

Berührungspunkte zwischen Schuld- und Sachenrecht

unter besonderer Berücksichtigung der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Prof. Dr. iur. Alfred Koller, Rechtsanwalt (St. Gallen)

Schuld- und Sachenrecht können sich in vielfältiger Weise berühren. Beispielsweise setzt die Werkeigentümerhaftung aus Art. 58 OR eine sachenrechtliche Beziehung des in Anspruch Genommenen zum mangelhaften Werk voraus¹. Ferner knüpfen verschiedene Bestimmungen Rechtsfolgen an den Umstand, dass ein Eigentümerwechsel stattgefunden hat,

so etwa Art. 261 OR (Übergang des Mietverhältnisses)² und Art. 54 VVG (Übergang eines Versicherungsvertrags)³. Ein weiterer Berührungspunkt betrifft etwa die Frage, ob die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts die Ungültigkeit des sachenrechtlichen Verfügungsgeschäfts zur Folge hat. Diese Frage ist im schweizerischen Recht bekanntlich zu bejahen (Kausalitätsprinzip)⁴, z.B. im deutschen zu verneinen (Abstraktionsprinzip)⁵. Im Folgenden werden sieben Berührungspunkte einer näheren Prüfung unterzogen⁶.

Der Autor untersucht unter Einbezug jüngerer Rechtsprechung sieben Berührungspunkte zwischen Schuldrecht und Sachenrecht. Er analysiert das Verhältnis von Vindikation und Kondiktion und versteht sie als konkurrierende Ansprüche. Aufgezeigt werden auch die bereicherungsrechtliche Bedeutung von Art. 934 ZGB und die Besserstellung des gutgläubigen Verbrauchers fremden Eigentums gemäss Art. 938 ZGB im Vergleich zum Bereicherungsrecht. Sodann geht der Beitrag auf Fälle sachenrechtlich begründeter anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit ein und illustriert die Anforderungen, die das Bundesgericht an das Vorliegen objektiv wesentlicher Punkte von Dienstbarkeitsverträgen stellt. Zi.

Sur la base de la jurisprudence récente, l'auteur étudie sept points de contact entre droit des obligations et droits réels. Il analyse la relation entre l'action en revendication réelle et l'action en répétition de l'indu et considère qu'elles peuvent être invoquées concurremment. L'auteur examine également l'aspect d'enrichissement illégitime de l'art. 934 CC et la meilleure protection de l'utilisateur de bonne foi d'un bien propriété d'autrui selon l'art. 938 CC par rapport au droit de l'enrichissement illégitime. La contribution aborde ensuite des cas d'impossibilité initiale ou subséquente fondés par des aspects de droits réels et illustre les exigences que le Tribunal fédéral pose à l'existence d'éléments objectivement essentiels des contrats de servitudes. P.P.

¹ Haftungssubjekt ist normalerweise nur der Eigentümer. Ausnahmsweise lässt die bundesgerichtliche Rechtsprechung eine Dienstbarkeitsberechtigung genügen. So kann bei Wegen im Gemeingebrauch das Gemeinwesen, das am Weg dienstbarkeitsberechtigt ist, haftbar werden (BGE 106 II 201 E. 2a). S. im Einzelnen Anton K. Schnyder, Basler Kommentar, N 21 ff. zu Art. 58 OR.

² S. dazu Bettina Hürlimann-Kaup, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, Zürich 2008, N 515 ff.; Alfred Koller, Verkauf einer vermieteten Wohnliegenschaft, in: Der Grundstückkauf, 2. A. Bern 2001, 377 ff.

³ S. z.B. Christian Boll, Basler Kommentar, N 1 ff. zu Art. 54 VVG (Die Bemerkungen Bolls gelten der vorletzten Fassung von Art. 54 VVG, welche jedoch im Wesentlichen der heute geltenden entspricht).

⁴ Mit Bezug auf das Grundeigentum ergibt sich das Kausalitätsprinzip aus Art. 974 ZGB; mit Bezug auf das Fahrniseigentum wurde es in BGE 55 II 302 E. 2 entwickelt.

⁵ S. z.B. Jürgen Oechsler, Münchener Kommentar, N 8 ff. zu § 929 BGB; Hans Hermann Seiler, J. von Staudingers Kommentar, N 48 ff. der Einleitung zum Sachenrecht.

⁶ Ausser Betracht bleibt u.a. die Frage, ob die Berufung auf Art. 924 Abs. 3 ZGB nur dinglich oder auch obligatorisch Berechtigten offensteht. Das Bundesgericht hat die Frage neustens offengelassen (BGer, Urteil 5A_699/2008 vom 5. Dezember 2008, dazu Alfred Koller, Sachenrecht Entwicklungen 2008, Bern 2009, 15 ff.). In der Lehre ist die Frage umstritten (zum Meinungsstand s. Paul Eitel, Bricht Kauf Miete und Leihe bei Fahrnis?, FS Bucher, Bern/Zürich 2009, 69 ff., Anm. 27 und 28).

