu. Indes interpretiere die herrschende Lehre nicht wörtlich: "Die Bestimmung soll sich – anders als im deutschen Recht – sinngemäss nur auf dinglich berechnigte Dritte beziehen (vgl. STARK, Berner Kommentar, 2001, N. 50 der Einleitung und N. 37 zu Art. 924 ZGB)." Vorbehalten seien jedoch allfällige Retentionsrechte des zur Herausgabe Verpflichteten. Solange diese Frage in casu nicht geklärt sei, dürfe der Erlass eines Verbots im Befehlsverfahren willkürfrei verweigert werden. "Es kann deshalb nicht beanstandet werden, dass das Obergericht die Liquidität der Rechtslage verneint hat (für einen vergleichbaren Fall: ZR 76/1977 Nr. 58 S. 141 ff.), abgesehen davon, dass die Auffassung der herrschenden Lehre im neueren Schrifttum offenbar nicht mehr vorbehaltlos geteilt wird (vgl. REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3.A. Bern 2007, N. 1731 S. 447 f., und SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 2.A. Zürich 2003, N. 174 S. 37, mit Hinweisen auf die Lehrmeinungen; KIKINIS, Benutzungsrechte an

Sachen, Diss. Zürich 1996, S. 135 f.).¹⁷ Es komme hinzu, fährt das Bundesgericht fort, dass von der dargelegten Regelung im Falle einer Pacht insofern eine Ausnahme bestehe, als das Pachtverhältnis kraft Gesetzes (Art. 290 OR) mit der Sache auf den Erwerber übergehe. Vorliegend könne willkürfrei von einer Pacht oder jedenfalls von einem pachtähnlichen Verhältnis und damit von der Anwendbarkeit des Art. 290 OR ausgegangen werden.

Bemerkungen: 1. Rechte aus einem Schuldvertrag können, von Ausnahmen (z.B. Art. 261 und 290 OR) abgesehen, nur dem Vertragspartner gegenüber geltend werden. Daran will Art. 924 Abs. 3 ZGB wohl nichts ändern. Demnach hilft diese Bestimmung der B. AG im besprochenen Fall nicht: Der ihr von der C. AG abgetretene obligatorische Anspruch auf Kiesausbeutung richtet sich gegen die Eheleute Y, nicht auch gegen die K. AG, welche von den Eheleuten Y das dingliche Recht auf Kiesausbeutung erworben hat.

2. Personaldienstbarkeiten werden mittels Zession übertragen (Art. 164 ff. OR analog). Der Erwerber ist im Grundbuch auf dem Hauptbuchblatt des belasteten Grundstücks einzutragen (Art. 35 Abs. 2 lit. d GBV). Der Eintrag ist jedoch nicht konstitutiv, die Übertragung geschieht also ausserhalb des Grundbuchs.¹⁸ Ist die Causa der Zession ungültig, ist es auch diese (Kausalitätsprinzip), und zwar unabhängig davon, ob man hinsichtlich der *Forderungszession* dem Kausalitäts- oder dem Abstraktionsprinzip folgt.¹⁹ Ferner ist zu beachten, dass man im vorliegenden Kontext Art. 164 Abs. 1/2 OR nicht (analog) anwenden sollte. Während also die Verfügungsbefugnis eines Forderungsgläubigers mit Wirkung gegenüber Dritten beschränkt werden kann (Art. 164 Abs. 1/2 OR),²⁰ wird man dies für die Übertragung einer Personaldienstbarkeit nicht annehmen dürfen.²¹

¹⁷ E. 3.3 des referierten Entscheids.

¹⁸ SIMONIUS/SUTTER, § 1 Rn 65 m.w.Nw.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rn 1386. A.A. WIELAND, N 466 zu Art. 959 ZGB, der eine Eintragung des Erwerbers im Grundbuch für ausgeschlossen hält.

¹⁹ SIMONIUS/SUTTER, § 1 Rn 65 Anm. 99. M.E. gilt auch für die Forderungszession das Kausalitätsprinzip (KOLLER, OR AT, § 84 Rn 78 ff.).

²⁰ S. KOLLER, OR AT, § 84 Rn 63.

²¹ S. unten S. 23.

C. Grundbuch und Grundbuchrecht

- BGE 133 III 641 (= Pra 2008 Nr. 54): "Art. 975 Abs. 1 ZGB; Voraussetzungen einer Grundbuchberichtigungsklage. Die Grundbuchberichtigungsklage ist grundsätzlich einzig zur Korrektur von Einträgen, die von Anfang an ungerechtfertigt sind, zulässig. Der nachträgliche Hinfall des Rechtstitels, auf welchen sich der Eintrag stützt, lässt diesen nicht ungerechtfertigt werden: Die Erhebung der Grundbuchberichtigungsklage mit dem Zweck, die früher geltende Rechtslage des Grundstücks wiederherzustellen, fällt ausser Betracht (E. 3)."

Sachverhalt (leicht vereinfacht): A und B sind Miteigentümer von zwei Parzellen in Acquarossa, auf denen zwei Quellen entspringen. Mit notarieller Urkunde vom 19. November 1997 haben sie der C. SA im Hinblick auf den Bau eines Thermalzentrums eine Reihe von Dienstbarkeiten, u.a. für die Erfassung und Benutzung des Wassers sowie die Verlegung und den Durchgang von Leitungen, eingeräumt. Gemäss Ziff. 2 der öffentlichen Urkunde wird "der Notar für die provisorische Eintragung der vorliegenden Vereinbarungen im Grundbuch besorgt sein ... Die definitive Eintragung wird durch die Begünstigte erfolgen, wenn auf dem Grundstück von Leontica das Thermalzentrum errichtet sein wird". Ziff. 4 präzisiert, dass "die hier eingeräumten Rechte persönlich und auf natürliche oder juristische Personen übertragbar sind. Sie werden im Grundbuch als Realdienstbarkeiten zu Gunsten der Grundstücke der Begünstigten [...] nach dem Bau des Thermalzentrums eingetragen werden. Die Begünstigte wird für die Eintragung besorgt sein." Ziff. 7 sieht sodann vor, dass "dieser Vertrag nicht gültig sein wird, wenn die Baubewilligungen für das auf den Grundstücken der Begünstigten vorgesehene Thermalzentrum nicht erteilt werden und wenn Letztere das Zentrum trotz der behördlichen Bewilligung nicht realisieren wird". Die Dienstbarkeiten sind am 11. Dezember 1997 als Personaldienstbarkeiten zugunsten der C. SA in das Grundbuch eingetragen worden. In der Folge kam es zu erheblichen Verzögerungen bei der Ausführung des Thermalzentrums, weshalb A und B am 25. Februar 2002 den Vertrag gekündigt und von der C. SA verlangt haben, die Eintragungen im Grundbuch zu löschen. Da die C. SA dazu nicht bereit war, erhoben A und B am 25. September 2003 eine Grundbuchberichtigungsklage (Art. 975 Abs. 1 ZGB) auf Löschung der Dienstbarkeiten. Die Klage wurde in erster Instanz gutgeheissen. Das Appellationsgericht des Kantons

Tessin wies die Klage hingegen ab. Eine beim Bundesgericht eingereichte Berufung hatte keinen Erfolg.

Erwägungen: 1. Die Kläger machten viererlei geltend: *Erstens:* Die Eintragung der Dienstbarkeiten habe Art. 12 GBV verletzt. *Zweitens:* Die Anmeldung hätte abgewiesen werden müssen, weil die von den Parteien unterzeichneten Situationspläne entgegen Art. 36 der Tessiner Verordnung betreffend das Gesetz über das Grundbuch gefehlt hätten. *Drittens:* Die Anmeldung hätte abgewiesen werden müssen, weil der beurkundende Notar entgegen dem Vertrag nicht um eine provisorische Eintragung ersucht hatte. *Viertens:* Die Dienstbarkeiten seien – nach Art. 975 Abs. 1 ZGB – zu löschen, weil die Dienstbarkeitsverträge gemäss Ziff. 7 des Vertrags dahingefallen seien.

Das erste Argument verwarf das Bundesgericht mit der Bemerkung, "dass eine Verletzung von Art. 12 GBV nicht in Betracht kommt, weil sich diese Bestimmung darauf beschränkt zu verlangen, dass das Eintragungsgesuch ohne Bedingungen und Vorbehalte sei (BGE 115 II 213 E. 4a S. 217 = Pra 80 Nr. 14), was vorliegend geschehen ist".²²

Das zweite Argument verwarf das Bundesgericht mit folgender Begründung: "Die Berufungskläger können auch aus dem Fehlen eines von den Parteien unterzeichneten Situationsplanes nichts für sich ableiten. Der ungerechtfertigte Charakter der Eintragung wird vor allem durch die materielle Unrechtmässigkeit derselben begründet (HENRI DESCHENAUX, *Traité de droit privé suisse*, Band V, Teilband II, § 40 B I 2, S. 670). Deshalb erlaubt es das Fehlen der nötigen Anmeldebelege oder anderer formeller Bedingungen noch nicht, eine Änderung der Eintragung vorzunehmen, wenn diese korrekt und in materieller Hinsicht als begründet erscheint (BGE 56 II 261 S. 265 = Pra 19 Nr. 158; HENRI DESCHENAUX, a.a.O., § 37 V, S. 598; BGer, 5C.220/1994 vom 22. Februar 1995, in Rep. 1995, S. 81 wiedergegebene E. 6)."²³

Das dritte Argument wurde mit der Begründung verworfen, dass der Vertrag in Wirklichkeit nicht auf eine provisorische Dienstbarkeit gerichtet gewesen sei. "Provisorisch" bedeute im Vertragskontext "vorerst": Die Parteien hätten vorerst Personaldienstbarkeiten, später – nach der Er-

²² E. 2.3 des referierten Entscheids, zit. nach Pra.

²³ E. 2.3.2 des referierten Entscheids, zit. nach Pra.

stellung des Thermalzentrums – an deren Stelle Grunddienstbarkeiten begründen wollen.

Zum vierten Argument hielt das Bundesgericht fest, die in Ziff. 7 vorgesehene Resolutivbedingung habe ausschliesslich obligatorische Wirkung gehabt. Der dienstbarkeitsbelastete Eigentümer könne sich in einem solchen Fall nicht der Grundbuchberichtigungsklage bedienen, um bei Eintritt der Bedingung die ursprüngliche Rechtslage wiederherzustellen.²⁴ "Der Eigentümer des belasteten Grundstückes, der meint, dass der Vertrag, mit dem er eine Dienstbarkeit gewährt hat, unwirksam geworden ist, kann [...] den Richter anrufen, um die Erlaubnis zur Löschung der Dienstbarkeit zu erhalten. Das Urteil ersetzt dann die Erklärung des Begünstigten i.S.v. Art. 963 Abs. 1 ZGB. Er kann auch in analoger Anwendung von Art. 665 Abs. 1 ZGB gerichtlich verlangen, von der Dienstbarkeit befreit zu werden, und bei Gutheissung des Antrages gestützt auf Art. 963 Abs. 2 ZGB deren Löschung beantragen [...]"²⁵

Bemerkungen: Das Bundesgericht ist davon ausgegangen, dass die Parteien lediglich den Dienstbarkeitsvertrag (als obligatorischen Vertrag) unter eine Resolutivbedingung stellen wollten, nicht auch die Dienstbarkeit (als dingliches Recht). Wäre Letzteres der Fall gewesen, hätte die Resolutivbedingung, um wirksam zu sein, in das Grundbuch aufgenommen werden müssen.²⁶ Eine Anmeldung ohne Hinweis auf die Resolutivbedingung wäre dann ungerechtfertigt gewesen, dementsprechend auch der die Bedingung nicht erwähnende Grundbucheintrag. Die Grundbuchberichtigungsklage hätte insoweit offen gestanden. Wäre die Resolutivbedingung im Grundbuch eingetragen worden und somit zu dinglicher Wirksamkeit gelangt, so wären die Dienstbarkeiten bei Bedingungseintritt eo ipso dahingefallen. Es hätte dann der Belastete (in casu A und B) die Löschung der Dienstbarkeit verlangen können (Art. 976 Abs. 1 ZGB); einer Lö-

²⁴ Hw. u.a. auf SCHMID, Basler Kommentar, N 8 zu Art. 974 ZGB; GUHL/KOLLER, § 9 Rn 9.

²⁵ E. 3.1.2 des referierten Entscheids, zit. nach Pra.

²⁶ STAEBELIN, 53. Resolutiv bedingte Verfügungen über dingliche Rechte an Immobilien sind allerdings nur beschränkt möglich (KOLLER, OR AT, § 77 Rn 28 f.). Zur Rechtslage bei Dienstbarkeiten s. STAEBELIN, 52 f., BGE 106 II 329 und 115 II 213.

schungsbewilligung des vormals Berechtigten (C. SA) hätte es nicht bedurft.²⁷

- *BGer, Urteil 5A_614/2008 vom 26. November 2008 (teilweise publiziert in BGE 135 III 103): Die Vereinbarung, wonach die Übertragung eines selbständigen und dauernden Baurechts der Genehmigung durch die Grundeigentümerin bedarf, hat keine dinglich wirkende Verfügungsbeschränkung zur Folge. Wird das Baurecht veräussert, hat demnach der Grundbuchverwalter nicht zu prüfen, ob der dienstbarkeitsbelastete Grundeigentümer seine Zustimmung zur Veräusserung erteilt hat. (Zusammenfassung des Schreibenden)*

Sachverhalt: Die Burgergemeinde Bern ist Eigentümerin verschiedener Grundstücke, welche mit einem selbständigen und dauernden Baurecht belastet sind. In ihren Baurechtsverträgen vereinbart sie jeweils einen Vorbehalt für die Übertragung der Baurechte mit folgendem Wortlaut:

"Die rechtsgeschäftliche Übertragung bedarf der Genehmigung durch die Grundeigentümerin. Die Genehmigung kann verweigert werden:

- wenn der Übernehmer nicht alle Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag übernimmt;
- wegen fehlender Kreditwürdigkeit des Erwerbers oder
- aus anderen wichtigen Gründen."

Am 19. September 2006 stellte die Burgergemeinde beim Kreisgrundbuchamt VIII Bern-Laupen ein "Gesuch um Feststellung, dass jede Handänderung von im Grundbuch zu Lasten ihrer Grundstücke aufgenommenen selbständigen und dauernden Baurechte mit entsprechendem Genehmigungsvorbehalt ihrer Zustimmung bedürfe und ohne eine solche Zustimmung nicht im Grundbuch eingetragen werden dürfe." Das Grundbuchamt trat mangels Feststellungsinteresses nicht auf das Gesuch ein. Dagegen reichte die Burgergemeinde Beschwerde ein bei der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (JGK) und erneuerte ihr Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung. Die JGK kam zum Schluss, dass das Grundbuchamt zu Recht auf das Gesuch der Burgerge-

²⁷ STAEHELIN, 52; zumindest missverständlich BGE 115 II 213 E. 4d.

meinde nicht eingetreten sei, soweit es um die Frage der Zustimmung zur Handänderung des Baurechts gehe. Ob hingegen der Grundbucheintrag ohne eine solche Zustimmung erfolgen dürfe, stelle eine verwaltungsrechtliche Frage dar. Sie bejahte das Vorliegen eines schutzwürdigen Feststellungsinteresses und erwog, dass das Grundbuchamt, dem die Handänderung eines Baurechts zum Eintrag vorgelegt werde, nicht zu prüfen habe, ob die Burgergemeinde als belastete Grundeigentümerin ihre Zustimmung dazu erteilt habe. Die Beschwerde wurde demzufolge abgewiesen. Eine Beschwerde der Burgergemeinde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern hatte keinen Erfolg. Auch der beim Bundesgericht eingereichten Beschwerde in Zivilsachen war kein Erfolg beschieden.