1. Verdrängung der Kondiktion durch die Vindikation?

Nach herrschender Lehre⁷ und Rechtsprechung⁸ verdrängt die Vindikation die Kondiktion, sodass der Eigentümer einer Sache diese nur gestützt auf Art. 641 Abs. 1 ZGB, nicht aber gestützt auf Art. 62 OR herausverlangen kann. Dies wird z.T. damit begründet, ein Bereicherungsanspruch könne mangels Entreichung «gar nicht erst entstehen», solange «andere Ansprüche [wie eben die Vindikation] bestehen»⁹. Andere nehmen demgegenüber an, zwar werde ein Bereicherungsanspruch tatbestandsmässig durch die Vindikation nicht ausgeschlossen, doch verdränge diese die Kondiktion nach den Grundsätzen über die Gesetzeskonkurrenz.

M.E. lässt sich die Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs weder auf die eine noch die andere Art begründen¹⁰. Vielmehr können beide Ansprüche konkurrieren. Daher kann beispielsweise der Eigentümer einer Sache, der diese nichtig vermietet hat, die Sache – entgegen der herrschenden Ansicht – nicht nur vindizieren, sondern auch kondizieren, gleich wie wenn er nicht Eigentümer der Sache wäre. Die Kondiktion wird freilich für den Eigentümer nur in den wenigsten Fällen von praktischer Bedeutung sein. Ausgeschlossen ist dies jedoch nicht, weil sie nur den Nachweis der Nichtigkeit des Mietvertrages erfordert, nicht auch den Eigentumsnachweis.

2. Bereicherungsanspruch als Kompensation verlorenen Eigentums; die bereicherungsrechtliche Bedeutung von Art. 934 ZGB

Wer unwillentlich sein Eigentum verliert, kann zum Ausgleich einen Be-

reicherungsanspruch haben. Die verschiedenen Formen des Eigentumsverlusts können nicht einheitlich behandelt werden. Im Folgenden greife ich einen einzigen Tatbestand heraus: den Verlust durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung¹¹:

Wenn jemand eine fremde Sache ohne Zustimmung des Eigentümers mit einer eigenen Sache derart verbindet oder vermischt, dass er Eigentümer der Gesamtsache wird (Art. 671 Abs. 1 und 727 Abs. 2 ZGB), so ist er ungerechtfertigt bereichert¹². Der Bereicherungsanspruch geht primär auf Rückübertragung des Eigentums (Art. 671 Abs. 2 ZGB), subsidiär auf Wertersatz (Art. 672 Abs. 1 ZGB). Wie die Verbindung oder Vermischung ist auch die Verarbeitung zu behandeln (Art. 726 Abs. 1 ZGB). Wenn beispielsweise ein Bauer ein fremdes Tier schlachtet, zu Wurstware verarbeitet und dadurch am verarbeiteten Fleisch Eigentum erlangt, so hat er dem ehemaligen Eigentümer nach Art. 62 ff. OR Wertersatz zu leisten. Geschuldet ist in solchen Fällen Wertersatz, und zwar unabhängig von seinem guten oder bösen Glauben¹³.

Das Gesagte gilt auch dann, wenn die fremde Sache durch *Leistung* erworben wurde, die Leistung jedoch kein Eigentum verschafft hat, der Eigentumserwerb vielmehr erst durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung erfolgt ist. Die Leistung vermag also nicht zu verhindern, dass der neue Eigentümer dem ehemaligen Eigentümer kondiktionspflichtig ist¹⁴. Fraglich ist in solchen Fällen, ob der neue Eigentümer ein allfälliges Entgelt, das er für die fremde Sache geleistet hat, vom geschuldeten Wertersatz in Abzug bringen kann. Das beurteilt sich nach Art. 934 Abs. 2 ZGB, der freilich nur analoge Anwendung findet; die hier für das Sachen-

recht getroffene Wertentscheidung muss auch für das Bereicherungsrecht

⁷ S. z.B. Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. A. Zürich 2008, N 1500, m.w.H.; Ernst A. Kramer, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundkurs, Basel 2009, N 445; Ingeborg Schwenzler, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. A. Bern 2009, N 59.04.

⁸ S. neustens BGE 135 III 474 E. 3.3.1 (dazu Alfred Koller, Sachenrecht Entwicklungen 2009, Bern 2010, 40 ff.); ebenso schon BGE 84 II 369 E. 4; 110 II 228 E. 7d.

⁹ Wolfgang Larese, Fahrnisersitzung und Bereicherungsklage, SJZ 1971 233 ff., 235.

¹⁰ Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009, § 30 N 15 f., § 33 N 19 f.

¹¹ Zum Fall, dass der Eigentumsverlust darauf beruht, dass ein Dritter die Sache veräussert hat, s. Koller (Fn. 10) § 32 N 13 ff. – Streitig ist die Behandlung folgenden Falls: A veräussert eine (Fahrnis-)Sache an B, doch erlangt B wegen Ungültigkeit des Verpflichtungsgeschäfts (vorerst) kein Eigentum (Kausalitätsprinzip). In der Folge erlangt B Eigentum durch Ersitzung (Art. 728 ZGB). Für diesen Fall fragt sich, ob das ersessene Eigentum kondiktionsfest ist oder nicht, ob mit anderen Worten B von A nach Art. 62 OR auf Herausgabe der Sache oder Wertersatz belangt werden kann. S. dazu Bruno Huwiler, Zum Bereicherungsanspruch gegen den Fahrniseigentümer kraft Ersitzung, FG Schweizerischer Juristentag, Bern 1988, 99 ff.; Larese (Fn. 9) 233 ff.; ferner die Hinweise bei Heinz Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. A. Bern 2007, N 2015.

¹² Vgl. Rey (Fn. 11) N 495 und 497, unter Hinweis auf BGE 99 II 131, 144 ff.

¹³ Koller (Fn. 10) § 30 N 37. Der gute Glaube kann jedoch im Rahmen des Haftungsumfanges von Bedeutung sein, Koller (Fn. 10) § 30 N 49.

¹⁴ S. aber auch Koller (Fn. 10) § 32 N 16.

beachtlich sein¹⁵. Es kommt somit darauf an, ob der Abzug zulässig gewesen wäre, wenn der Konditionsschuldner vor der Verbindung, Vermischung bzw. Verarbeitung auf Herausgabe der (damals noch fremden) Sache belangt worden wäre.

Zur Illustration sei der berühmte Jungbullen-Fall (BGHZ 55, 176) herangezogen: V hatte dem Landwirt G zwei Jungbullen gestohlen und für DM 1700.– an den gutgläubigen Metzgermeister K verkauft. Dieser verwertete die Tiere in seiner Fleischwarenfabrik und erlangte dadurch originär Eigentum (§ 950 BGB, der dem

Art. 726 Abs. 1 ZGB entspricht). G verlangte von K Wertersatz. Der BGH sprach ihm diesen zu, ohne den von K an V bezahlten Kaufpreis in Abzug zu bringen. Nach schweizerischem Recht wäre gleich zu entscheiden gewesen. Denn V war nicht Händler, und K hatte die Tiere auch nicht auf dem Markt gekauft. Hätte daher G die Bullen vor der Verarbeitung (nach Art. 641 ZGB) herausverlangt, so hätte ihm K den an V bezahlten Kaufpreis nicht abverlangen können (Art. 934 Abs. 2 ZGB). Nach der Verarbeitung konnte es sich nicht anders verhalten.

3. Bereicherungsanspruch als Kompensation beeinträchtigten Eigentums; das Verhältnis von Art. 62 ff. OR zu Art. 938 ff. ZGB

Wer eine fremde Sache ohne Einwilligung des Eigentümers nutzt oder/und gebraucht, ist unzweifelhaft ungerichtet bereichert. Das Bereicherungsrecht wird jedoch durch die Art. 938 und 940 ZGB verdrängt¹⁶. Eine Bereicherungshaftung kommt daher nicht in Betracht¹⁷. Nach Art. 938 und 940 ZGB hängt die Rechtslage massgeblich von der Bewusstseinslage des Besitzers ab. Der *bösgläubige* Besitzer hat «für die bezogenen und versäumten Früchte Ersatz zu leisten» (Art. 940 Abs. 1 ZGB). Diese Ersatzpflicht entspricht der Haftung des bösgläubig Bereicherten¹⁸. Demgegenüber schliesst *Gutgläubigkeit* des Besitzers jede Ersatzpflicht aus (Art. 938 ZGB). Er haftet weder für versäumte noch vorhandene Früchte, noch hat er Ersparnisse, die er durch den Gebrauch oder die Nutzung der Sache gemacht hat, zu erstatten¹⁹. Er ist also wesentlich besser gestellt, als er es nach Bereicherungsrecht wäre.

Die hier vertretene Ansicht ist freilich nicht unbestritten. Insbesondere

vertritt das Bundesgericht die Auffassung, dass der Ausgleich für das beeinträchtigte Eigentum im Wege der Kondiktion zu erfolgen hat²⁰. Damit werden freilich bei Bösgläubigkeit des Bereicherten – wie gesagt – identische Ergebnisse erzielt. Zur Illustration sei das Urteil 5A_661/2008 des Bundesgerichts vom 9. März 2009²¹ herangezogen.

Es ging hier um Folgendes: Die SBB hatten dem Eigentümer einer benachbarten Parzelle (X. AG) ein Überbaurecht (Art. 674 Abs. 1 und 2 ZGB) eingeräumt. In der Folge kam es zum Streit um die Nutzung von 21 Parkfeldern, welche nach Auffassung der SBB ihnen, nach Auffassung der X. AG ihr zustand. Da sich eine gütliche Erledigung der Angelegenheit nicht erzielen liess, erhob die X. AG Klage. Mit dieser stellte sie den Antrag, es sei den SBB die Benutzung der betreffenden Parkfelder zu verbieten und es seien die SBB zu verpflichten, für die bisherige unberechtigte Nutzung eine entsprechende Entschädigung zu bezahlen. Die Klage wurde gutgeheissen. Was das von den SBB geschuldete Gebrauchsentgelt anbelangt, so wurde dieses nach dem objektiven Gebrauchswert, also dem Mietwert (in casu Fr. 170.– monatlich), bestimmt²². Dem ist für den Fall, dass die SBB bösgläubig oder unberechtigterweise (Art. 3 Abs. 2 ZGB) gutgläubig waren, zuzustimmen, und zwar unabhängig davon, ob man Art. 62 ff. OR oder Art. 938 ZGB zur Anwendung bringt.

Anders als Gebrauch und Nutzung ist der – ohne Einwilligung des Eigentümers erfolgte – *Verbrauch* einer fremden Sache zu behandeln. Dieser fällt ausschliesslich unter das Bereicherungsrecht, da die Art. 938–940 ZGB insoweit keine Regelung enthalten. Die herrschende Lehre ist freilich anderer Auffassung, indem sie den Verbrauch als Nutzung i.S.v. Art. 938 und 940 ZGB auffasst²³. Diese Interpretation entspricht indes nicht dem

¹⁵ Vgl. zum deutschen Recht *Dieter Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 4. A. München 2003, Fall 188. Die Meinungen sind freilich geteilt (s. zum Meinungsstand *Ulrich Loewenheim*, Bereicherungsrecht, 3. A. München 2007, 77–79).