Bemerkungen: 1. Das Bundesgericht ist auf die Beschwerde mit folgender Begründung eingetreten: "Strittig ist, ob für die Handänderung von im Grundbuch eingetragenen selbständigen und dauernden Baurechten die Zustimmung des Grundeigentümers erforderlich ist. Es geht um eine Frage der Führung des Grundbuchs, welche öffentlich-rechtliche Angelegenheit in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zivilrecht steht (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 BGG). Eine derartige Streitigkeit weist keinen Vermögenswert auf (vgl. Urteil 5A_35/2008 vom 10. Juni 2008 E. 2). Der kantonale Rechtsweg ist zudem im Hinblick auf die Eintretensvoraussetzungen nicht massgebend (BGE 131 V 271 E. 2; 123 III 346 E. 1a). Die Beschwerde in Zivilsachen ist damit gegeben."²⁸

2. Die Burgergemeinde, welche einem Dritten ein (selbständiges und dauerndes) Baurecht einräumt, will verhindern, dass der Erwerber des Baurechts dieses ohne ihre Zustimmung weiterveräussert. Das jeweils zum Vertragsinhalt gemachte Zustimmungserfordernis soll nicht bloss obligatorische Wirkung zeitigen, sondern dingliche in dem Sinne, dass eine Veräusserung des Baurechts ohne die erforderliche Zustimmung unwirksam ist und keinen Rechtsübergang bewirkt. Mit anderen Worten soll das Zustimmungserfordernis die Verfügungsbefugnis des Baurechtinhabers beschränken. Wäre dieser Parteiwille beachtlich, dürfte der Grundbuchverwalter bei einer Baurechtsveräusserung den Erwerber nur ins Grundbuch eintragen (vgl. Art. 35 Abs. 2 lit. d GBV), wenn die Zustimmung erteilt wurde und der entsprechende Nachweis erbracht wird (Art. 965 Abs. 1

²⁸ E. 1 des referierten Entscheids.

ZGB, 24 Abs. 1^{bis} lit. a GBV). Das Bundesgericht ist indes – wie die Berner Instanzen – der Auffassung, dass die Verfügungsbefugnis des Baurechtsinhabers nicht in dieser Weise beschränkt werden kann.

3. Die Auffassung des Bundesgerichts ist jedenfalls dann zutreffend, wenn das selbständige und dauernde Baurecht als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen wurde. Diesfalls gelten für die Übertragung dieselben Regeln wie für Liegenschaften. Der Veräusserungsvertrag ist demnach öffentlich zu beurkunden, das Verfügungsgeschäft besteht in der Grundbucheintragung. Die Anmeldung erfolgt durch den Baurechtsinhaber bzw. Grundstückseigentümer (Art. 963 Abs. 1 ZGB); eine allfällige Einschränkung der Verfügungsbefugnis kann – wie hinsichtlich einer Liegenschaft – nur obligatorische Bedeutung haben und ist daher für das Eintragungsverfahren ohne Bedeutung.²⁹ Ist das (selbständige und dauernde) Baurecht nicht als Grundstück im Grundbuch eingetragen, so folgt die Übertragung ganz anderen Grundsätzen. Das Veräusserungsgeschäft bedarf nach wohl herrschender Ansicht der blossen Schriftform.³⁰ Die Verfügung geschieht durch Zession (Art. 164 ff. OR analog).³¹ Zwar ist eine Eintragung des neuen Baurechtsinhabers im Grundbuch nach herrschender Ansicht möglich (vgl. Art. 35 Abs. 2 lit. d. GBV), jedoch nicht konstitutiv.³² Folgt man dem Gesagten, so läge an sich die Auffassung nahe, dass die Verfügungsbefugnis des Baurechtsinhabers dinglich beschränkt werden kann (Art. 164 Abs. 1/2 OR analog). Art. 164 Abs. 1/2 OR sollte jedoch im vorliegenden Kontext nicht angewendet werden, vielmehr drängt es sich auf, eine dingliche Beschränkung der Verfügungsbefugnis auszuschliessen, und zwar – in Übereinstimmung mit dem referierten Entscheid – generell.³³ BGE 72 I 233, der eine dinglich wirkende Verfügungsbeschränkung unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erachtet hatte, ist überholt.

²⁹ S. im Einzelnen BACHMANN, 144 ff.

³⁰ Vgl. SIMONIUS/SUTTER, § 1 Rn 65, § 4 Rn 51; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rn 1386. Anders, m.E. vorzugswürdig, das Eidg. Grundbuchamt, das sich in einer Meinungsäusserung vom 8. Februar 1989 für die öffentliche Beurkundung ausgesprochen hat (BN 1989, 411 Ziff. 32).

³¹ S. oben S. 17; BACHMANN, 170; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rn 1386.

³² Nw. oben in Anm. 18 auf S. 17.

³³ So BACHMANN 169 ff. (Ziff. 515.5 und 52). Anders die vom BGer in E. 4.3 zitierten ISLER und SCHMID sowie SIMONIUS/SUTTER, § 4 Rn 51 Anm. 61.

4. Nach geltendem Recht kann ein Zustimmungserfordernis auch nicht durch Vormerkung im Grundbuch realobligatorisch ausgestaltet werden. Das soll sich ändern: "Die Revisionsvorlage zum Immobiliarsachenrecht sieht nun die Möglichkeit vor, die Vormerkung rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen im Grundbuch zu vereinbaren und damit diese gegenüber Rechtsnachfolgern durchzusetzen. Dies entspricht nach Ansicht des Gesetzgebers einem Bedürfnis der Vertragsparteien (Art. 779b E-ZGB; Botschaft vom 27. Juni 2007 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht], BBl 2007 S. 5313). Damit erhalten vertragliche Abmachungen realobligatorischen Charakter und können insbesondere gegenüber dem Erwerber des Baurechts durchgesetzt werden. Das Bundesamt für Justiz scheint in seiner Vernehmlassung davon auszugehen, dass durch die Vormerkung der Vereinbarung über die Beschränkung der Übertragbarkeit eines Baurechts das Verfügungsrecht des Baurechtsberechtigten gemäss Art. 965 ZGB eingeschränkt wird, womit das Grundbuchamt die Handänderung nicht ohne Zustimmung des Grundeigentümers vornehmen dürfte. Die Tragweite einer solchen neuen Vormerkungsmöglichkeit kann indes erst nach Abschluss der Gesetzgebungsarbeiten beurteilt werden."³⁴

5. Wenn die Parteien eines Baurechtsvertrages eine Verfügungsbeschränkung abmachen, welche dingliche Wirkung zeitigen soll, so ist die Vereinbarung auf die Begründung eines in dieser Form nicht begründbaren (Bau-)Rechts gerichtet. Ein solches Recht kann daher nicht ins Grundbuch eingetragen werden, eine entsprechende Anmeldung ist abzuweisen. Im vorliegenden Fall liess der Genehmigungsvorbehalt die dingliche Absicht nicht erkennen, vielmehr durfte der Grundbuchverwalter davon ausgehen, die von den Parteien beabsichtigte Verfügungsbeschränkung solle lediglich obligatorische Wirkung zeitigen. Die Eintragung erfolgte daher aus grundbuchrechtlicher Sicht zu Recht. Zivilrechtlich lag aber möglicherweise ein ungerechtfertigter Eintrag vor. Dies traf dann zu, wenn tatsächlich eine dingliche Verfügungsbeschränkung beabsichtigt war und die damit verbundene rechtliche Unmöglichkeit Ganznichtigkeit des Vertrags zur Folge hatte (Art. 20 Abs. 2 OR).

³⁴ E. 4.4 des referierten Entscheids.

- KGer FR, FZR 2008, 49: Art. 963 Abs. 1 ZGB: Eine allgemein formulierte Anmeldung zum Eintrag sämtlicher sich aus dem Vertrag ergebender Rechte ist ungenügend. (Zusammenfassung des Schreibenden)
- VGer BE, ZBGR 2008, 269 ff.: "Grundbuchrecht. Abweisung von Grundbuchanmeldungen. 1. Der Grundbuchverwalter hat bei der Anmeldung eines Dienstbarkeitsvertrags das Verfügungsrecht, d.h. die Identität des mit der Dienstbarkeit belasteten Grundeigentümers, zu prüfen (Erw. 2.1). 2. Mit welchen Mitteln der Nachweis der Identität bei einem einfach-schriftlichen Dienstbarkeitsvertrag zu erbringen ist, hängt von den Verhältnissen des Einzelfalls ab (Erw. 3.1). Der Grundbuchverwalter, der für den Identitätsnachweis die notarielle Beglaubigung der Unterschriften verlangt, handelt gesetzmässig (Erw. 3.2). 3. Ein Revers, worin die anmeldende Vertragspartei den Grundbuchverwalter von seiner ordentlichen Prüfungspflicht und der damit verbundenen Haftung für allfällige hieraus resultierende Schäden entbindet, ist nicht geeignet, die Anforderungen an die Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters herabzusetzen (Erw. 3.6). 4. Ungleiche Behandlung von Anmeldenden durch das Grundbuchamt hinsichtlich dem Erfordernis der amtlichen Beglaubigung dessen Unterschrift (Erw. 4)."
- BGer, ZBGR 2008, 285 ff. (= BGE 132 III 603): "ZGB Art. 970 und 970a, GBV Art. 106a; Einsichtsrecht ins Grundbuch. Anspruch auf Mitteilung des Kaufpreises eines Grundstücks (Erw. 4)."

S. zu diesem Entscheid das Jahrbuch 2006, 13 ff. Hier ist lediglich auf eine kritische Urteilsbesprechung hinzuweisen: JÜRGEN SCHMID (ZBGR 2008, 289) ist der Meinung, das Recht zur Einsicht ins Grundbuch erfahre mit diesem Entscheid "eine weitere inakzeptable Ausweitung".

D. Eigentum

1. Allgemeines

- BGer, Urteil 5A_127/2008 vom 7. August 2008: *Eigentumsvermutung von Art. 930 Abs. 2 ZGB; Zugehör gemäss Art. 644 ZGB. (Zusammenfassung des Schreibenden)*

K war Eigentümerin der Liegenschaft L, zu der insbesondere der Gasthof H gehörte. In diesem Gasthof hingen verschiedene Bilder, die im Eigentum von K standen. Am 1. Juli 1999 verkaufte K die Liegenschaft L an ihren Lebenspartner E. Die Abrechnung über Mobiliar und Restaurantinventar sollte ausserhalb des öffentlich beurkundeten Kaufvertrages erfolgen. Dazu erstellten die Parteien ebenfalls am 1. Juli 1999 eine Zusatzvereinbarung, worin K „das gesamte Restaurantinventar, das Mobiliar, sowie die Warenvorräte“ an ihren Lebenspartner E verkaufte.

Nach dem Tod von E klagte K gegen dessen Erben auf Herausgabe der Bilder, die im Gasthof H hingen. Dieses Begehren wurde in erster Instanz abgewiesen, in zweiter Instanz gutgeheissen. Das Bundesgericht hat bestätigt. In tatsächlicher Hinsicht war davon auszugehen, dass die Klägerin bis zum Kaufgeschäft vom 1. Juli Besitzerin der Bilder gewesen war. Damit gelangte sie in den Genuss der Eigentumsvermutung von Art. 930 Abs. 2 ZGB. Das Bundesgericht prüfte sodann, ob die Bilder den Eigentümer gewechselt hatten. Das verneinte es: Nach eingehender Auslegung des Kaufvertrags befand es, dieser habe sich nicht auch auf die Bilder bezogen. Auch seien die Bilder nicht zufolge Zugehörqualität (Art. 644 Abs. 2 und 645 ZGB) vom Rechtsgeschäft erfasst gewesen (Art. 644 Abs. 1 ZGB). Die Zugehörqualität wurde verneint, weil die Bilder nicht dauernd für die wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache (Restaurant) bestimmt waren. Zwar können Bilder dem Betrieb eines Restaurants als Ausstattungsstücke zumindest mittelbar dienen. Vorliegend wurde aber der Ausstattungscharakter verneint.

2. Fahrniseigentum

- BGer, Urteil 5A_279/2008 vom 16. September 2008: *Klage auf Feststellung des Eigentums an einem "certificat". Die Eigentumsvermutung*

von Art. 930 Abs. 1 ZGB greift bei verdächtigem oder zweideutigem Besitz nicht Platz. Das ist beispielsweise der Fall, wenn der Besitzer sich weigert, über die Umstände des Besitzererwerbs die ihm zumutbare Aufklärung zu geben. (Zusammenfassung des Schreibenden)

- BGer, Urteil 5A_183/2008 vom 11. Juni 2008: Anforderungen an den gutgläubigen Eigentumserwerb im Automobilhandel (Art. 714 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 933 ZGB). (Zusammenfassung des Schreibenden)

Zusammenfassung des Entscheids: Z schloss im August 2005 mit der X. AG zwei Verträge über ein Automobil der Marke MINI Cooper S. Einerseits wurde vereinbart, dass Z das Fahrzeug für Fr. 34'100.- kauft; dabei sollte der Kaufpreis erst am 30. November 2005 zur Zahlung fällig sein. Andererseits kamen die Parteien überein, dass Z das Auto bis zum 30. November für Fr. 3'000.- mietet. Der Wagen wurde am 26. August 2005 in Verkehr gesetzt und Z übergeben. Ohne Wissen und Einverständnis der X. AG veräusserte Z am 2. September 2005 den MINI Cooper S zum Preise von Fr. 31'000.- an die Y. AG. Als die X. AG erfuhr, dass die Y. AG den Wagen zum Preis von Fr. 33'800.- zum Verkauf anbot, klagte sie auf Herausgabe des Wagens. Die Y. AG trug auf Abweisung der Klage an und erhob Widerklage mit dem Begehren, es sei festzustellen, dass sie Eigentümerin des strittigen Wagens sei. Im Verlaufe des Verfahrens einigten sich die Prozessparteien darauf, den MINI Cooper S für Fr. 34'000.- zu verkaufen. Der Erlös wurde beim Gericht hinterlegt. Die X. AG änderte in der Folge das ursprüngliche Klagebegehren dahin ab, es sei der hinterlegte Betrag ihr herauszugeben. Während die erste Instanz die Klage der X. AG schützte, sprach das Obergericht den hinterlegten Betrag der Y. AG zu. Das Bundesgericht stellte das erstinstanzliche Urteil wieder her. Es nahm an, die Y. AG hätte unter den gegebenen Umständen (Verkauf durch den Ersterwerber nur eine Woche nach Inverkehrsetzung) an der Verfügungsbefugnis von Z Zweifel haben müssen (Art. 3 Abs. 2 ZGB), sie habe daher das Auto nicht – nach Art. 714 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 933 ZGB – zu Eigentum erworben.

Bemerkungen: Z war im Zeitpunkt des Verkaufs des MINI Cooper S an die Y. AG zweifellos nicht Verfügungsbefugt, weshalb er das Eigentum jedenfalls in diesem Zeitpunkt nicht – durch Besitzübertragung – auf die Y. AG übertragen konnte. Er hat aber wohl die Verfügungsbefugnis

im Nachhinein, nämlich Ende November 2005, erlangt. Denn die mit der X. AG getroffene Vereinbarung ging wohl dahin, dass Z in diesem Zeitpunkt das Eigentum – durch *brevi manu traditio* – erwirbt. Wenn dem so war, so erlangte wohl die Y. AG ihrerseits im gleichen Zeitpunkt das Eigentum am Auto durch Konvaleszenz (vgl. § 185 BGB)³⁵, mit der Folge, dass die Klage der X. AG hätte abgewiesen werden müssen, ohne dass irgendetwas auf den guten oder bösen Glauben der Y. AG angekommen wäre. Unterstellt man das als richtig, so trug die X. AG (nicht die Y. AG) das Risiko der Insolvenz von Z. Das scheint an sich nur richtig, hatte sie doch das Auto verkauft, ohne sich um die Sicherung der Kaufpreisforderung zu kümmern.

3. Grundeigentum

a) Allgemeines

- BGE 134 III 147: *"Entschädigung für Bau auf fremdem Boden (Art. 672 Abs. 1 ZGB); gesetzliches Grundpfandrecht. Zur Sicherung der Entschädigung gemäss Art. 672 Abs. 1 ZGB steht dem Anspruchsberechtigten, der mit dem Einverständnis des Grundeigentümers und im Vertrauen darauf gebaut hat, er werde das Grundstück erwerben können, ein – dem Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) analoges – gesetzliches Pfandrecht zu (E. 4)."*

Vgl. zu diesem Entscheid die Ausführungen unten auf S. 49 ff.

- KGer SG, Entscheid vom 22. April 2008: *"Der Erwerber eines Grundstückes hat einen persönlichen Anspruch auf Eintragung des Eigentums ins Grundbuch, sofern sich die Veräusserer weigern, die Grundbuchanmeldung vorzunehmen. Namentlich hat er die Möglichkeit, beim Gericht um Zusprechung des Eigentums zu ersuchen (Art. 665 Abs. 1 ZGB). Träger dieses gesetzlichen Anspruchs und zu dessen gerichtlicher Geltendmachung berechtigt ist indessen einzig der Käufer"*

³⁵ Vgl. KOLLER, OR AT, § 84 Rn 25 f., mit Bezug auf die Zession einer fremden Forderung.

(Art. 665 Abs. 1 ZGB). Die Klage eines Verkäufers ist wegen fehlender Aktivlegitimation abzuweisen."

b) Nachbarrecht

- BGE 134 III 49 (= Pra 2008 Nr. 89): "Art. 694 Abs. 1 ZGB; Verweigerung des Notwegrechts. Der Eigentümer, der Lage und Begrenzung seiner Parzelle selber festlegt und insoweit bewusst auf einen genügenden Weg auf eine öffentliche Strasse verzichtet, kann keinen Notweg beanspruchen (E. 4)."

Besprochen im Jahrbuch Sachenrecht 2007 auf S. 44 f.

- BGer, Urteil 5A_762/2007 vom 17. Juni 2008: Art. 694 Abs. 2 ZGB. Der Eigentümer einer Wohnliegenschaft kann kein Notwegrecht beanspruchen, um auf eine andere ihm gehörende Liegenschaft, auf welcher er Parkplätze errichtet hat, zu gelangen. (Zusammenfassung des Schreibenden)
- BGer, Urteil 5A_174/2007 vom 30. November 2007: Art. 694 ZGB. Bei Vorliegen einer Wegnot richtet sich der Anspruch in erster Linie gegen den Nachbarn, dem die Gewährung des Notweges der früheren Eigentumsverhältnisse wegen am ehesten zugemutet werden darf und im weiteren gegen denjenigen, für den der Notweg am wenigsten schädlich ist (Art. 694 Abs. 2 ZGB). Die "beidseitigen Interessen" im Sinne von Art. 694 Abs. 3 ZGB können es jedoch rechtfertigen, von dieser Ordnung abzuweichen. (Zusammenfassung des Schreibenden)

Im konkreten Fall richtete der notwegberechtigte Eigentümer den Anspruch auf Einräumung eines Notwegrechts gegen einen nach Art. 694 Abs. 2 ZGB nicht passivlegitimierten Eigentümer mit der Begründung, der nach Art. 694 Abs. 2 ZGB an sich zu belangende Eigentümer würde durch die Belastung mit einem Notwegrecht schweren Schaden erleiden, indem seine Geschäftstätigkeit (Betrieb einer Autoreparaturwerkstätte) beeinträchtigt würde. Die Sache wurde vom Bundesgericht zur ergänzenden Sachverhaltsfeststellung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

- BGE 134 III 248: "Art. 641 Abs. 2, Art. 679 und 684 ZGB; Immissionen aus dem Flugbetrieb. Mit dem Betrieb des Flughafens verbundene übermässige Immissionen sind grundsätzlich zu dulden, wenn sie nicht vermeidbar sind, und werden vom Enteignungsrecht erfasst (Art. 36a Abs. 4 LFG). Die von den Einwirkungen Betroffenen haben die sich aus dem EntG ergebenden Ansprüche im Enteignungsverfahren wahrzunehmen, in welchem sie namentlich auch geltend machen können, bestimmte übermässige Einwirkungen könnten vermieden werden. Es liegt in solchen Fällen nicht am Zivilrichter, in einem zum Enteignungsverfahren parallelen Verfahren zu prüfen, ob mit dem bestimmungsgemässen Betrieb des Flughafens verbundene übermässige Einwirkungen vermeidbar sind und insoweit vom Enteignungsrecht nicht erfasst werden (E. 5.1). Dies gilt sowohl für den Überflug *stricto sensu* als auch für den Durchflug in grösserer Höhe (E. 5.2)."

Das Grundeigentum erstreckt sich gemäss Art. 667 Abs. 1 ZGB auch auf den Luftraum, soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht. Ein Überflug in geringer Höhe stellt einen direkten Eingriff in das Eigentum und damit eine ungerechtfertigte Einwirkung i.S.v. Art. 641 Abs. 2 ZGB dar. Demgegenüber stellt ein Überflug in grösserer Höhe zwar keine ungerechtfertigte direkte Einwirkung i.S.v. Art. 641 Abs. 2 ZGB dar, er kann jedoch eine indirekte übermässige Einwirkung (Lärminmission) i.S.v. Art. 684 ZGB darstellen. In beiden Fällen kann sich der Eigentümer der überflogenen Liegenschaft gegen das Überfliegen grundsätzlich zur Wehr setzen, im ersten Fall nach Art. 641 Abs. 2 ZGB, im zweiten Fall nach Art. 679 ZGB. Diese Möglichkeit besteht jedenfalls gegenüber den Betreibern von sog. Flugfeldern, die zwar einer Betriebsbewilligung, aber keiner Konzession bedürfen und auch nicht mit dem Enteignungsrecht ausgestattet sind.³⁶ Demgegenüber sind die zivilrechtlichen Abwehransprüche ausgeschlossen gegenüber dem Inhaber eines Flugplatzes, der eine Konzession besitzt und mit dem Enteignungsrecht ausgestattet ist. Insoweit gilt Enteignungsrecht. Praktisch "wird mit der Verleihung der Konzession und dem damit verbundenen Enteignungsrecht [...] zu Gunsten des Flughafens und zu Lasten der unter der Anflugachse liegenden Grundstücke eine Überflug- bzw. Durchflug-Dienstbarkeit eingeräumt".³⁷

³⁶ BGE 134 III 248 E. 4 und E. 5.2 m.w.Nw.

³⁷ BGE 134 III 248 E. 5.2, 253.

Im konkreten Fall ging es um eine Liegenschaft in S. Diese liegt in der Südanflugschneise, in welcher der Flughafen Zürich seit Ende Oktober 2003 zu Randzeiten angefliegen wird. Der Eigentümer der Liegenschaft hatte gegen die Flughafen Zürich AG als Betreiberin des Flughafens mit dem Begehren geklagt, die Beklagte sei zu verpflichten, dafür zu sorgen, dass seine Parzelle nicht unter einer bestimmten Mindestflughöhe überflogen werde. Auf diese Klage war nach den dargestellten Rechtsgrundsätzen nicht einzutreten.

- *BGer, Urteil 5A_635/2007 vom 13. Februar 2008: Art. 684 und 679 ZGB: Übermässige Immissionen durch weidende Schafe. (Zusammenfassung des Schreibenden)*

Y ist Eigentümer einer Villa in A. Seit vielen Jahren gestattet X, der Eigentümer einer angrenzenden Parzelle, einem Schafzüchter, seine Schafe mehrmals pro Jahr auf seinem Grundstück während ein bis zwei Wochen weiden zu lassen. Am 13. September 2005 beantragte Y dem zuständigen Richter, es sei X zu verbieten, Schafe auf seinem Grundstück weiden zu lassen. Sowohl die erste als auch die zweite Instanz gaben dem Begehren teilweise statt. Das Bundesgericht trat auf die von X erhobene Beschwerde in Zivilsachen nicht ein, weil weder die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.- (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) erreicht wurde noch sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG) stellte. Es prüfte den Fall deshalb nur auf Grundlage der gleichzeitig erhobenen subsidiären Verfassungsbeschwerde auf Willkür hin. Der Beschwerdeführer machte insbesondere eine willkürliche Anwendung von Art. 684 ZGB geltend. Dazu führte das Bundesgericht aus (E. 2.4.1):

"Selon l'art. 684 al. 2 CC, le caractère excessif des immissions se détermine en fonction de l'usage local, de la situation et de la nature de l'immeuble. S'agissant de l'usage local, il y a lieu de prendre en considération le caractère du quartier concerné; dans un quartier d'habitations, l'intérêt des habitants à la tranquillité a un poids important, même eu égard à une activité agricole exercée à proximité [...]. Le fait que l'activité agricole ait préexisté au développement de la zone d'habitation ne crée pas un droit préférable en faveur de cette activité; au contraire, la transformation d'un quartier agricole ou industriel en un quartier d'habitation peut avoir pour effet de rendre illicites des immissions qui étaient licites auparavant [...].

L'auteur de ces immissions peut donc être contraint d'adapter son comportement aux nouvelles exigences résultant de l'évolution du quartier, même si l'activité qu'il exerçait correspond à une longue tradition [...]. Ce principe vaut même lorsque les nouveaux habitants ont acheté ou construit leur bien en connaissance de cause quant à l'exploitation agricole exercée [...]. Il n'y est fait exception que si l'usage ancien a attribué à un quartier un caractère qui subsiste, ou si le voisin qui se plaint a renoncé à se prévaloir de l'art. 684 CC ou encore lorsque ce dernier a modifié par son seul fait la nature des lieux."

- *BGer, Urteil 5A_749/2007 vom 2. Juni 2008: Das kantonale öffentliche Recht geht Art. 688 ZGB und den gestützt darauf erlassenen kantonalen Pflanzenabstandsvorschriften vor. Dies gilt insbesondere für Vorschriften des kantonalen Rechts über die Unterschutzstellung von Bäumen. (Zusammenfassung des Schreibenden)*

Im konkreten Fall wurde X von den Zivilgerichten des Kantons St. Gallen gestützt auf kantonale privatrechtliche Pflanzenabstandsvorschriften verpflichtet, auf seinem Grundstück befindliche Bäume zu beseitigen, obwohl über das betroffene Baumareal eine Planungszone i.S.v. Art. 106 ff. des kantonalen Gesetzes über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht errichtet worden war und dem X untersagt war, Eingriffe in die von der Planungszone erfassten Bäume vorzunehmen. Das Bundesgericht hiess die von X erhobene Verfassungsbeschwerde gut: Die Anordnung der Baumfällung verstosse in willkürlicher Weise gegen das kantonale öffentliche Recht. "Bis zum endgültigen Entscheid über die Unterschutzstellung" sei die angeordnete Fällung "auszusetzen bzw. mit einer entsprechenden Bedingung zu versehen" (E. 3).

- *KGer FR, FZR 2008, 44 ff. = BR 2008, 72 Nr. 139: Art. 693 ZGB; Verlegung einer Leitung und Tragung der Kosten. (Zusammenfassung des Schreibenden)*

Als X eine ihm gehörende Liegenschaft überbaute, erstellte er auf dem Nachbargrundstück eine Abwasserleitung. Als Y das Nachbargrundstück erwarb und selbst bauen wollte, verlangte er von X die Übernahme der Kosten aus der Verlegung der Leitung. X war damit grundsätzlich einver-

standen, Streit entbrannte jedoch über den Umfang der Kostentragung. Bei Realisierung des von X befürworteten Projekts hätte die Verlegung ca. Fr. 2500.- gekostet, nach dem Projekt von Y rund dreimal mehr. Schliesslich wurde die Leitung nach den Vorstellungen von Y verlegt. Im Kostenstreit bekam Y Recht, d.h. X wurde zur Tragung der gesamten Kosten verurteilt. Dies wurde damit begründet, dass nach Art. 693 ZGB bei gegebenen Voraussetzungen "der Belastete eine *seinen* Interessen entsprechende Verlegung der Leitung verlangen" kann und die Kosten – vorbehältlich Art. 693 Abs. 3 ZGB, dessen Voraussetzungen in casu nicht erfüllt waren – zu Lasten des Leitungsberechtigten gehen.

- *OGer ZH, ZR 2008, 102 ff.: § 178 EG ZGB ZH, Art. 684 ZGB. Nachbarrecht. Hölzerne Sichtschutzwand. Ermittlung des massgeblichen Grenzabstands; Bedeutung des "gewachsenen Bodens". Negative Immissionen: Bedeutung der kantonalen Abstands- und Bauvorschriften. (Zusammenfassung des Schreibenden)*

A und B bewohnten benachbarte Liegenschaften. B erhielt im Jahre 2001 die baurechtliche Bewilligung für die Erstellung einer Sichtschutzwand. Er erstellte die Sichtwand bewilligungsgemäss. Nachdem B seine Liegenschaft an X verkauft hatte, erhob A gegen X Klage mit dem Begehren, die Holzwand müsse von seinem Grundstück weiter entfernt aufgestellt werden. Er berief sich auf kantonales Recht, ferner machte er geltend, die Holzwand entziehe seinem Grundstück so viel Licht, dass von einer übermässigen Einwirkung im Sinne von Art. 684 ZGB ausgegangen werden müsse. Diesen letzteren Einwand wies das Gericht unter Hinweis auf den grundlegenden BGE 126 III 452 mit folgender Begründung zurück: "Für den Entscheid über die Frage, ob eine (positive oder negative) Immission gemäss Art. 684 ZGB als übermässig anzusehen ist oder nicht, spielt der Ortsgebrauch eine entscheidende Rolle. Dieser schlägt sich weitestgehend in den kantonalen Abstands- und Bauvorschriften nieder. Sind diese kantonalen Vorschriften eingehalten, dann ist allerdings bei der Beurteilung der Ermessensfrage, ob eine übermässige Einwirkung im Sinne von Art. 684 ZGB vorliegt oder nicht, ein strenger Massstab anzulegen (BGE 132 III 51 E. 2.2; ZR 97/1998 Nr. 22 E. II/3c mit Hinweisen). Das anerkennen zu Recht auch die Kläger. Von Belang ist hier daher, dass die kantonalen Abstandsvorschriften (§ 178 EG ZGB) eingehalten werden, wenn das vorinstanzliche Urteil, soweit es rechtskräftig geworden ist, umgesetzt wird.

Dazu kommt, dass die fragliche Holzwand über zwei Instanzen auch einem kantonalen Baubewilligungsverfahren unterworfen wurde. Dabei wurde dem Vorhaben der Beklagten bzw. ihres Rechtsvorgängers die öffentlich-rechtliche Bewilligung erteilt. Die zürcherischen Verwaltungsbehörden haben dabei durchaus auch die gegenseitigen Interessen der Nachbarn abgewogen."³⁸

- *OGer ZH, ZR 2008, 151 ff.: Art. 679 und 684 ZGB. Frage, ob gestützt auf das nachbarrechtliche Immissionsrecht die Nutzung einer Wohnung für begleitete Suizide unterbunden werden kann. Verhältnis der bundesrechtlichen Bestimmungen zum kantonalen Bau- und Planungsrecht. (Zusammenfassung des Schreibenden)*

Die Überbauung X in Stäfa ist in Stockwerkeigentum aufgeteilt. Stockwerkeigentümer A vermietete seine Wohnung einem Verein, der sich für das Recht einsetzt, dem eigenen Leben bei schwerer, unheilbarer Krankheit selbst ein Ende zu setzen. In der Folge unterstützte ein sogenanntes Freitod-Begleiterteam des Vereins mehrere sterbewillige Personen bei der Selbsttötung. Hierauf strengten die Stockwerkeigentümergeinschaft Überbauung X und einzelne Stockwerkeigentümer gegen A und den Verein ein Befehlsverfahren zur Unterbindung der Sterbehilfe in der fraglichen Wohnung an. Das Gesuch wurde insbesondere deshalb abgelehnt, weil der Gemeinderat Stäfa festgestellt hatte, dass die Umnutzung der vermieteten Wohnung in eine Sterbewohnung einer Baubewilligung bedürfe, und die Umnutzung bis zum Vorliegen einer solchen Bewilligung untersagt hatte. In sachenrechtlicher Hinsicht stellte das Gericht fest, dass zwar die öffentlich-rechtliche Nutzungsordnung bei der Auslegung des Nachbarrechts zu berücksichtigen ist, dass aber ideelle Immissionen, wie sie vorliegend in Frage stehen (Immissionen durch die Sterbehilfe), im Planungs- und Bau-recht nur eine untergeordnete Rolle spielen. Es sei daher nicht ausgeschlossen, ja sogar wahrscheinlich, "dass die Einwirkungen auf die Nachbarn vom Sachgericht dereinst als übermässig [i.S.v. Art. 684 ZGB] qualifiziert werden" (S. 155 r. Sp.).