¹⁶ Anders – für die Anwendung von Bereicherungsrecht – die bundesgerichtliche Rechtsprechung (s. sogleich im Text). Zum Meinungsstand s. *Markus Nietlisbach*, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 1994, 385, seither noch *Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup*, Sachenrecht, 3.A. Zürich 2009, N 336.

¹⁷ Das Gesagte gilt unter der Voraussetzung, dass zwischen dem Eingreifer und dem Eigentümer kein Vertragsverhältnis, auch kein nichtiges, besteht. Bei Vorliegen eines nichtigen Vertragsverhältnisses konkurrieren Bereicherungs- und Sachenrecht (*Koller*, Fn. 10, § 33 N 29 f., mit Hw. auf abweichende Ansichten).

¹⁸ S. *Koller* (Fn. 10) § 30 N 46.

¹⁹ Zu den Gründen s. *Koller* (Fn. 10) § 33 N 28.

²⁰ Vgl. BGE 129 III 422, BGE, Urteile 4C.105/2006 vom 28. Juni 2006; 5A_661/2008 vom 9. März 2009, allerdings ohne Diskussion der Frage.

²¹ Der Entscheid ist zusammengefasst wiedergegeben bei *Koller* (Fn. 8) 63 ff.

²² *Koller* (Fn. 10) § 30 N 59 f.

²³ Z.B. *Emil W. Stark*, Berner Kommentar, N 10 zu Art. 938 ZGB; *Arthur Homberger*, Zürcher Kommentar, N 12 zu Art. 938 ZGB.

sprachüblichen Sinn von Nutzung und ist daher abzulehnen²⁴.

Die Kontroverse ist allerdings bei *Bösgläubigkeit* des Besitzers ohne praktische Bedeutung, weil der bösgläubige Besitzer so oder anders Wertersatz zu leisten hat. Unterstellt man hingegen den *gutgläubigen* Verbrauch dem Art. 938 ZGB, so ist der Verbraucher besser gestellt als nach Bereicherungsrecht: Nach Art. 938 ZGB entfällt jede Ersatzpflicht, nach Bereicherungsrecht ist hingegen die mit dem Verbrauch verbundene Ersparnis zu erstatten (Surrogatshaftung²⁵). Beispielsweise hat der vermeintliche Erbe, der gutgläubig den Weinvorrat des Erblassers getrunken hat, nach der hier vertretenen Ansicht die Ersparnisbereicherung herauszugeben, wogegen er nach herrschender Ansicht haftungsfrei bleibt.

4. Sachenrechtlich begründete anfängliche Unmöglichkeit

Nicht selten kommt vor, dass Schuldverträge aus sachenrechtlichen Gründen, insbesondere wegen Verstosses gegen den sachenrechtlichen *numerus clausus*, einen unmöglichen Inhalt haben (Art. 20 OR)²⁶. Das gilt beispielsweise für einen auf die Begründung einer Dienstbarkeit gerichteten Vertrag, falls Gegenstand der Dienstbarkeit ein unzulässiges Unterlassen (z.B. ein Konkurrenzverbot) sein soll (Art. 730 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 20 OR)²⁷. Dasselbe gilt, wenn zwar ein zulässiges Unterlassen Gegenstand der Dienstbarkeit sein soll, die Unterlassungspflicht jedoch mit einer nicht bloss nebensächlichen positiven Leistungspflicht gekoppelt wird (Art. 730 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 20 OR)²⁸. Ein weiteres Beispiel stammt aus der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung: In BGE 135 III 103²⁹ wurde erkannt, dass der Veräusserer einer

Sache die Weiterveräusserung nicht in dinglicher Weise an seine Zustimmung knüpfen kann; eine entsprechende Vereinbarung weist wiederum einen unmöglichen Inhalt auf³⁰.

Weist ein Vertrag – wie in den gemachten Beispielen – einen sachenrechtlich unzulässigen Vertragsinhalt auf, so ist er ganz oder teilweise nichtig (Art. 20 OR). In Frage kommt auch eine modifizierte Teilnichtigkeit oder eine «modifizierte Ganznichtigkeit» (Konversion³¹). Im letzteren Fall wird der ungültige Vertrag in einen gültigen, sachenrechtlich zulässigen Vertrag umgedeutet und mit dem neuen Inhalt aufrechterhalten (BGE 133 III 311 = Pra 2007 Nr. 125, 864 ff.³², unten Beispiel 1). Ob eine Konversion zulässig ist, beurteilt sich nach Art. 20 Abs. 2 OR, also nach dem hypothetischen Vertragswillen (vgl. § 140 BGB), doch kann sich eine Partei nach Treu und Glauben gegen eine für sie günstige Konversion nicht zur Wehr setzen, mag der hypothetische Parteiwille der Gegenpartei auch in eine andere Richtung gehen (Beispiel 2)³³.

Beispiel 1 (BGE 133 III 311): X war Eigentümer der Liegenschaft yyy, auf der sich eine Villa befindet. Nach seinem Tode ging die Liegenschaft in das Eigentum der Erbin D über. In der Folge kam D mit den übrigen Erben (A, B und C) überein, dass die Villa zu je einem Viertel Eigentum aller vier Erben werden solle. Zu diesem Zweck schlossen A, B, C und D einen Baurechts(dienstbarkeits)vertrag; als Begünstigte wurden A, B und C bezeichnet, dies in der Annahme, ein Viertel des Eigentums an der Villa verbleibe der Erbin D als Eigentümerin der Villenliegenschaft. Das Bundesgericht stellte fest, der von A, B, C und D geschlossene Baurechtsvertrag habe einen rechtlich unmöglichen Inhalt. Denn das Eigentum an einem Gebäude könne nicht in der Weise aufgeteilt werden, dass drei Viertel an die Baurechtsbe-

rechtigten gehen und ein Viertel dem Eigentümer des dienstbarkeitsbelasteten Grundstücks verbleibe. Die rechtliche Folge bestand primär darin, dass der Vertrag so wie abgeschlossen keine Geltung hatte. Er konnte jedoch in einen gültigen Baurechtsvertrag zugunsten von A, B, C und D (statt bloss von A, B und C) umgedeutet werden.

Beispiel 2: A schliesst mit B einen «Grunddienstbarkeitsvertrag», wonach er sich bereit erklärt, die auf seinem Grundstück befindliche Quelle für Fr. 10000.– zu fassen und mittels Rohrleitungen auf das Grundstück des B zu leiten. Die positive Leistungspflicht des A dürfte hier den nach Art. 730 Abs. 2 ZGB zulässigen Rahmen sprengen, eine Dienstbarkeit somit nicht begründbar sein (vgl. BGE 93 II 290

²⁴ Vgl. *Georg Holch*, Münchener Kommentar, N 3 zu § 99 BGB, wonach der Substanzverzehr nicht unter den Begriff der Nutzung fällt.

²⁵ *Koller* (Fn. 10) § 30 N 51 ff.

²⁶ *Antje Ziegler*, Die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung in der schweizerischen Lehre, Diss. St. Gallen 1992, 141 ff.; *Koller* (Fn. 10) § 13 N 48.

²⁷ S. z.B. BGE 123 III 337; FZR 2000 257 ff.; aus der Lehre *Stephan Wolf/Gian Sandro Genina*, Einschränkungen gewerblicher Tätigkeiten durch Dienstbarkeiten, FS Bucher, Bern/Zürich 2009, 839 ff., 841 ff.

²⁸ Vgl. BGE 106 II 315, wo wohl zu Unrecht Nebensächlichkeit der positiven Leistungspflicht angenommen wurde.

²⁹ S. zu diesem Entscheid *Koller* (Fn. 6) 21 ff.

³⁰ S. ferner etwa noch BGE 133 III 311 (= Pra 2007 Nr. 125, 864 ff.), dazu später im Text.

³¹ Zur Umschreibung der Konversion als «modifizierte Ganznichtigkeit» s. *Koller* (Fn. 10) § 13 N 93.

³² S. zu diesem Entscheid *Alfred Koller*, Sachenrecht Entwicklungen 2007, Bern 2008, 58 ff.

³³ S. *Koller* (Fn. 10) § 13 N 81 ff.; *Michael Schöll*, Die Konversion des Rechtsgeschäfts, Diss. Basel 2005, N 498.

E. 6a). Allenfalls kommt eine Konversion in einen Grundlastvertrag in Betracht, falls der «Dienstbarkeitsvertrag» öffentlich beurkundet wurde (Art. 783 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 657 ZGB; BGE 93 II 290 E. 6a). Sicher aber ist, dass B die Konversion in einen rein obligatorischen Vertrag (unter Beibehaltung des abgemachten Entgelts) verlangen kann. Denn einerseits wäre A mit einem solchen Vertrag sicher einverstanden gewesen, wenn B ihm seinerzeit einen entsprechenden Vorschlag anstelle des Dienstbarkeitsvertrages gemacht hätte, und andererseits kann A nach Treu und Glauben nicht einwenden, B hätte sich bei Vertragsabschluss mit einer obligatorischen Verpflichtung nicht zufrieden gegeben. Im erwähnten BGE 93 II 290 ist das Bundesgericht mit Selbstverständlichkeit, d.h. ohne die Grundsätze über die Konversion anzurufen, vom Bestand einer obligatorischen Verpflichtung ausgegangen.

Vermittelt die Konversion eines Vertrags, der einen sachenrechtlich unmöglichen Inhalt aufweist, einen dinglichen Anspruch, so kann dieser

Anspruch nicht mittels blosser Grundbuchanmeldung durchgesetzt werden. Denn der Grundbuchverwalter darf und muss sich angesichts seiner beschränkten Kognition darauf beschränken, einigermassen klar gefasste Ansprüche einzutragen. Hingegen kann der Anspruchsberechtigte seinen Anspruch mittels Gestaltungsklage durchsetzen (Art. 665 Abs. 1 ZGB) und in der Folge das durch das Urteil entstandene dingliche Recht eintragen lassen (Art. 665 Abs. 2 ZGB)³⁴. Das dingliche Recht entsteht diesfalls ausserbuchlich, doch kann darüber erst nach der Eintragung verfügt werden (Art. 656 Abs. 2 ZGB).