³⁸ ZR 2008, 106 I.Sp. unten/r.Sp.

c) Vorkaufsrechte

Keine Entscheide im Berichtsjahr.

4. Gemeinschaftliches Eigentum (ohne Stockwerkeigentum)

- *Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern, BN 2008, 312 f.: Art. 648 Abs. 2 ZGB ist eine zwingende Bestimmung. Eine sich im Miteigentum befindliche Sache kann daher nur durch einen einstimmigen Beschluss aller Miteigentümer mit einer Dienstbarkeit belastet werden. Die Nutzungs- und Verwaltungsordnung (Art. 649a ZGB) kann rechtswirksam nichts Abweichendes vorsehen. (Zusammenfassung des Schreibenden)*

PFÄFFLI (BN 2008, 313) macht dazu folgende Bemerkung: "Eine andere Meinung, welche den praktischen Bedürfnissen näher liegt, wird von Jürg Schmid in einer aktuellen Publikation vertreten (ZBGR 2007 S. 449). Er befürwortet einen Mehrheitsbeschluss, wobei sinnvollerweise das Stellvertretungsverhältnis zu regeln ist, d.h. mit dem Beschluss ist eine Vollmacht beispielsweise zu Gunsten des Verwalters zu verbinden, welcher bei der Beurkundung die Gemeinschaft vertritt. Jürg Schmid stützt sich dabei auf eine Meinungsäusserung des Eidg. Grundbuchamtes vom 11.1.1968 (ZBGR 1969 S. 291), welche allerdings von Hans Huber nicht geteilt wird (ZBGR 1969 S. 291/292)."

5. Stockwerkeigentum

- *BGer, Urteil 5A_222/2007 vom 4. Februar 2008: Anfechtung eines Stockwerkeigentümersversammlungsbeschlusses wegen Verstosses gegen eine Reglementsbestimmung. Die Quorumsbestimmungen betr. Beschlussfassung über bauliche Massnahmen sind nicht zwingender Natur. (Zusammenfassung des Schreibenden)*

Die Stockwerkeigentümergeinschaft S im st. gallischen X hat gleichzeitig mit dem Begründungsakt ein Reglement verabschiedet, welches u.a. folgende Bestimmung enthält:

"Einzelne Stockwerkseinheiten sind mit Balkonen und/oder Sitzplätzen versehen. Diese Gebäudeteile dürfen von den jeweiligen Eigentümern der entsprechenden Stockwerkseinheiten ausschliesslich und uneingeschränkt benützt werden. Hingegen ist eine Umgestaltung, Bemalung, Beschriftung etc. nicht erlaubt. Das einheitliche Aussehen des Gebäudes muss unbedingt gewahrt bleiben. Eine Änderung dieser Regelung ist nur mit Zustimmung aller Stockwerkeigentümer möglich."

Am 26. Mai 2004 fasste die Stockwerkeigentümergeinschaft S u.a. einen Beschluss betreffend die Neugestaltung des Sitzplatzes der Familie F. A, welcher der Versammlung ferngeblieben war, focht diesen Beschluss mit der Begründung an, er verstosse gegen die fragliche Reglementsbestimmung. Mit diesem Begehren ist er erstinstanzlich unterlegen, zweitinstanzlich hat er jedoch obsiegt. Das Kantonsgericht St. Gallen legte die fragliche Reglementsbestimmung dahin aus, dass das Einstimmigkeitsersfordernis nicht nur die Abänderung der Bestimmung als solcher erfasst, sondern auch die Anordnung baulicher Massnahmen im Einzelfall. Zwingendes Recht stand dieser Auffassung nicht entgegen.³⁹

- *BGE 134 III 481: "Art. 712m Abs. 2, Art. 68 ZGB; Wahl des Verwalters und des Abwärts einer Stockwerkeigentümergeinschaft sowie Festsetzung der Entschädigung; Ausschluss vom Stimmrecht. Aufgrund des Verweises in Art. 712m Abs. 2 ZGB findet die Vorschrift über die Ausschluss vom Stimmrecht (Art. 68 ZGB) auf die Stockwerkeigentümersammlung Anwendung (E. 3.4). Bei der Wahl des Verwalters handelt es sich nicht um ein Rechtsgeschäft i.S. von Art. 68 ZGB, sondern um einen internen Verwaltungsakt, sodass auch ein Stockwerkeigentümer an einem Beschluss teilnehmen kann, welcher seine Wahl zum Verwalter betrifft (E. 3.5). Rechtsgeschäfte gemäss Art. 68 ZGB sind hingegen der Beschluss auf Leistung einer Entlohnung für die Tätigkeit als Verwalter (E. 3.6) und die Wahl eines Abwärts sowie der Beschluss auf Leistung einer Entlohnung für dessen Tätigkeit (E. 3.7), sodass der betreffende Stockwerkeigentümer an dieser Beschlussfassung nicht stimmberechtigt ist. Ist ein Stockwerkeigentümer vom Stimmrecht ausgeschlossen, so gilt dies auch dann, wenn er einen nicht vom Stimm-*

³⁹ S. zu diesem Entscheid auch JÖRG SCHMID, BR 2008, 73, Nr. 149.

recht ausgeschlossenen Stockwerkeigentümer vertritt (E. 3.8). Unter Verletzung von Art. 68 ZGB abgegebene Stimmen sind als ungültig zu betrachten und nicht zu zählen. Die Nichtteilnahme an einer Versammlung steht einer Berufung auf Art. 68 ZGB nicht entgegen (E. 3.9)."

- BGer, Urteil 4A_364/2007 vom 14. März 2008: Art. 732 ZGB. Stockwerkeigentum. Überlassung von Parkplätzen für 99 Jahre für einen einzigen Franken. Qualifikation des von den Parteien als "Mietvertrag" bezeichneten Vertrags als Dienstbarkeitsvertrag. Ungültigkeit des Vertrags. Ungültigkeit der vorgemerkten Miete. Fehlender Anspruch auf Eintragung einer Dienstbarkeit. (Zusammenfassung des Schreibenden)

Zu dieser "bien sombre histoire de PPE"⁴⁰ s. PAUL-HENRY STEINAUER, BR 2008, 173, Nr. 330.

- BGer, Urteil 5A_577/2008 vom 23. Oktober 2008: Art. 649b ZGB. Ausschluss aus der Stockwerkeigentümergeinschaft. (Zusammenfassung des Schreibenden)

Im Jahr 1985 begründete die Y. AG Stockwerkeigentum an einer Gewerbeliegenschaft. Derzeit hält die Y. AG 644/1000 der Wertquoten und X die restlichen 356/1000. X kam wiederholt seinen Beitragspflichten gegenüber der Stockwerkeigentümergeinschaft nicht nach. Zudem boykottierte er während Jahren systematisch die Stockwerkeigentümersammlungen. Mangels Beschlussfähigkeit (Art. 712p ZGB) wurde diese faktisch funktionsunfähig. Mit Klage vom 2. November 2005 verlangte die Y. AG die Ausschlussung von X aus der Stockwerkeigentümergeinschaft. Die Klage wurde vom Bezirksgericht Arbon und vom Kantonsgericht Thurgau gutgeheissen. X hatte mit seiner Beschwerde an das Bundesgericht keinen Erfolg.

Der Beschwerdeführer machte vor Bundesgericht eine Verletzung von Art. 649b Abs. 1 ZGB geltend. Nach dieser Bestimmung kann ein Stockwerkeigentümer "durch gerichtliches Urteil aus der Gemeinschaft ausgeschlossen werden, wenn durch sein Verhalten oder das Verhalten von

⁴⁰ So PAUL-HENRY STEINAUER an der sogleich im Text zitierten Stelle.

Personen, denen er den Gebrauch der Sache überlassen oder für die er einzustehen hat, Verpflichtungen gegenüber allen oder einzelnen Mitberechtigten so schwer verletzt werden, dass diesen die Fortsetzung der Gemeinschaft nicht zugemutet werden kann". Umfasst die Gemeinschaft wie im konkreten Fall nur zwei Miteigentümer, steht jedem das Klagerecht zu (Art. 649b Abs. 2 ZGB). Im konkreten Fall konnte von einer Verletzung des Art. 649b Abs. 1 ZGB nicht die Rede sein, hatte doch X "während Jahren nicht an den Stockwerkeigentümersversammlungen teilgenommen, die in seiner Abwesenheit gefassten Beschlüsse angefochten und auf diese Weise die Entscheidungsfähigkeit der Gemeinschaft lahmgelegt und diese damit in ihrer Existenz bedroht".⁴¹

- BGE 134 III 597: "Art. 542 OR; einfache Gesellschaft; Übertragung der Mitgliedschaft; Grundsatz der Akkreszenz. Sind alle Gesellschafter damit einverstanden, kann die Mitgliedschaft einer einfachen Gesellschaft durch Abtretung an einen Dritten übertragen werden. Bilden die Gesellschafter eine Stockwerkeigentümergeinschaft, darf die Mitgliedschaft der einfachen Gesellschaft unabhängig vom dinglichen Recht am Miteigentumsanteil übertragen werden (E. 3.3). Mit Einverständnis der verbleibenden Gesellschafter kann der ausscheidende Gesellschafter diesen seine Mitgliedschaft übertragen. Wird die einfache Gesellschaft fortgeführt, wachsen die Rechte des ausscheidenden Gesellschafters denjenigen der verbleibenden an (E. 3.4)."
- KGer VS, ZWR 2008, 157 ff.: "Zeitwohnrecht/Timesharing; Bestreitung von Beschlüssen der Versammlung der Stockwerkeigentümer. – Natur der Klage gegen die Beschlüsse der Stockwerkeigentümersversammlung; Zuständigkeit, Verfahren, Streitwert und Rechtsmittel (Art. 44 Abs. 1 und Art. 46 aOG; Art. 78 Abs. 1 Ziff. 21, Abs. 2 lit. a und Abs. 3 EGZGB; Art. 6, 22 Abs. 7, Art. 23 Abs. 2, Art. 289 Abs. 1 ZPO; E. 3). – Aktiv- und Passivlegitimation; Anfechtbarkeit und Nichtigkeit des Beschlusses; Art und Wirkung des diesen aufhebenden Urteils (Art. 99 Abs. 1 IPRG; Art. 75, 712m Abs. 2 ZGB; E. 4 und 5). – Natur und Organisation des Zeitwohnrechts; Folgen der Vereinigung sämtlicher

⁴¹ E. 2.5 des referierten Entscheids.

Wertquotenanteile eines Stockwerkeigentumsanteils an einen einzelnen Eigentümer (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB; Art. 523 Abs. 2, Art. 534 Abs. 1, Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 und 5 OR; Art. 10a Abs. 2 GBV; E. 6 und 7.3). – Vorgehensweise zur Beschlussfassung der Versammlung; Ausübung des Stimmrechts; Folgen des Wegfalls von Timesharing auf die Nutzung des Stockwerkeigentumsanteils (Art. 67 Abs. 2, Art. 647a bis 647e, Art. 648 Abs. 2, Art. 712c, 712d, 712g, 712m, 712o Abs. 1 und Art. 712p ZGB; E. 7). – Begriff der gemeinschaftlichen Kosten und Lasten; Natur der Kosten für den Unterhaltservice und die Leitung des Zeitwohnrechts. Überprüfung einer Bestimmung, hinsichtlich der konkreten Kostenfolgen, die dem Eigentümer aller Wertquotenanteile einer Stockwerkeigentumseinheit ermöglicht, aus dem Zeitwohnrecht auszuscheiden (Art. 6, 9, 14 BewG; Art. 11 Abs. 2 lit. a und f BewV; Art. 649, 712h ZGB; Art. 19, 20 OR; E. 8.1 bis 8.4 und 9.1). – Begriff und Tragweite des Aparthotels (Art. 10 BewG; Art. 7 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2 lit. g BewV; E. 9.2 und 9.3)."

- *KGer VS, ZWR 2008, 170 ff.: "Stockwerkeigentum: gemeinschaftliche Kosten und Lasten (Art. 712h ZGB). – Art. 712h ZGB, wonach die Stockwerkeigentümer die gemeinschaftlichen Kosten und Lasten nach Massgabe ihrer Wertquoten zu tragen haben, ist dispositiver Natur; er kann durch Reglement oder Beschluss und das Reglement seinerseits durch entsprechenden Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft abgeändert werden (E. 3). – Abänderung und Aufhebung eines Beschlusses der Stockwerkeigentümersammlung richtet sich nach Vereinsrecht (Art. 712m Abs. 2 ZGB); dieses erlaubt bei gehöriger Traktandierung (Art. 67 Abs. 3 ZGB) oder im Rahmen einer Universalversammlung (Art. 701 OR) eine Neuregelung der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten durch die Stockwerkeigentümergeinschaft mit Wirkung ex nunc (E. 4)."*

E. Beschränkte dingliche Rechte

1. Dienstbarkeiten und Grundlasten

a) Inhalt und Umfang der Dienstbarkeiten

- BGE 134 III 341: *"Dienstbarkeit. Eine vor dem Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuches zu Gunsten des Gemeinwesens (Stadt Zürich) begründete, den Betrieb eines unsittlichen Gewerbes auf dem belasteten Grundstück untersagende Gemeindeservitut entfaltet ihre Wirkung ungeachtet des Umstandes, dass der Gegenstand der Dienstbarkeit heute auch im öffentlichen Bau- und Planungsrecht geregelt ist (E. 2). Letzteres bedeutet namentlich nicht, dass das Gemeinwesen im Sinne von Art. 736 Abs. 1 ZGB alles Interesse an der Dienstbarkeit verloren hätte (E. 3). Der Begriff 'unsittliches Gewerbe' ist hinreichend bestimmt und lässt zu, dass ein Erotiksalon darunter subsumiert wird (E. 4)."*

X ist Eigentümerin einer Liegenschaft in Zürich. Zu Lasten dieser Liegenschaft und zu Gunsten der Stadt Zürich ist seit 1909 eine als "Quartierservitut" bezeichnete Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen, wonach u.a. kein "unsittliches Gewerbe" betrieben werden darf. Seit 1995 wird im ersten Stock und seit 1999 auch im zweiten Stock der Liegenschaft von einer Mieterin ein Sexsalon betrieben. In einem öffentlich-rechtlichen Baubewilligungsverfahren wurde festgestellt, dass das Bordell im ersten Stock zulässig, im zweiten Stock jedoch aufzuheben sei.

Im Jahr 2004 erhob die Stadt Zürich gestützt auf die Dienstbarkeit aus dem Jahre 1909 Klage gegen X vor dem Bezirksgericht Zürich und beantragte, der Beklagten sei zu verbieten, in ihrer Liegenschaft sexgewerbliche Dienstleistungen anzubieten oder zu dulden. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage und erhob Widerklage auf Löschung der Dienstbarkeit. Das Bezirksgericht hiess die Klage gut und wies die Widerklage ab. Das Obergericht Zürich bestätigte dieses Urteil.