5. Sachenrechtlich begründete nachträgliche Unmöglichkeit; die Praxisänderung von BGE 135 III 212

In BGE 135 III 212 hatte der Eigentümer eines Grundstücks (E), der sich gegenüber einem Dritten (Z) verpflichtet hatte, im Falle einer Überbauung seines Grundstücks eine Höhenbeschränkung von 8,5 m einzuhalten, das Grundstück nachträglich in Stockwerkeigentum aufgeteilt und einzelne Stockwerkeinheiten verkauft. Die Dachoberkante des in der Folge auf dem Grundstück errichteten Gebäudes lag gerade noch innerhalb der Höhenbeschränkung. Hingegen überschritten drei Aufbauten die maximal zulässige Höhe. Hierauf verlangte Z von E die Beseitigung der Aufbauten, eventualiter Schadenersatz. Das angerufene Gericht hiess das Hauptbegehren gut, die zweite Instanz wies es ab, das Bundesgericht hat dem Hauptbegehren unter Annahme subjektiver Unmöglichkeit ebenfalls nicht stattgegeben. Seine Erwägungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Die Dachaufbauten waren unbestrittennermassen nicht zu Sonderrecht des E ausgeschieden, sondern gehörten zu den gemeinschaftlichen Bauteilen der Liegenschaft. Kraft des Verweises in Art. 712g Abs. 1 ZGB sind auf bauliche Massnahmen, welche die gemeinschaftlichen Teile betreffen, die Bestimmungen über das Miteigentum anwendbar. Da der Rückbau nicht als notwendige bauliche Massnahme im Sinne von Art. 647c ZGB betrachtet werden konnte, hätte er in jedem Fall der Zustimmung der Stockwerkeigentümergeinschaft bedurft. Ob dazu ein Mehrheitsbeschluss genügt hätte (nützliche bauliche Massnahme; Art. 647d Abs. 1 ZGB), oder ob es der Zustimmung aller Stockwerkeigentümer bedurft hätte (der Verschönerung und Bequemlichkeit dienende Massnahme; Art. 647e Abs. 1 ZGB), liess das Bundesgericht offen. Denn eine Mehrheit wäre nicht zu erreichen gewesen. Die Vorinstanz hatte nämlich – für das Bundesgericht verbindlich (Art. 105 BGG) – festgestellt, dass die anderen Stockwerkeigentümer einer Entfernung der Dachaufbauten freiwillig nicht zustimmen würden, auch nicht gegen Leistung einer Entschädigung³⁵. Eine Erzwingung der Zustimmung aber kam nicht in Frage, da die anderen Stockwerkeigentümer durch den von E und Z geschlossenen Vertrag nicht gebunden waren. Aus diesem Grund lag hinsichtlich der Durchführung des Rückbaus Unmöglichkeit im Sinne von Art. 97 OR vor.

Dem Entscheid ist beizupflichten, falls es tatsächlich so war, dass sich die Stockwerkeigentümergeinschaft *keinesfalls* hätte dazu bewegen lassen, dem Rückbau zuzustimmen. Hätte sie sich hingegen dazu bewegen lassen, wenn auch nur gegen eine dem Beklagten (E) unzumutbare Entschädigungsleistung, so war keine (subjektive) Unmöglichkeit, sondern *Unzumutbarkeit* gegeben. Diese verschafft zwar dem Schuldner ein Schuldauflösungs- oder Schuldänderungsrecht^{36,37}, hingegen führt sie –

³⁴ S. Koller (Fn. 8) 75.

³⁵ Nicht amtlich publizierte E. 2 des referierten Entscheids.

³⁶ Massgeblich sind die Grundsätze über die *clausula rebus sic stantibus* (vgl. neustens BGE 135 III 295 E. 6, 127 III 300; *Andreas Thier*, Basler Kurzkommentar, N 9 zu Art. 97 OR) bzw. Gesetzesbestimmungen, welche in Konkretisierung dieser ungeschriebenen Regel erlassen wurden, z.B. Art. 297 OR (BGE 38 II 76, referiert bei Koller, Fn. 10, § 53 N 6 Anm. 2) oder Art. 337 OR (BGE 129 III 380).

³⁷ Der Gläubiger seinerseits kann nach Massgabe von Art. 107 Abs. 2 OR auf die (dem Schuldner unzumutbare) Leistung verzichten, unter Umständen ohne Nachfristansetzung (Art. 108 Ziff. 1 OR) und im Falle einer sog. vorzeitigen Erfüllungsverweigerung noch vor Verzugseintritt (Koller, Fn. 10, § 55 N 111).

anders als die Unmöglichkeit – nicht zu einem automatischen Dahinfall der Leistungspflicht³⁸. Das ist deshalb hervorzuheben, weil früher das Bundesgericht die Unzumutbarkeit den Unmöglichkeitsregeln (Art. 97, 119 OR) unterstellt hat (BGE 82 II 332³⁹, 84 II 6⁴⁰). Davon ist es nun im referierten Entscheid abgerückt, indem es die Unmöglichkeitsregeln – zutreffenderweise – auf Fälle beschränkt, in denen die Leistungserbringung tatsächlich ausgeschlossen ist. Diese Praxisänderung wird allerdings als blosser Praxispräzisierung ausgegeben⁴¹. Im Übrigen werden zur Begründung ausschliesslich verschiedene Nachbarrechtsordnungen herangezogen⁴², wogegen die schweizerische Lehre⁴³ ausser Betracht bleibt.