Die Beklagte wandte sich mit Berufung an das Bundesgericht und machte namentlich – unter verschiedenen Titeln – geltend, das öffentliche Recht gehe der Dienstbarkeit vor; diese sei ungültig oder habe jedenfalls keine selbständige Bedeutung mehr. Das Bundesgericht hat sich dem nicht angeschlossen und die Berufung abgewiesen.

- BGer, Urteil 5A_171/2008 vom 13. Mai 2008: *Zulässigkeit einer Dienstbarkeit zwecks Beschränkung einer gewerblichen Tätigkeit. (Zusammenfassung des Schreibenden)*

Der Eigentümer eines Grundstücks (Y), auf dem die X. SA eine Tankstelle betrieb, schloss mit dieser einen auf Begründung einer Personaldienstbarkeit gerichteten Vertrag. Danach sollte der jeweilige Eigentümer des besagten Grundstücks verpflichtet sein, auf diesem keinen Handel mit Treibstoffen, Schmiermitteln oder ähnlichen Produkten zu betreiben. Das zuständige Grundbuchamt wies das Begehren um Eintragung der Dienstbarkeit ab. Eine Beschwerde beim Obergericht des Kantons Luzern blieb erfolglos. Das Obergericht wollte aus einem Zusatzvertrag zum Dienstbarkeitsvertrag ableiten, "dass die vertragliche Gesamtregelung auf eine reine Beschränkung der persönlichen Handlungsfreiheit des Eigentümers des fraglichen Grundstücks bezüglich der Wahl seiner Lieferanten abziele, nicht aber auf eine Einschränkung der Grundstücksnutzung, was als Inhalt einer Dienstbarkeit unzulässig sei".⁴² Gegen diesen Entscheid hat die X. SA Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht eingereicht. Dieses stellte fest, dass die Zusatzvereinbarung nur obligatorische Wirkung zeitige und die dingliche Vereinbarung ohne die obligatorische zu würdigen sei. Da das Verbot, auf dem belasteten Grundstück mit Treibstoffen, Schmiermitteln und dgl. zu handeln, sehr wohl Gegenstand einer Dienstbarkeit sein kann, war die Beschwerde gutzuheissen.

Bemerkungen: Zugunsten der X. SA bestand bis Ende 2007 eine Dienstbarkeit des Inhalts, auf dem Grundstück des Y eine Tankstelle betreiben zu dürfen. Die neue Dienstbarkeit gewährte der X. SA kein solches Recht mehr, doch war die X. SA obligatorisch zum Betrieb einer Tankstelle berechtigt. Die mit Y zusätzlich vereinbarte Dienstbarkeit sollte ihr den alleinigen Tankstellenbetrieb sichern. Daher ging das Obergericht Luzern davon aus, die vertragliche Gesamtvereinbarung laufe auf eine reine Beschränkung der persönlichen Handlungsfreiheit von Y hinaus, was als Inhalt einer Dienstbarkeit unzulässig sei. Aus der gleichen Überlegung hat auch JÖRG SCHMID⁴³ Bedenken, dem Urteil zu folgen. M.E. sind die Bedenken gerechtfertigt: Die X. SA hat durch die "Gesamtvereinbarung" zu Lasten des Y letzten Endes ein dinglich wirkendes Konkurrenzverbot

⁴² BGer, Urteil 5A_171/2008, E. 2 a.E.

⁴³ JÖRG SCHMID, BR 2008, 174 (Urteilsanmerkung).

erwirkt und damit das Gesetz umgangen. Hätten die Parteien die alte Tankstellenservitut erneuert und gleichzeitig die in Frage stehende Verbotsdienstbarkeit begründet, so wäre offensichtlich gewesen, dass es den Parteien letzten Endes um ein dingliches Konkurrenzverbot ging. Die Wahl eines obligatorischen Zusatzgeschäftes hatte wohl nur den Zweck, den Grundbuchverwalter davon abzuhalten, die Anmeldung abzuweisen, dies in der Hoffnung, der Verwalter werde sich an die im referierten Bundesgerichtsurteil bestätigte Rechtsprechung halten.

- *BGer, Urteil 5A_253/2008 vom 22. August 2008: Art. 738 ZGB. Auslegung einer Dienstbarkeit. Umfang eines Wegrechts. Recht des Dienstbarkeitsberechtigten, auf dem belasteten Grundstück bauliche Massnahmen zu treffen (Art. 737 Abs. 1 ZGB). (Zusammenfassung des Schreibenden)*
- *OGer LU, ZBJV 2008, 886 ff.: Art. 738 ZGB. Auslegung einer Dienstbarkeit, wonach eine allfällige Baute auf dem belasteten Grundstück nicht mehr als zwei Stockwerke aufweisen darf. Streit darüber, ob das erste Untergeschoss als Geschoss im Sinne der Dienstbarkeit gilt. Frage verneint. (Zusammenfassung des Schreibenden)*
- *BGer, Urteil 5A_212/2008 vom 18. September 2008: Nach Art. 737 Abs. 1 ZGB ist der Dienstbarkeitsberechtigte befugt, auf dem dienenden Grundstück den tatsächlichen Zustand herzustellen, aufrechtzuerhalten oder wiederherzustellen, welcher die ungehinderte Ausübung der Dienstbarkeit ermöglicht. Dabei ist er nicht gehalten, zur Durchsetzung seines Anspruchs den Rechtsweg einzuschlagen. (Zusammenfassung des Schreibenden)*

Sachverhalt und Erwägungen: X beabsichtigte, im Jahre 2003 das Grundstück Nr. 1 in Zermatt zu überbauen. Zu diesem Zweck schloss er mit der Stockwerkeigentümergeinschaft Haus Y im Frühjahr 2003 eine Vereinbarung über die entgeltliche Einräumung einer Baustrasse bis zum 30. November 2003 auf deren Grundstück Nr. 2. Östlich angrenzend an dieses Grundstück befindet sich Grundstück Nr. 3, das im Eigentum des A steht. Zu Gunsten dieses Grundstücks (Nr. 3) und zu Lasten der Parzelle Nr. 2

besteht ein Durchgangs- und Durchfahrtsrecht in einer Breite von drei Metern. X verpflichtete sich gegenüber der Stockwerkeigentümergeinschaft Haus Y, die von der Baustrasse beanspruchte Fläche bis zum 1. Dezember 2003 wieder in den ursprünglichen Zustand zurückzusetzen. Für den Fall nicht rechtzeitiger Erfüllung war eine Konventionalstrafe von Fr. 5'000.- pro Monat vereinbart.

X stellte den ursprünglichen Zustand nicht wieder her. Er begründete dies damit, dass A sich dem Rückbau unter Berufung auf sein Durchgangs- und Durchfahrtsrecht widersetze. An das Rückbauverbot habe er, X, sich zu halten, da A nach Art. 737 Abs. 1 ZGB berechtigt sei, die bestehende Baustrasse beizubehalten und dieses Recht ihm gegenüber durchsetzen könne, ohne den Rechtsweg einzuschlagen. Die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes sei ihm unter diesen Umständen unmöglich. Jedenfalls sei sie widerrechtlich. Die Konventionalstrafe könne daher nicht gefordert werden.

Die Stockwerkeigentümergeinschaft Haus Y hielt jedoch am Anspruch auf Rückbau fest und verlangte in regelmässigen Abständen die fälligen Konventionalstrafen. Schliesslich klagte sie am 2. Oktober 2006 gegen X auf Zahlung von Fr. 170'000.- nebst Zins als Konventionalstrafe, Schadenersatz und Minderwert. Die Klage wurde vom Kantonsgericht Wallis gutgeheissen. X gelangte hierauf mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Dieses wies die Beschwerde ab, im Wesentlichen mit folgender Begründung (Erwägung 6.2):

"Nach Art. 737 Abs. 1 ZGB ist der Berechtigte befugt, alles zu tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit nötig ist. Diese Bestimmung gestattet dem Berechtigten, auf dem dienenden Grundstück den tatsächlichen Zustand herzustellen, aufrechtzuerhalten oder wiederherzustellen, welcher die ungehinderte Ausübung der Dienstbarkeit ermöglicht. Der Servitutsberechtigte, der die geschilderten Handlungen zur Erhaltung der Dienstbarkeit unternimmt, ist nicht gezwungen, den Rechtsweg einzuschlagen, sondern darf kraft seiner Stellung als (beschränkt) dinglich Berechtigter vorgehen (BGE 115 IV 26 E. 3a S. 30 mit Hinweis). Diese Befugnisse betreffen indessen nicht das vertragliche Verhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin. Der Beschwerdeführer hat sich zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes verpflichtet und kann sich nicht mit dem Hinweis auf allfällige Befugnisse des

Dienstbarkeitsberechtigten seinen vertraglichen Verpflichtungen entziehen. Selbst wenn das Verbot des Dienstbarkeitsberechtigten einem Rückbau entgegenstünde, würde die Leistungspflicht des Beschwerdeführers nicht einfach erlöschen. Es wäre bloss eine Voraussetzung für die Leistungserbringung nicht gegeben. Unter diesen Umständen hätte der Beschwerdeführer die geschuldete Leistung anbieten und die Gläubigerin darauf hinweisen können, dass die von ihr zu schaffende Voraussetzung für die Erbringung der Leistung nicht gegeben sei. Dadurch hätte er die Beschwerdegegnerin in Annahmeverzug gesetzt, womit diese keine Konventionalstrafe wegen Verspätung hätte verlangen und der Beschwerdeführer nach Art. 95 OR hätte vorgehen können. Dass der Beschwerdeführer die Vornahme der Leistung angeboten hätte, ist dem angefochtenen Entscheid nicht zu entnehmen. Vielmehr hat der Beschwerdeführer die Leistung verweigert, und die Beschwerdegegnerin an den Dienstbarkeitsberechtigten verwiesen."

Bemerkungen: 1. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung verschafft Art. 737 Abs. 1 ZGB dem Berechtigten ein Selbsthilferecht, freilich immer nur im Rahmen seiner Dienstbarkeitsberechtigung (BGE 115 IV 26 E. 3a). Nach dieser Rechtsprechung ist ein Wegberechtigter beispielsweise befugt, den Weg so zu unterhalten, dass dieser den Zweck des Wegrechts zu erfüllen vermag. Vorliegend verschaffte die Dienstbarkeit dem daraus Berechtigten, also dem Eigentümer der Parzelle Nr. 3 (seinerzeit A) nicht das Recht, die Baustrasse beizubehalten. Dies nur schon deshalb, weil das fragliche Wegrecht nicht in entsprechender Weise lokalisiert war und daher nur nach Absprache mit den Eigentümern des belasteten Grundstücks konkretisiert werden durfte (vgl. Art. 737 Abs. 2 ZGB), dann aber auch wegen Art. 742 ZGB, also deshalb, weil ein Wegrechtsbelasteter befugt ist, bei entsprechendem Interesse eine Verlegung der Dienstbarkeit auf eigene Kosten zu verlangen.

2. Obiter äussert sich das Bundesgericht auch zum Fall, dass A tatsächlich berechtigt gewesen wäre, die Baustrasse beizubehalten bzw. den Rückbau zu verhindern, und gegenüber dem Beschwerdeführer (X) auf diesem Recht beharrt hätte. Es nimmt an, der Beschwerdeführer hätte diesfalls den Rückbau anbieten und die Beschwerdegegnerin (Stockwerkeigentümergeinschaft Haus Y) darauf hinweisen müssen, dass die von ihr zu schaffenden Voraussetzungen für die Erbringung der Leistung nicht gegeben seien. Dadurch hätte er – so das Bundesgericht – die Beschwerdegeg-

nerin in Annahmeverzug (genauer: Mitwirkungsverzug) gesetzt, womit der Beschwerdeführer nach Art. 95 OR hätte vorgehen können. Diesfalls wäre auch keine Konventionalstrafe geschuldet gewesen.

3. Eine übermässig hohe Konventionalstrafe hat der Richter nach seinem Ermessen herabzusetzen (Art. 163 Abs. 3 OR). Im konkreten Fall wurde eine Herabsetzung abgelehnt.

- *VGer LU, BN 2008, 313 f.: Art. 680 Abs. 2 ZGB. Der Vertrag über die Errichtung einer Dienstbarkeit bedarf – entgegen der Regel (Art. 732 ZGB) – der öffentlichen Beurkundung, wenn die Aufhebung oder Abänderung einer gesetzlichen Eigentumsbeschränkung Gegenstand der Dienstbarkeit ist. Ein gerichtlich genehmigter Vergleich ersetzt das Beurkundungserfordernis. (Zusammenfassung des Schreibenden)*

In casu vereinbarten die Parteien eines Baubewilligungsverfahrens ein Grenzbaurecht. Die Vereinbarung wurde gerichtlich genehmigt und genügte daher als Rechtsgrundaussweis für die Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuch.

- *BGer, Urteil 5A_236/2008 vom 25. September 2008: Art. 738 ZGB; Auslegung einer Dienstbarkeit: Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Grundbucheintrag deutlich ergeben, ist dieser massgebend.*

S. zu diesem Entscheid unten S. 47 f.

- *KGer FR, FZR 2008, 49: Art. 738 und 968 ZGB. Grundbucheintrag als Voraussetzung für die Entstehung einer Grunddienstbarkeit. (Zusammenfassung des Schreibenden)*

Grunddienstbarkeiten sind auf den Grundbuchblättern beider beteiligten Liegenschaften einzutragen (Art. 968 ZGB, Art. 35 Abs. 1 GBV), doch ist nur der Grundbucheintrag auf dem belasteten Grundstück konstitutiv. Im konkreten Fall fand sich auf dem Blatt des belasteten Grundstücks der Hinweis "chemins selon plan". Dazu führte das Gericht aus: "Les 'chemins selon plan' inscrits au registre foncier sont valables chaque fois que, comp-

te tenu des circonstances du cas, le tracé du chemin sur le plan permet de définir quels sont les fonds bénéficiant de la servitude."⁴⁴

b) Sonstige Fragen aus dem Dienstbarkeitsrecht

- BGer, 5A_136/2008 vom 25. September 2008: *Löschung einer Dienstbarkeit, weil der Vertreter des Dienstbarkeitsbelasteten keine für den Abschluss des Dienstbarkeitsvertrags ausreichende Vollmacht hatte. (Zusammenfassung des Schreibenden)*

Zugunsten des Grundstücks von X und zu Lasten des Grundstücks von Z bestand eine Dienstbarkeit. Gegenstand der Dienstbarkeit bildeten u.a. acht Bäume, mit denen die Sicht vom Haus des X auf das Grundstück des Z abgedeckt werden sollte. In der Folge veräusserte Z sein Grundstück an die V. AG. Diese liess darauf eine Überbauung mit mehreren Eigentumswohnungen erstellen. Beim Verkauf der Wohnungen wurde folgende Vollmacht zugunsten der V. AG in die Kaufverträge aufgenommen:

"Die Käuferschaft bevollmächtigt die Verkäuferin [V. AG], befristet bis ein Jahr nach der Eigentumsübertragung, bei den Kaufobjekten und den Gemeinschaftsparzellen bestehende Anmerkungen und Dienstbarkeiten zu löschen, zu ändern oder weitere zu begründen, soweit sich dies für die Überbauung aufgrund gesetzlicher Bestimmungen (Baubewilligung) oder rechtlicher Absicherung als notwendig erweist."

Am 14. Februar 2002 schloss X mit der V. AG als Vertreterin der Stockwerkeigentümergeinschaft einen neuen Dienstbarkeitsvertrag, welcher inhaltlich weitgehend dem alten entsprach. In der Folge wurde die bestehende Dienstbarkeit gelöscht und die neue Dienstbarkeit (im Folgenden: Dienstbarkeit 2002) eingetragen. Im Jahre 2003 liess eine Stockwerkeigentümerin einen Teil der von der Dienstbarkeit erfassten Bäume entfernen. Hierauf verlangte X von der Stockwerkeigentümergeinschaft auf dem Klagewege die Wiederanpflanzung. Die Beklagte trug auf Abweisung der Klage an und verlangte mit Widerklage, es sei die Nichtigkeit der Dienstbarkeit 2002 festzustellen und das Grundbuchamt anzuweisen, den ungerechtfertigten Eintrag zu löschen. Die Zürcher Gerichte wiesen die

⁴⁴ KGer FR, FZR 2008, 49.

Klage ab und hiessen die Widerklage gut. Das Bundesgericht hat bestätigt. Es ging davon aus, die oben erwähnte Vollmacht habe der V. AG kein Recht gegeben, zu Lasten der Stockwerkeigentümergeinschaft die Dienstbarkeit 2002 zu begründen. Eine gültige Dienstbarkeit war daher nicht entstanden, der Grundbucheintrag demzufolge zu löschen.

- *BGer, Urteil 5A_236/2008 vom 25. September 2008: Art. 743 Abs. 1 und 2 ZGB; Art. 736 Abs. 1 ZGB. Teilung eines Grundstücks, zu dessen Gunsten ein Fuss- und Fahrwegrecht besteht; Fortbestand der Dienstbarkeit zugunsten aller Teile, da sie sich nicht auf einen bestimmten Teil beschränkt. Kein Interesseverlust i.S.v. Art. 736 Abs. 1 ZGB. (Zusammenfassung des Schreibenden)*

Im Folgenden interessiert der Entscheid nur hinsichtlich Art. 736 Abs. 1 ZGB: Zugunsten einer Liegenschaft des A und zu Lasten einer Liegenschaft des B ist ein "unbeschränktes Fuss- und Fahrwegrecht" im Grundbuch eingetragen. B verlangte die Löschung der Dienstbarkeit mit der Behauptung, diese habe für das berechnigte Grundstück alles Interesse i.S.v. Art. 736 Abs. 1 ZGB verloren. Er machte geltend, das Wegrecht sei zwecks Sicherung der Zufahrt von der Strasse S zum hinteren Teil der berechtigten Liegenschaft begründet worden. Dieser Zweck sei dahingefallen, die Dienstbarkeit daher zufolge Interessenverlusts zu löschen. Das Bundesgericht stellte demgegenüber fest, der Grundbucheintrag ("unbeschränktes Fuss- und Fahrwegrecht") enthalte nichts, was darauf schliessen liesse, dass mit der Dienstbarkeit nur der hintere Teil der Liegenschaft des A hätte erschlossen werden sollen. Das Argument des B stiess daher von vornherein ins Leere. Denn nach Art. 738 ZGB kommt es für die Bestimmung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit allein auf den Wortlaut des Grundbucheintrags an, soweit dieser – wie in casu – eindeutig ist; der Erwerbsgrund bleibt in solchen Fällen unbeachtlich.⁴⁵ In casu hätte dem B zudem auch ein Zurückgreifen auf den Erwerbsgrund nichts genutzt, denn eine räumliche Beschränkung der Dienstbarkeit in dem von B geltend gemachten Sinne ergab sich daraus nicht.

⁴⁵ Eine ähnliche Problematik stellte sich im Bundesgerichtsurteil 5C.13/2007 vom 2. August 2007. S. dazu das Jahrbuch Sachenrecht 2007, 67 ff.

Bemerkung: Der Erwerbsgrund bleibt nur dann unbeachtlich, wenn sich nicht mehr die ursprünglichen Parteien des Dienstbarkeitsvertrages gegenüberstehen (s. z.B. BGE 132 III 651 E. 8).⁴⁶

- *BGer, Urteil 5A_699/2008 vom 5. Dezember 2008: Übertragung einer Personaldienstbarkeit (Kiesausbeutungsrecht). Auswirkung auf die Rechtsstellung eines Dritten, der an der belasteten Liegenschaft obligatorisch berechtigt ist (Art. 924 Abs. 3 ZGB). (Zusammenfassung des Schreibenden)*

S. zu diesem Entscheid oben S. 15 ff.

c) *Grundlasten*

Keine Entscheide im Berichtsjahr.

2. Pfandrechte

a) *Fahrnispfand*

Keine Entscheide im Berichtsjahr.

b) *Grundpfandverschreibung (ohne Bauhandwerkerpfandrecht)*

Keine Entscheide im Berichtsjahr.

⁴⁶ Aus der Lehre s. z.B. KOLLER, Jahrbuch Sachenrecht 2006, 35 f. m.w.Nw. und Präzisierungen.

c) Bauhandwerkerpfandrecht

- BGE 134 III 147: "Entschädigung für Bau auf fremdem Boden (Art. 672 Abs. 1 ZGB); gesetzliches Grundpfandrecht. Zur Sicherung der Entschädigung gemäss Art. 672 Abs. 1 ZGB steht dem Anspruchsberechtigten, der mit dem Einverständnis des Grundeigentümers und im Vertrauen darauf gebaut hat, er werde das Grundstück erwerben können, ein – dem Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) analoges – gesetzliches Pfandrecht zu (E. 4)."

Sachverhalt und Erwägungen: E, Inhaber eines Baugeschäfts, verrichtete im Sommer 2002 Bauarbeiten auf einem Grundstück, das damals im Eigentum der G. AG stand, das E jedoch zu erwerben gedachte. Im Jahre 2003 verkaufte die G. AG das Grundstück der F. AG. Diese wurde im Rahmen eines von E angestrebten Prozesses gestützt auf Art. 672 Abs. 1 ZGB erstinstanzlich verpflichtet, dem E Fr. 460'000.- zu bezahlen. Der von E gestellte Antrag auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts wurde abgelehnt. Der Entscheid wurde vom Obergericht des Kantons Bern im Wesentlichen bestätigt. Das Bundesgericht, das von E mit Beschwerde in Zivilsachen angerufen wurde, hiess das Begehren um definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts in analoger Anwendung von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB gut.

Für das Bundesgericht war entscheidend, dass die G. AG mit den von E vorgenommenen Bauarbeiten einverstanden war und dass "bis zum Baustopp Mitte Oktober 2002 auf beiden Seiten darauf vertraut worden [war], dass die Übertragung des Grundstücks auf den Beschwerdeführer [E] zustande kommen werde". Angesichts dieser beiden Umstände rechtfertigte sich die analoge Heranziehung von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB.⁴⁷

Bemerkungen: 1. *Zum Anspruch aus Art. 672 Abs. 1 ZGB:* Der aus Art. 672 Abs. 1 ZGB abgeleitete Anspruch richtet sich gegen den Grundeigentümer im Zeitpunkt, in dem der Einbau erfolgt. Bei Veräusserung des Grundstücks geht die Schuld nicht auf den Erwerber über.⁴⁸ Es handelt sich also nicht um eine Realobligation. Im konkreten Fall war die F. AG nur deshalb passivlegitimiert, weil das Bundesgericht davon aus-

⁴⁷ BGE 134 III 147, E. 4.3, erster Absatz.

⁴⁸ REY, Basler Kommentar, N 7 zu Art. 672 ZGB.

ging, zwischen ihr und der G. AG bestehe wirtschaftliche Identität ("Durchgriff").⁴⁹

2. Zum *Bauhandwerkerpfandrecht*: a) Die *unmittelbare* Anwendung von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB setzt nach Auffassung des Bundesgerichts einen vertraglichen Anspruch, insbesondere aus Werkvertrag, voraus. A.A. ist SCHUMACHER⁵⁰. Seines Erachtens erfasst die Bestimmung – im unmittelbaren Anwendungsbereich – Forderungen mit beliebigem Entstehungsgrund, "sofern alle (einschränkenden) positiven und negativen Voraussetzungen des Gesetzes (Art. 837 ff. ZGB) erfüllt sind".⁵¹ Diese Auffassung ist mit dem Gesetzeswortlaut nicht zu vereinbaren, insbesondere nicht mit jenem von Art. 839 Abs. 1 ZGB. Denn hier ist davon die Rede, dass das Pfandrecht der Handwerker und Unternehmer von dem Zeitpunkte an eingetragen werden kann, "da sie sich zur *Arbeitsleistung verpflichtet haben*".

b) Auf nicht vertragliche Ansprüche kommt daher Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB höchstens analog zur Anwendung. Ob sich die Analogie bei Ansprüchen aus Art. 672 ZGB rechtfertigt, ist umstritten. Die Lehre hat sich überwiegend ablehnend geäußert.⁵² Das Bundesgericht hat in BGE 95 II 221 offen gelassen, ob sich die Analogie *generell* rechtfertigt, im konkreten Fall die Analogie jedoch bejaht. Im referierten Entscheid wurde gleich verfahren, die Analogie also wiederum nur für den konkreten Fall bejaht. M.E. ist die Analogie generell zu bejahen. Ob der Grundeigentümer mit den Bauarbeiten einverstanden war oder nicht, spielt aus meiner Sicht – entgegen BGE 134 III 147 – keine Rolle.

c) Wenn der Mieter eines Grundstücks Bauarbeiten vergibt, so fallen die gegen ihn gerichteten Ansprüche bei wörtlicher Interpretation nicht in den Anwendungsbereich von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Eine unmittelbare Anwendung der Bestimmung scheidet daher aus. Hingegen rechtfertigt sich eine analoge Anwendung, falls der Eigentümer des Grundstücks, auf dem die Bauarbeiten ausgeführt wurden, mit dem Mieterbau

⁴⁹ Nicht amtlich publizierte E. 5 des referierten Entscheids (= BGer, Urteil 5A_160/2007 / 5A_161/2007 vom 6. Dezember 2007).

⁵⁰ SCHUMACHER, BR 2008, 79 f. (Anmerkung 4).

⁵¹ SCHUMACHER, BR 2008, 79 rechte Spalte unten/80 oben.

⁵² Nachweise im referierten Entscheid, E. 4.1.

einverstanden war. Das entspricht der – in BGE 134 III 147 E. 4.2 bestätigten – Rechtsprechung, die gemäss dem Willen des Bundesrates kodifiziert werden soll.⁵³ In BGE 95 II 221 hatte zwar der Grundeigentümer sein Einverständnis mit dem Mieterbau nicht gegeben, doch stand dem Unternehmer nach Ansicht des Bundesgerichts gegen den Grundeigentümer ein Anspruch aus Art. 672 ZGB zu.⁵⁴ Dieser Anspruch, nicht derjenige gegen den Mieter, war pfandberechtigt.

- *BGer, Urteil 5A_227/2007 vom 11. Januar 2008: Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB; Art. 648 Abs. 3 ZGB. Provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 961 ZGB). Recht und Obliegenheit, ins Grundbuch Einsicht zu nehmen. (Zusammenfassung des Schreibenden)*

Ein Unternehmer, der zu Lasten einer bestimmten Liegenschaft ein Bauhandwerkerpfandrecht begründen wollte, ersuchte das zuständige Grundbuchamt um einen Grundbuchauszug. Ein solcher wurde ihm nicht ausgestellt, da eine Grundbucheintragung hängig ("en suspens") sei. Hängig war – durch entsprechenden Tagebucheintrag – die Eintragung von Stockwerkeigentum und offenbar auch die Begründung von Pfandrechten zu Lasten einzelner Stockwerkeinheiten (vgl. E. 2.2. Abs. 2: "inscription provisoire gage immobilier"). In der Folge verlangte der Unternehmer vom Instruktionsrichter des Kantonsgerichts Waadt die provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu Lasten der fraglichen Liegenschaft. Die Eintragung wurde mit Rücksicht auf Art. 648 Abs. 3⁵⁵ und 972 Abs. 2 ZGB⁵⁶ abgelehnt. In der Folge verlangte der Unternehmer die provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu Lasten der Stockwerks-

⁵³ BBl 2007, 5320; KOLLER, Jahrbuch Sachenrecht 2007, 15.

⁵⁴ M.E. bestand ein solcher Anspruch nicht (KOLLER, OR AT, § 32 Rn 2 f.), damit auch kein Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht.

⁵⁵ Nach Art. 648 Abs. 3 ZGB können die Miteigentümer einer Liegenschaft diese nicht mehr mit einem Grundpfandrecht belasten, wenn ein solches Recht bereits an einem Miteigentumsanteil begründet ist. Analog gilt die Bestimmung auch für die Begründung von Bauhandwerkerpfandrechten. Die Bestimmung gilt auch für das Stockwerkeigentum als qualifiziertes Miteigentum.

⁵⁶ Dingliche Rechte entstehen zwar erst durch den Eintrag im Hauptbuch (Art. 972 Abs. 1 ZGB), doch wird ihre Wirkung auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch zurückbezogen (Art. 972 Abs. 2 ZGB).

einheiten. Auch diese Eintragung wurde abgelehnt, weil bei Einreichung des Begehrens die Dreimonatsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB bereits abgelaufen war. Das Kantonsgericht Waadt hat den Entscheid des Instruktionsrichters auf Beschwerde des Unternehmers hin bestätigt. Hierauf gelangte dieser mit dem zweiten Begehren (Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu Lasten der Stockwerkseinheiten) ans Bundesgericht. Er machte geltend, das an sich verspätete Begehren müsse als rechtzeitig behandelt werden, weil ihm der Grundbuchverwalter seinerzeit von der hängigen Stockwerkeigentumsbegründung keine Kenntnis gegeben habe. Das Bundesgericht verwarf diesen Standpunkt mit der Begründung, der Beschwerdeführer hätte das Recht (Art. 970 ZGB) und die Obliegenheit gehabt, sich über den Inhalt des hängigen Grundbuchgeschäfts zu erkundigen. Es sei daher zu halten, wie wenn er von der (Tagebuch-)Eintragung des Stockwerkeigentums Kenntnis gehabt hätte (Art. 970 Abs. 4 ZGB).⁵⁷

- *KGer SG, GVP SG 2007, 161 ff. = BN 2008, 321: An einem Grundstück, welches Verwaltungsvermögen bildet (in casu: der Schweizerischen Post), kann kein Bauhandwerkerpfandrecht begründet werden. (Zusammenfassung des Schreibenden)*

S. zu diesem Entscheid SCHUMACHER, BR 2008, 176 f.

d) Schuldbrief

- *BGE 134 III 71: "Art. 82 Abs. 1 SchKG; Schuldbrief als provisorischer Rechtsöffnungstitel. In der Betreibung auf Grundpfandverwertung ist der Schuldbrief Rechtsöffnungstitel für das Grundpfandrecht und auch für die Grundpfandforderung, soweit der betriebene Schuldner im Titel aufgeführt ist (E. 3)."*

S. zu diesem Entscheid die – teils kritischen – Anmerkungen von PETER REETZ, BR 2008, 81 f.

⁵⁷ S. zu diesem Entscheid SCHUMACHER, BR 2008, 76 ff. Nr. 155.

- *Bundesverwaltungsgericht, Urteil B-3318/2007 vom 6. März 2008: Ein Schuldbrief geht nur mit der Löschung des Grundbucheintrags sowie mit dem vollständigen Untergang des Grundstückes unter (Art. 801 Abs. 1 ZGB). Eine versehentliche Beschädigung des Pfandtitels führt nicht zum Untergang des Pfandrechts. In diesem Fall hat der Grundbuchverwalter von Amtes wegen einen neuen Pfandtitel auszustellen (Art. 64 Abs. 3 GBV). (Zusammenfassung des Schreibenden)*

Bemerkung: Der Entscheid ist nur ganz am Rande von sachenrechtlicher Relevanz.