Während früher das Bundesgericht die Unmöglichkeitsregeln zu Unrecht in Fällen blosser Unzumutbarkeit angewendet hat, will umgekehrt ein Teil der Lehre die Unmöglichkeitsregeln selbst in Fällen subjektiver Unmöglichkeit nicht zur Anwendung bringen. Stattdessen soll Schuldnerverzugsrecht zum Zuge kommen⁴⁴. Folgt man dieser Auffassung, so fällt die Pflicht des Schuldners zur Realerfüllung nicht eo ipso – mit Eintritt der Unmöglichkeit – dahin, sondern erst, wenn der Gläubiger auf die Leistung verzichtet (Art. 107 Abs. 2 OR). Indes ist schwer zu ersehen, welchen Sinn eine Verzichtserklärung machen soll, wenn einmal feststeht, dass der Schuldner nicht leisten kann, und das definitiv. Wenn es daher im referierten Entscheid tatsächlich so war, dass sich die Stockwerkeigentümergeinschaft *keinesfalls* hätte dazu bewegen lassen, dem Rückbau zuzustimmen, so ist nicht ersichtlich, weshalb die Leistungspflicht des Beklagten bis zu einem allfälligen Leistungsverzicht des Klägers hätte fortbestehen sollen. Vielmehr war dann ohne Weiteres vom Dahinfall der Leistungspflicht auszugehen^{45,46}. Zu Recht hat das Bundesgericht in diesem

Sinne entschieden und damit der «Verzugstheorie» eine Absage erteilt, allerdings ohne diese Theorie auch nur zu erwähnen.

6. Die objektiv wesentlichen Punkte eines Dienstbarkeitsvertrages

Der Dienstbarkeitsvertrag ist ein auf Begründung einer Dienstbarkeit gerichteter Schuldvertrag (Innominatvertrag, genauer: Vertrag sui generis⁴⁷). Wie bei jedem Schuldvertrag muss sich die Einigung (u.a.) auf die objektiv wesentlichen Punkte beziehen.⁴⁸ Im Vertrag muss insbesondere angegeben werden, wozu der (präsumtive) Dienstbarkeitsbelastete nach Eintragung der Dienstbarkeit verpflichtet sein wird. Allerdings muss der Leistungsumfang nicht im Voraus bestimmt sein, Bestimmbarkeit genügt. Es genügt mit anderen Worten, wenn sich der Dienstbarkeitsinhalt im Streitfall anhand von Vertrag und Gesetz konkretisieren lässt. Wird beispielsweise ein Fuss- und Fahrwegrecht eingeräumt, so braucht nicht angegeben zu werden, wo der zu benutzende Weg verläuft.⁴⁹ Denn das Gesetz hält für den Fall, dass es später nicht zu einer einvernehmlichen Wegbestimmung kommt, eine Dispositivregel bereit. Diese besagt, dass der mit dem Wegrecht belastete Grundeigentümer den Wegverlauf bestimmen darf (Art. 742 Abs. 1 ZGB, Art. 71 Abs. 1 OR). Dabei hat er selbstverständlich auf die Interessen des Berechtigten Rücksicht zu nehmen (vgl. Art. 737 Abs. 2 ZGB). Macht der Belastete von seinem Bestimmungsrecht keinen Gebrauch, so kann der Richter – auf Begehren des Berechtigten – an dessen Stelle eine interessengerechte Lösung treffen.

³⁸ Koller (Fn. 10) § 53 N 6.

³⁹ S. dazu Koller (Fn. 10) § 29 N 44 und 74.

⁴⁰ Dazu Koller (Fn. 10) § 53 N 7; s. ferner etwa noch BGE 122 III 67.

⁴¹ Der Entscheid bildet in dieser Hinsicht keinen Einzelfall (vgl. z.B. Hans Peter Walter, ZBJV 2009 856, der mit Bezug auf BGE 134 III 497 die Feststellung trifft, der Entscheid werde «als «Präzisierung der Rechtsprechung» ausgegeben», er enthalte aber in Wirklichkeit «eine eigentliche Praxisänderung». S. zur Problematik solcher verschleierte Praxisänderungen Thomas Probst, Die Änderung der Rechtsprechung, Diss. St. Gallen 1992, 188 f.

⁴² Erwähnt werden das deutsche, österreichische und italienische Recht.

⁴³ Im Sinne der neuen Praxis z.B. Thier (Fn. 36) N 9 zu Art. 97 OR; Koller (Fn. 10) § 53 N 6 ff.; a.A. Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar, N 14 zu Art. 97 OR m.w.Nw.

⁴⁴ So z.B. Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger (Fn. 7) N 2575; Kramer (Fn. 7) N 473. Für weitere Nachweise s. Thomas Coendet, Subjektive Unmöglichkeit als regulatives Prinzip, recht 2009 128 ff., 129 Anm. 5. Coendet selbst vertritt im Ergebnis die nachstehend im Text vertretene Auffassung.

⁴⁵ Ich gebe damit nur wieder, was ich bereits andernorts – ausführlicher – dargelegt habe (Koller, Fn. 10, § 53 N 12).

⁴⁶ Hätte das Bundesgericht gegenteilig entschieden und den E – wie noch die erste Instanz – zum Rückbau verurteilt, so wäre womöglich die reale Völlstreckung des (Leistungs-)Urteils am Widerstand der Stockwerkeigentümergeinschaft gescheitert. Gegebenenfalls hätte Z an Stelle des geschuldeten Rückbaus Schadenersatz verlangen können (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., 1979, 206, 628; Koller, Fn. 10, § 44 N 7 f.). S. auch Art. 345 Abs. 1 ZPO-CH (zur Rechtslage, die ab dem 1. Januar 2011 Geltung haben wird).