F. Prozessuale Fragen; Einzelprobleme

- *BGE 134 III 16: "Gerichtsstand am Ort des Grundbuchs; Art. 19 Abs. 1 lit. c GestG: 'andere Klagen, die sich auf das Grundstück beziehen'. Art. 19 Abs. 1 lit. c GestG begründet den Gerichtsstand am Ort des Grundbuchs für Vertragsklagen nur, wenn sie einen dinglichen Bezug aufweisen; ein solcher ist insbesondere gegeben, wenn der Entscheid über den strittigen Anspruch zu einer Grundbuchänderung führen kann (E. 2 und 3)."*

X, der im Kanton Schwyz wohnt, ist Eigentümer einer Liegenschaft im bündnerischen C. Im Jahre 2005 betraute er den Architekten Y mit der Sanierung des sich auf der Liegenschaft befindlichen Altbaus. Die Schlussrechnung des Architekten blieb unbezahlt, worauf dieser seine behauptete Forderung beim Bezirksgericht Albula einklagte. Dieses bejahte seine Zuständigkeit gestützt auf Art. 19 Abs. 1 lit. c GestG. Zu Recht, befand das Kantonsgericht GR. Das Bundesgericht war anderer Meinung. Zuständig waren somit die Gerichte am Wohnsitz des Beklagten, also diejenigen des Kantons SZ.

- *BGer, Urteil 5A_23/2008 vom 3. Oktober 2008: Nachbarrechtliche Streitigkeiten aus Art. 684 ZGB i.V.m. Art. 679 ZGB sind vermögensrechtlicher Natur i.S.v. Art. 74 BGG. Es gilt somit im Grundsatz die Streitwertgrenze von Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG. Dasselbe gilt für Streitigkeiten, welche die Ausübung einer Dienstbarkeit betreffen. Das Bundesgericht ermittelt den Streitwert nicht von Amtes wegen. Liegen ihm*

keine hinreichenden Anhaltspunkte zur Streitwertberechnung vor, ist davon auszugehen, dass die Streitwertgrenze nicht erreicht ist. (Zusammenfassung des Schreibenden)

- BGer, Urteil 5A_222/2007 vom 4. Februar 2008: *Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Stockwerkeigentum sind grundsätzlich als solche vermögensrechtlicher Natur aufzufassen. Die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht ist daher grundsätzlich nur zulässig, wenn der Streitwert mindestens Fr. 30'000.- beträgt. Vor Bundesgericht nicht mehr streitige Rechtsbegehren sind nur dann zum Streitwert hinzuzurechnen, wenn sie mit den noch streitigen Rechtsbegehren zusammenhängen. (Zusammenfassung des Schreibenden)*

In casu war vor Bundesgericht streitig, ob eine Stockwerkeigentümergemeinschaft rechtswirksam die Umgestaltung eines Sitzplatzes beschlossen hatte. Der Streitwert war nicht erreicht, die zivilrechtliche Beschwerde daher mangels grundsätzlicher Bedeutung der zu behandelnden Rechtsfrage nicht zulässig. Einzutreten war hingegen auf die in der gleichen Rechtschrift erhobene Verfassungsbeschwerde.

S. zu diesem Entscheid bereits oben S. 35 f.

- BGer, Urteil 5A_171/2008 vom 13. Mai 2008: *Auch öffentlich-rechtliche Entscheide, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zivilrecht stehen, können mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden, so u.a. Entscheide über die Führung des Grundbuchs (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 BGG). (Zusammenfassung des Schreibenden)*

S. zu diesem Entscheid bereits oben S. 41 f. S. auch den Entscheid 5A_614/2008 vom 26. November 2008, dazu oben S. 21 ff.

IV. Literatur

A. Gesamtdarstellungen und Grundlagenwerke

- BAUMANN MAX: *Sachenrecht* (Zürich/St. Gallen 2008).

Beim angezeigten Werk handelt es sich um ein Kurzlehrbuch, das der Autor für den Bachelor-Abschluss im Rahmen der universitären Fernstudien Schweiz konzipiert hat.

B. Besitz und Besitzesrecht

- ERNST WOLFGANG: *Neues Sachenrecht für Kulturgüter, recht 2008, 2 ff.*

S. dazu unten S. 66 f.

C. Grundbuch und Grundbuchrecht

- FASEL URS: *Grundbuchverordnung (GBV): Kommentar zur Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch* (Basel 2008).

Beim angezeigten Werk handelt es sich um den einzigen Kommentar der Grundbuchverordnung in deutscher Sprache. Das Werk füllt daher eine grosse Lücke, mag es auch "an verschiedenen Stellen Unebenheiten auf[weisen]"⁵⁸.

- FASEL URS: *Der Grundbuchverwalter als Hüter des Grundbuchs – ein moderner Odysseus!*, ZBGR 2008, 321 ff.

FASEL befasst sich mit der s.E. zu engen Kognition des Grundbuchverwalters sowie mit dessen Verhältnis zu richterlichen und Handelsregisterbehörden.

- REETZ PETER/SYKORA DANIEL: *Unzulässigkeit der vorläufigen Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes durch den Einzelrichter im summarischen Verfahren*, Jusletter 30. Juni 2008.

⁵⁸ So die eigene Feststellung von FASEL im Vorwort auf S. VI.

Ein Grundstückverkäufer hatte den Einzelrichter des Bezirks Affoltern um die vorläufige Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) ersucht. Der Einzelrichter wies das Begehren ab, sinngemäss mit der Begründung, der Verkäufer eines Grundstücks sei auch ohne Zustimmung des Käufers berechtigt, ein Verkäuferpfandrecht unter Vorlage des öffentlich beurkundeten Kaufvertrages beim Grundbuchamt anzumelden. Der Rechtsweg sei daher weder nötig noch – mangels Rechtsschutzinteresses – zulässig.⁵⁹

Die beiden Autoren, welche offenbar die Käuferschaft anwaltlich vertreten hatten, begrüssen den Entscheid mit der Einschränkung, dass der Einzelrichter "richtigerweise auf die Klage gar nicht hätte eintreten dürfen"⁶⁰, sie also durch Nichteintreten statt Abweisung hätte erledigen müssen. Im Übrigen weisen sie darauf hin, dass "ein genügendes Rechtsschutzinteresse an einer gerichtlichen Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes allein in demjenigen (wohl sehr seltenen) Fall auszumachen [ist], in dem sich das Grundbuchamt (zu Unrecht) weigert, ein Verkäuferpfandrecht im Grundbuch einzutragen, wobei diesfalls vorsorglich auch der entsprechende Entscheid des Grundbuchamtes anzufechten wäre".⁶¹

Anders liegen die Verhältnisse beim Bauhandwerkerpfandrecht: S. Art. 22 Abs. 4 GBV und den von REETZ/SYKORA besprochenen Entscheid.

– RÉTORNAZ VALENTIN: *L'action en rectification du registre foncier*, in: François Bohnet (Hrsg.): *Quelques actions en annulation* (Neuenburg 2007), 85 ff.

Der Autor grenzt in einem ersten Teil die Grundbuchberichtigungsklage (Art. 975 Abs. 1 ZGB) von verwandten Instituten ab, etwa der Grundbuchänderung gestützt auf einseitiges Begehren (Art. 963 Abs. 1 ZGB) oder der Löschung gemäss Art. 976 ZGB. In einem zweiten Teil geht er auf die verschiedenen Aspekte der Grundbuchberichtigungsklage (Parteien, Ge-

⁵⁹ S. demgegenüber SCHNYDER, Vertragserfüllung, 173 m.w.Nw.; BGE 74 II 230.

⁶⁰ REETZ/SYKORA, Rz 7.

⁶¹ REETZ/SYKORA, Rz 4.

richtsstand usw.) ein. Schliesslich wird auf die im Gang befindliche Revision von Art. 975 ff. ZGB hingewiesen.⁶²

D. Eigentum

1. Allgemeines

Keine Publikationen im Berichtsjahr.

2. Fahrniseigentum

- *RUSCH ARNOLD F.: Gutgläubiger Fahrniserwerb als Anwendungsfall der Rechtsscheinlehre, Jusletter 28. Januar 2008.*
- *WINIGER BÉNÉDICT: Le transfert de propriété en droit français et suisse, in: Association franco-suisse de Paris II (Hrsg.): Le centenaire du Code civil suisse. Colloque du 5 avril 2007 (Paris 2008), 169 ff.*

In der Schweiz gilt das Traditionsprinzip. Das heisst, der Veräusserer einer Sache überträgt das Eigentum daran grundsätzlich durch Besitzübertragung (Art. 714 Abs. 1 ZGB). Demgegenüber genügt nach französischem Recht die blosse Willenseinigung der Parteien (art. 711 code civil français). Der Autor setzt sich eingehend mit den historischen Wurzeln dieser beiden unterschiedlichen Konzepte auseinander.

3. Grundeigentum

a) Allgemeines

- *GENNA GIAN SANDRO: Der Untergang von Grundeigentum durch Naturereignisse, ZBGR 2008, 65 ff.*

⁶² S. dazu das Jahrbuch Sachenrecht 2007, 17.

Nach Art. 666 Abs. 1 ZGB geht das Grundeigentum u.a. bei einem vollständigen Untergang des Grundstücks unter. Darunter versteht die herrschende Lehre einen vollständigen, dauernden und absoluten Wertverlust der betroffenen Grundstücksfläche. Es werden etwa die folgenden Beispiele genannt: Versinken von Ufergrundstücken, dauernde Überschwemmung durch ein öffentliches Gewässer, Bedeckung durch Gesteine eines Bergsturzes. Nach GENNA findet in solchen Fällen kein Untergang der Liegenschaft statt, vielmehr handle es sich jeweils "um reine Umwandlungsvorgänge": Die vom Naturereignis betroffene Liegenschaft wandle "sich in eine herrenlose (öffentliche) Sache i.S.v. Art. 664 ZGB um".⁶³ Es gelte nun gemäss Art. 664 Abs. 2 ZGB die Vermutung, dass das betroffene Grundstück im Staatseigentum stehe, doch stehe dem bisherigen Eigentümer der Nachweis seines Eigentums offen. Gelingen ihm der Beweis, ändere "sich im Grundbuch nichts".⁶⁴ Andernfalls komme in grundbuchrechtlicher Hinsicht Art. 944 Abs. 1 ZGB zum Zuge. Auch wenn dem bisherigen Eigentümer der Eigentumsnachweis gelinge, verbleibe allerdings das Grundstück unter staatlicher Hoheit (Art. 664 Abs. 1 ZGB). Folgt man GENNA, so gibt es "bei Lichte besehen [...] gar keinen Liegenschaftsuntergang".⁶⁵

b) Nachbarrecht

- BAUMANN MAX: *Immissionsschutz versus Lichtverschmutzung*, SJZ 2008, 389 ff.

In der SJZ findet sich folgende Aufsatz-Zusammenfassung: "Der Autor zeigt in einem historischen Abriss auf, dass sich Zivilisationserrungenschaften nach anfänglicher Euphorie in ihrer extensiven Anwendung zunehmend als beeinträchtigend und störend auf die Mitmenschen auswirken können. Am Beispiel der taghell erleuchteten Nacht fordert er eine Mässigung namentlich im Umgang mit Licht. Gestützt auf das Prinzip der schonenden Rechtsausübung und auf die verfassungsmässigen Vorgaben des sorgsamsten Umgangs mit Energie und Umwelt sowie mit nachbar- und

⁶³ GENNA, 71 unten.

⁶⁴ GENNA, 82.

⁶⁵ GENNA, 71 unten.

persönlichkeitsrechtlichen Bestimmungen soll übermässigen Ausleuchtungen entgegengetreten werden."

- SAVLAUX NICOLAS: *La responsabilité du bailleur de biens immobiliers, Cahiers du bail 2008*, 97 ff.

c) Vorkaufsrechte

Keine Publikationen im Berichtsjahr.

4. Gemeinschaftliches Eigentum (ohne Stockwerkeigentum)

- MERMOUD CHRISTINE: *Le temps partagé dans la jouissance de la propriété par étages. Étude de la copropriété spatio-temporelle sur une part d'étage* (Diss. Lausanne, Genf 2008).

Aus dem Buchprospekt: "Cet ouvrage constitue un examen méthodique et rigoureux des possibilités qu'offrent les droits réels pour établir le partage de la jouissance d'un appartement. Il contient notamment une analyse approfondie de la construction de ce système, aussi appelé time-sharing, qui assure au consommateur la position la plus stable, celle de copropriétaire d'une part de propriété par étages. Ce livre se révélera précieux pour la pratique notariale, en particulier par sa synthèse du droit en la matière comme par certains de ses développements possibles. Son volet sur l'organisation de la copropriété sera indispensable à toute personne et institution appelées à s'intéresser ou à traiter des affaires dans ce domaine pour des immeubles situés en Suisse. Ses propositions des mesures à prévoir ainsi que des précautions à prendre dans le règlement d'administration et d'utilisation seront profitables à tout praticien et permettront de trouver des solutions judicieuses dans un environnement juridique complexe."

5. Stockwerkeigentum

S. das vorstehend erwähnte Werk von MERMOUD, ferner:

- WERMELINGER AMÉDÉO: *La propriété par étages. Commentaire des articles 712a à 712t du code civil suisse* (2. Aufl., Rothenburg 2008).
- WIRZ PASCAL: *Schranken der Sonderrechtsausübung im Stockwerkeigentum* (Diss. Zürich 2008).

Die Arbeit umfasst fünf Teile: Die ersten beiden Teile befassen sich mit dem Stockwerkeigentum im Allgemeinen. Die weiteren Teile sind dem eigentlichen Dissertationsthema gewidmet: Teil 3 befasst sich mit den *gesetzlichen* Schranken der Sonderrechtsausübung (z.B. Art. 712a Abs. 2 und 3 ZGB, 684 ZGB, feuer- und baupolizeiliche Vorschriften), Teil 4 mit den *gewillkürten* Schranken, insbesondere solchen, die sich aus dem Begründungsakt, dem Reglement, der Hausordnung oder aus ad hoc gefällten Beschlüssen der Stockwerkeigentümergeinschaft ergeben. Im letzten (fünften) Teil geht es um die Rechtsfolgen einer Überschreitung von Sonderrechtsbefugnissen. Beispielshalber seien die nachbarrechtlichen Abwehransprüche (Art. 679 ZGB), die Ansprüche aus Besitzerschutz (Art. 926-929 ZGB) sowie die Klage auf Ausschluss aus der Stockwerkeigentümergeinschaft (Art. 649b ZGB) erwähnt.

E. Beschränkte dingliche Rechte

1. Dienstbarkeiten und Grundlasten

- BYLAND DANIELA: *Die Auslegung von Dienstbarkeiten*, Jusletter 8. September 2008.

Bei der angezeigten Publikation handelt es sich um die Zusammenfassung einer an der Universität Bern verfassten Masterarbeit. Das Bundesgericht hatte sich in neuerer Zeit immer wieder mit der Auslegung von Dienstbarkeiten zu befassen. S. dazu – nebst der von Frau BYLAND zitierten Literatur – das Jahrbuch Sachenrecht 2006, 35 ff. und das Jahrbuch Sachenrecht 2007, 55 ff., 64 ff.

- *GERMANN MARTIN: Der Vertrag zur Errichtung einer Grunddienstbarkeit (Diss. Luzern, Bern 2008).*

Zusammenfassung auf dem Buchumschlag: "Die vorliegende Arbeit befasst sich in erster Linie mit Fragen rund um die zentralen Themen Inhalt, Form, Wirkungen und grundbuchliche Behandlung des Grunddienstbarkeitsvertrags. Daneben wird auf seine Rechtsnatur und auf das Institut der Grunddienstbarkeit als beschränktes dingliches Recht eingegangen. Aufgrund der allgemeinen Bedeutung des Grunddienstbarkeitsvertrags für weitere Teile des Sachenrechts werden zudem Bezüge zu den Personaldienstbarkeiten, den nachbarrechtlichen Notrechten und den ihnen jeweils zu Grunde liegenden Verträgen aufgezeigt. Weitere inhaltliche Schwerpunkte betreffen die negativen Dienstbarkeiten, die mit der Dienstbarkeit nebensächlich verbundenen Leistungsverpflichtungen und die Möglichkeiten zur bedingten und befristeten Ausgestaltung von Dienstbarkeiten."