⁴⁷ Z.B. Peter Liver, Zürcher Kommentar, N 54 zu Art. 732 ZGB; Paul Piotet, SPR V/1, Basel/Stuttgart 1977, 558; zweifelnd Martin Germann, Der Vertrag zur Errichtung einer Grunddienstbarkeit, Diss. Luzern 2008, N 145 f.

⁴⁸ S. dazu allgemein Koller (Fn. 10) § 6 N 26 ff.; Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger (Fn. 7) N 332 ff.

⁴⁹ Fraglich ist, ob sich dies mit Inkrafttreten von Art. 732 Abs. 2 ZGB ändern wird (s. dazu Koller, Fn. 8, 76).

Illustrativ ist in diesem Zusammenhang der Entscheid BGE 87 I 311 ff. Es ging hier um Folgendes: Am 15. Juni 1960 verkaufte die Kurhaus Rosenlaur AG ihr Hotelgrundstück (Gebäude mit Umschwung, rund 102 Aren) an Ernst Kehrl. Zugleich räumte sie zu Gunsten des Kaufgrundstücks und zu Lasten der angrenzenden Alp Rosenlaur (Grundstück Nr. 595) eine (Grund-)Dienstbarkeit ein, nämlich ein dauerndes und unkündbares «Benützungsgrecht», umschrieben als «das Recht, die für den Hotelbetrieb erforderlichen Parkplätze auf dem belasteten Grundstück zu erstellen und dieselben zu unterhalten... Zum Schutze der parkierten

Fahrzeuge gegen das weidende Vieh hat der Eigentümer des berechtigten Grundstücks die Parkplätze auf dem belasteten Grundstück soweit notwendig einzuzäunen.» Der Grundbuchführer von Oberhasli lehnte die Eintragung des Dienstbarkeitsvertrages ab, weil die räumliche Ausdehnung des «Benützungsgrechtes» nicht genau umgrenzt sei. Dagegen beschwerte sich die Verkäuferin erfolglos beim Regierungsrat des Kantons Bern. Das Bundesgericht hat hingegen der Verkäuferin Recht gegeben. Es stellte fest, die Parteien seien nicht gezwungen, ein Benützungsgrecht der fraglichen Art nach Lage und Umfang ein für allemal genau zu bezeichnen. Vielmehr sei es zulässig, auf die jeweiligen Bedürfnisse des auf dem berechtigten Grundstück geführten Hotelbetriebes abzustellen. Insbesondere sei es zulässig, den künftig zu erwartenden Mehrbedarf an Abstellplätzen zu berücksichtigen. «Es verstösst», hält das Bundesgericht wörtlich fest, «nicht gegen objektive Rechtsnormen, eine Dienstbarkeit auf solche Weise für wechselnde, in Zukunft steigende Bedürfnisse des berechtigten Grundstücks einzuräumen» (S. 314).

In einem neusten Bundesgerichtsentscheid ging es um einen Dienstbarkeitsvertrag, der auf die Begründung eines Benützungsgrechtes an einem Hof ging. «Toute la cour», also

der ganze Hof, sollte Gegenstand der Dienstbarkeit sein. Das Bundesgericht hat – m.E. zu Unrecht – entschieden, es fehle dem Vertrag an der nötigen Bestimmtheit, und daher auf dessen Ungültigkeit erkannt⁵⁰.

7. Das OR und die Verjährung sachenrechtlicher Schadenersatzansprüche

Mit den sachenrechtlichen Schadenersatzansprüchen sind hier ausservertragliche Ansprüche gemeint, etwa jene von Art. 679 und 955 ZGB. Die sachenrechtlichen Haftungsbestimmungen kennen keine Verjährungsregelung. Es kommen daher die allgemeinen Regeln von Art. 127 ff. OR zum Zuge, «soweit das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt» (Art. 127 OR)⁵¹. «Etwas anderes bestimmt» ist hinsichtlich Beginn und Dauer der Verjährungsfrist. Insoweit verdrängt Art. 60 OR, der freilich nur analoge Anwendung findet⁵², die Art. 127 f. und 130 OR⁵³. Im Übrigen aber bleibt es bei der Anwendung des allgemeinen Verjährungsrechtes, insbesondere was die Hemmung (Art. 134 OR) und die Unterbrechung (Art. 135 ff. OR) der Verjährung anbelangt.

⁵⁰ S. BGer, Urteil 5A_641/2008 vom 8. Januar 2009; dazu Koller (Fn. 8) 69 ff.

⁵¹ Art. 127 OR bezieht sich zwar nur auf die Verjährungsfrist, doch gilt der Vorbehalt zugunsten abweichenden Sonderzivilrechts – selbstverständlich – generell.

⁵² Nur analog anwendbar ist er deshalb, weil er nach seiner systematischen Stellung unmittelbar nur Ansprüche aus Art. 41 ff. OR betrifft.

⁵³ In diesem Sinne hat das Bundesgericht für die Ansprüche aus Art. 679 ZGB (BGE 111 II 429 E. 2) und Art. 955 ZGB (BGE 119 II 216 E. 4) entschieden, doch gilt das Gesagte auch für andere ausservertragliche Schadenersatzansprüche des Sachenrechts.