- *KOLLER ALFRED: Auslegung einer Dienstbarkeit: Art. 674 Abs. 3, 738 und 973 ZGB, AJP 2008, 474 f.*

S. zu dem besprochenen Entscheid (5C.71/2006 vom 19. Juli 2006) auch das Jahrbuch Sachenrecht 2007, 64 ff.

- *PFÄFFLI ROLAND: Die Auslegung von Dienstbarkeiten. Zum Urteil des Bundesgerichts vom 20. November 2007 (5A_478/2007), BR 2008, 58 ff.*

S. zu dem von PFÄFFLI besprochenen Entscheid auch das Jahrbuch Sachenrecht 2007, 62 ff.

2. Pfandrechte

a) Fahrmispfand

Keine Publikationen im Berichtsjahr.

b) Grundpfandverschreibung (ohne Bauhandwerkerpfandrecht)

Keine Publikationen im Berichtsjahr.

c) Bauhandwerkerpfandrecht

- *BERCHTOLD TAMARA: Zur Revisionsbedürftigkeit des Bauhandwerkerpfandrechts und ein Vorschlag zur Neuformulierung von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB (Diss. Zürich 2008).*

Die Autorin befasst sich hauptsächlich mit drei Problembereichen: dem Anspruch der Subunternehmer auf ein Baupfand und dem damit verbundenen Doppelzahlungsrisiko des Grundeigentümers, den pfandrechtsgeschützten Bauleistungen sowie dem Pfandobjekt. Sie analysiert die geltende Rechtslage und die Änderungsvorschläge im Rahmen der im Gang befindlichen Revision des Immobiliarsachenrechts. Dabei begrüsst sie u.a. die Beibehaltung des Subunternehmerpfandrechts sowie die ausdrückliche Aufnahme von Abbrucharbeiten in den Katalog der geschützten Bauleistungen.

- *BRITSCHGI ANDRÉ: Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht (Diss. Luzern, Zürich 2008).*

Der Autor befasst sich vorerst mit dem Bauhandwerkerpfandrecht im Allgemeinen, insbesondere mit dessen Voraussetzungen. Zum eigentlichen Gegenstand der Arbeit gelangt er in Teil 3 ("Das Pfandobjekt"). Dieser Teil gliedert sich wie folgt:

- Der Grundstücksbegriff im Allgemeinen
- Die Verpfändbarkeit von Grundstücken
- Die Liegenschaft im Besonderen
- Problematik Gesamtüberbauung
- Das Baurecht
- Das Miteigentum
- Das Stockwerkeigentum

In einem vierten Teil ("Einzelfragen und Besonderheiten") geht es insbesondere um das Pfandobjekt bei Bauten auf öffentlichem Grund sowie die Geltendmachung des Bauhandwerkerpfandrechts im Zwangsvollstreckungsverfahren.

- SCHUMACHER RAINER: *Das Bauhandwerkerpfandrecht auf dem Prüfstand. Zur Beratung im Ständerat und Nationalrat, Jusletter 25. August 2008.*

Die im Gang befindliche Revision des Immobiliarsachenrechts⁶⁶ betrifft auch das Bauhandwerkerpfandrecht. Am bestehenden System sollen allerdings nach dem Willen des Bundesrates nur geringfügige Änderungen vorgenommen werden. Der Ständerat, welcher die Botschaft als Erstrat beraten hat, stimmt dem Bundesrat in allen wesentlichen Punkten zu. Eine Minderheit hatte allerdings vorgeschlagen, das Bauhandwerkerpfandrecht der Subunternehmer aufzuheben. Gegen diesen Vorschlag wenden sich die Ausführungen von SCHUMACHER.

- SCHUMACHER RAINER: *Das Bauhandwerkerpfandrecht. Systematischer Aufbau (3. Aufl., Zürich 2008).*

Das angezeigte Werk ist 1979 in erster, 1982 in zweiter Auflage erschienen. Die dritte Auflage ist gegenüber der Voraufgabe tiefgreifend umgestaltet worden und mehr als doppelt so gross. Das Werk umfasst fünf Teile:

- Systematische Einführung in das Bauhandwerkerpfandrecht
- Der Pfandanspruch
- Die Pfanderrichtung
- Die Realisierung des Baupfandrechts
- Das Vorrecht

⁶⁶ S. dazu oben S. 7 ff.

d) *Schuldbrief*

- *SCHMID-TSCHIRREN CHRISTINA: Der Register-Schuldbrief: Neues Instrument für die Banken, in: Susan Emmenegger (Hrsg.): Schweizerische Bankrechtstagung 2008 – Kreditsicherheiten (Basel 2008), 1 ff.*

Der Aufsatz von Frau SCHMID-TSCHIRREN gilt der geplanten Einführung eines Register-Schuldbriefs (Art. 857-859 E-ZGB). Die Autorin befasst sich insbesondere mit der Errichtung, der Übertragung und der Verpfändung des (Register-)Schuldbriefs. Ferner behandelt sie die folgenden beiden Fragen: "Weshalb ist (auch) der Register-Schuldbrief 'schuldnerlos'?" "Braucht es eine Mitteilungspflicht oder gar eine Zustimmung des Schuldners im Falle eines Gläubigerwechsels?"

S. zum geplanten Register-Schuldbrief auch die Ausführungen im Jahrbuch Sachenrecht 2007, 15 f.

- *SCHMID-TSCHIRREN CHRISTINA: Der neue Register-Schuldbrief. Rechtliche Konzeption und praktischer Nutzen des "papierlosen" Schuldbriefs, ST 2008, 1029 ff.*

F. *Einzelfragen*

- *DENYS CHRISTIAN: Cédule hypothécaire et mainlevée, JdT 2008 II, 3 ff.*
- *ERNST WOLFGANG: Neues Sachenrecht für Kulturgüter, recht 2008, 2 ff.*

Das Kulturgütertransfergesetz (KGTG) hat verschiedene sachenrechtliche Änderungen mit sich gebracht, von denen nicht alle ins ZGB integriert wurden. Es ist zwischen "Sachen aus der Inlandskultur"⁶⁷ und solchen aus der Auslandskultur zu unterscheiden. Sodann ist zwischen kulturellem Erbe (Art. 2 Abs. 2 KGTG) und einfachem Kulturgut (Art. 2 Abs. 1 KGTG) zu unterscheiden.⁶⁸

⁶⁷ ERNST, 9.

⁶⁸ S. zu dieser Unterscheidung ERNST, 3 ff. (II.).

Das schweizerische kulturelle Erbe gilt als *res extra commercium*, ein Erwerb vom Nichtberechtigten ist daher ausgeschlossen (Art. 3 Abs. 2 lit. a und b KGTG). Entsprechendes gilt für herrenlose Naturkörper oder Altertümer von wissenschaftlichem Wert (Art. 724 Abs. 1^{bis} ZGB). Für abhanden gekommenes inländisches einfaches Kulturgut gilt neu Art. 934 Abs. 1^{bis} ZGB statt Art. 934 Abs. 1 ZGB. Diese letztere Bestimmung sieht vor, dass der Besitzer, dem eine bewegliche Sache abhanden kommt, diese während fünf Jahren jedem Empfänger abfordern kann.⁶⁹ Art. 934 Abs. 1^{bis} ZGB bestimmt stattdessen eine einjährige Frist ab dem Zeitpunkt, in dem der Eigentümer Kenntnis erlangt hat, wo und bei wem sich das Kulturgut befindet, bzw. eine 30-jährige Frist ab dem Abhandenkommen. Beide Fristen sind nach dem Gesetzeswortlaut Verjährungsfristen, wogegen die Frist des Art. 934 ZGB anerkanntermassen eine Verwirkungsfrist ist. Der Autor hat früher wörtlich interpretiert⁷⁰, im angezeigten Aufsatz betrachtet er nunmehr die 30-jährige Frist als Verwirkungsfrist.⁷¹

Für einfaches Kulturgut ausländischer Herkunft gilt dasselbe wie für inländisches einfaches Kulturgut,⁷² Abweichendes gilt hingegen für ausländisches kulturelles Erbe.⁷³

- GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA: *Schweizer Kreditsicherheiten im Ausland, ausländische Kreditsicherheiten in der Schweiz*, in: Susan Emmenegger (Hrsg.): *Schweizerische Bankrechtstagung 2008 – Kreditsicherheiten* (Basel 2008), 19 ff.

Mobiliarsicherheiten können beim Grenzübertritt des Sicherungsgutes (von der Schweiz ins Ausland oder umgekehrt) ihre Durchsetzbarkeit verlieren. Gelangt beispielsweise eine Sache, an der ein nach deutschem Recht begründeter Eigentumsvorbehalt besteht, in die Schweiz, so hat innert dreier Monate die Eintragung in das schweizerische Eigentumsvorbehaltsregister zu erfolgen (Art. 102 Abs. 2 IPRG), ansonsten der Eigentumsvorbehalt

⁶⁹ Von praktischer Bedeutung ist dies wegen Art. 936 ZGB nur gegenüber einem gutgläubigen Besitzer.

⁷⁰ STARK/ERNST, Basler Kommentar, N 17j zu Art. 934 ZGB.

⁷¹ ERNST, 8.

⁷² ERNST, 9 (V./1.).

⁷³ ERNST, 10 f. (V./2.).

dahinfällt. Diese Problematik bildet den hauptsächlichen Gegenstand des angezeigten Aufsatzes.

- HONSELL HEINRICH: *Das Kulturgütertransfergesetz und das Privatrecht*, in: Peter Gauch et al. (Hrsg.): *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier* (Genf 2008), 275 ff.

Der Autor befasst sich mit den privatrechtlichen Neuerungen, die das am 1. Juni 2005 in Kraft getretene Kulturgütertransfergesetz (KGTG) mit sich gebracht hat. Neben den sachenrechtlichen Neuerungen (s. insbesondere Art. 724 Abs. 1^{bis}, 728 Abs. 1^{ter} und 934 Abs. 1^{bis} ZGB) befasst sich der Autor auch und in erster Linie mit den *schuldrechtlichen* Neuerungen (s. Art. 196a und 210 Abs. 1^{bis} OR). Die erwähnten schuldrechtlichen Regeln beziehen sich auf Kulturgüter i.S.v. Art. 2 Abs. 1 KGTG (sog. einfache Kulturgüter). Art. 196a OR sieht für die Rechtsgewährleistung eine einjährige relative und eine 30-jährige absolute Verjährungsfrist anstelle der üblichen zehnjährigen Frist (Art. 127 OR)⁷⁴ vor. Entsprechendes gilt für die Sachgewährleistung gemäss Art. 210 Abs. 1^{bis} OR.

- HÜRLIMANN-KAUP BETTINA: *Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht* (Habil. Luzern, Zürich 2008).

Diese Luzerner Habilitationsschrift befasst sich nach einleitenden Bemerkungen mit folgenden Themen:

- Miete und Besitz
- Miete und Nachbarrecht
- Veräusserung und Belastung der vermieteten Sache
- Vormerkung der Miete im Grundbuch
- Miete und vorbestehende Grundpfandrechte

Die Autorin nimmt zu zahlreichen umstrittenen Fragen kritisch Stellung. So lehnt sie etwa die vom Bundesgericht entwickelte Kündi-

⁷⁴ HONSELL, Basler Kurzkommentar (Basel 2008), N 7 zu Art. 192 OR.

- SCHMID JÜRIG: *Elektronische öffentliche Urkunden im Verkehr mit den Registerbehörden*, ZBGR 2008, 257 ff.

Elektronische Aufzeichnungen können Urkundencharakter aufweisen.⁷⁸ Hingegen kann eine *öffentliche* Urkunde "auf Grund der gegenwärtigen Rechtslage weder in einem Tonträger noch in einem elektronischen Datenträger bestehen".⁷⁹ Daran sollte nach Auffassung des Autors auch in der Zukunft festgehalten werden: "Aus Gründen der Rechtssicherheit und der dem Zweck der öffentlichen Beurkundung zu Grunde liegenden Verfahrensstrengung muss für die Originalurkunde bzw. die Unterschrift als Produkt des Beurkundungsverfahrens an der Form der "Papier"-Urkunde festgehalten werden. Das Beurkundungsverfahren erfordert, sofern Willens- oder Wissenserklärungen öffentlich zu beurkunden sind, eine physische Anwesenheit der Parteien vor der Urkundsperson. An dieser elementaren Struktur des Beurkundungsverfahrens muss zwingend festgehalten werden. Nur so ist gewährleistet, dass sich der Notar davon überzeugen kann, dass die Parteien ihre Willenserklärungen frei von jedwelchen äusseren Einflüssen oder Einwirkungen abgeben."⁸⁰

- SCHMID JÖRG/PADULA DIANA: *Sachenrecht*, in: Walter Fellmann/Tomas Poledna (Hrsg.): *Aktuelle Anwaltspraxis 2007* (Bern 2007), 205 ff.
- SCHNYDER BERNHARD: *Carl Wielands Beitrag zum schweizerischen Sachenrecht*, BJM 2008, 289 ff.
- STEINAUER PAUL-HENRI: *Les droits réels face à la dématérialisation des papiers-valeurs*, in: *Association franco-suisse de Paris II* (Hrsg.): *Le centenaire du Code civil suisse. Colloque du 5 avril 2007* (Paris 2008), 145 ff.

⁷⁸ SCHMID, 258 f.

⁷⁹ SCHMID, 262.

⁸⁰ SCHMID, 266.

- WOLF STEPHAN/JORDI NADINE: *Trust und schweizerisches Zivilrecht – insbesondere Ehegüter-, Erb- und Immobiliarsachenrecht*, in: Stephan Wolf (Hrsg.): *Der Trust – Einführung und Rechtslage in der Schweiz nach dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens* (Bern 2008), 29 ff.

Von den sachenrechtlich interessanten Problemen, mit denen sich der Aufsatz befasst, sei hier nur eines herausgegriffen: die Übertragung von Grundstücken auf den Trustee bei Errichtung des Trusts. Geschieht die Errichtung/Übertragung unter Lebenden, so gilt gemäss der Wegleitung des Eidgenössischen Amtes für Grundbuch- und Bodenrecht zur grundbuchlichen Behandlung von Trustgeschäften vom 28. Juni 2007⁸¹ Folgendes: Der Settlor hat als Beleg zuhanden des Grundbuchamtes eine Feststellungsurkunde einer schweizerischen Urkundsperson beizubringen. Diese hat zu bescheinigen, "dass der Trust nach ausländischem Recht formgültig errichtet wurde, dass die Person, auf welche das Grundstück übertragen werden soll, als Trustee eingesetzt wurde, und dass das auf den Trustee zu übertragende Grundstück dem Trustvermögen gewidmet ist".⁸² WOLF/JORDI bezeichnen diese Vorgehensweise als "gewagt und im Grunde als mit zwingendem schweizerischem Recht unvereinbar".⁸³ Insbesondere sind sie der Meinung, dass sich die Übertragung von schweizerischen Grundstücken auf den Trustee nach schweizerischem Obligationen- und Sachenrecht richtet. "Gemäss Art. 4 HTÜ [Haager Trust-Übereinkommen] findet nämlich die Konvention keine Anwendung auf Rechtsgeschäfte, durch die dem Trustee Vermögen übertragen wird."⁸⁴

⁸¹ Publiziert in ZBGR 2007, 377 ff.

⁸² WOLF/JORDI, 68.

⁸³ WOLF/JORDI, 69.

⁸⁴ WOLF/JORDI, 69, m.w.Hw. in Anm. 199 f.