

Wegrechte – Auslegung, Ergänzung und verwandte Fragen

Ein Streifzug durch die neuere und neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung

ALFRED KOLLER

Inhaltsübersicht

Vorbemerkung	191
1. Einleitung	192
2. BGE 5A_412/2009 vom 27. Oktober 2009 (ZBGR 92/2011 S. 196)	194
3. BGE 5A_846/2009 vom 12. März 2010 (ZBGR 92/2011 S. 112)	195
4. BGE 5A_287/2010 vom 5. Juli 2010	196
5. BGE 5C.71/2006 vom 19. Juli 2006 (ZBGR 88/2007 S. 464)	199

Vorbemerkung

Nachstehend werden vier Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (BGE 5A_412/2009 = ZBGR 92/2011 S. 196; 5A_846/2009 = ZBGR 92/2011 S. 112; 5A_287/2010 und 5C.71/2006) = ZBGR 88/2007 S. 464, welche sich mit der im Titel umschriebenen Thematik befassen, referiert und (kurz) kommentiert. Vorangestellt werden einleitende Bemerkungen zur Bestimmung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit.

1. Einleitung¹

Mit der Bestimmung von Inhalt und Umfang der Dienstbarkeiten befasst sich Art. 738 ZGB². Im Einzelfall kann auch Art. 973 Abs. 1 ZGB zur Anwendung gelangen. Präzisierungen:

a) Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit richten sich – entgegen dem Wortlaut von Art. 738 ZGB – nach dem Dienstbarkeitsvertrag, soweit sich die Vertragsparteien gegenüberstehen (BGE 132 III 651 E. 8, S. 655 ff³). Ein abweichender Grundbucheintrag ändert hieran nichts (BGE 123 III 461 E. 2c, S. 465, wonach «nicht der Eintrag, sondern der Erwerbsgrund, d.h. der vertragliche Begründungsakt, die Wirkung inhaltlicher Gestaltung» hat). Gegebenenfalls kann die Grundbuchberichtigung, also die Anpassung des Grundbuchs an die gemäss Vertrag bestehende Rechtslage, verlangt werden (Art. 975 Abs. 1 ZGB). Der Dienstbarkeitsvertrag ist nach den allgemeinen Regeln auszulegen. Es gilt also das Vertrauensprinzip, soweit keine tatsächliche Willensübereinkunft nachgewiesen ist.

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

aa) Dritte sind grundsätzlich nicht verpflichtet, in die Belege Einsicht zu nehmen (vgl. BGer, Urteil 5C.307/2005 vom 16.5.2006 = ZBGR 88/2007 S. 130⁴). Vorbehalten sind Fälle, in denen die Umstände eine Diskrepanz von Vertrag und Grundbucheintrag nahe legen, in diesem Sinne Verdachtsgründe bestehen (vgl. BGer, Urteil 5C.282/2005 vom 13.1.2006, E. 3 = ZBGR 88/2007 S. 480 E. 3, wo sich der Dienstbarkeitsbelastete nicht auf

¹ Die folgenden Ausführungen entsprechen weitgehend dem, was ich in njus, Sachenrecht, Entwicklungen 2006, Bern 2007, S. 35 ff., gesagt habe. S. auch die allgemeinen Bemerkungen zu Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit in njus, Sachenrecht, Entwicklungen 2010, Bern 2011, S. 38 ff.

² S. zu dieser Bestimmung im Einzelnen *Beat Eschmann*, Auslegung und Ergänzung von Dienstbarkeiten, Diss. Zürich 2005.

³ Zu diesem Entscheid s. njus, Sachenrecht, Entwicklungen 2006, Bern 2007, S. 41 ff.

⁴ Zu diesem Entscheid s. njus, Sachenrecht, Entwicklungen 2006, Bern 2007, S. 38 f.

Art. 973 Abs. 1 ZGB berufen konnte, weil das umstrittene Recht «permanent ausgeübt und geduldet worden und seit jeher bekannt gewesen» sei⁵).

bb) Auch wo keine Einsichtspflicht besteht, werden allerdings die Belege insoweit als bekannt vorausgesetzt, als sie lediglich den Hauptbucheintrag konkretisieren. Mit anderen Worten müssen sich Dritte aus dem Dienstbarkeitsvertrag resultierende Klarstellungen «im Rahmen des Eintrags» (Art. 738 Abs. 2 ZGB) ohne weiteres entgegenhalten lassen. Soweit die Belege vom Grundbucheintrag abweichen, werden sie nicht als bekannt vorausgesetzt, doch können sich Dritte trotzdem darauf berufen, wenn ihnen dies zum Vorteil gereicht, dies unabhängig davon, ob sie zur Einsichtnahme in das Grundbuch verpflichtet sind (s. dazu oben lit. a) oder nicht (anders BGE 123 III 461, bestätigt im Urteil 5C.116/2006 vom 4. September 2006, E. 1⁶).

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

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

⁵ Zu diesem Entscheid s. njus, Sachenrecht, Entwicklungen 2006, Bern 2007, S. 14 ff. und 37 f. S. ferner BGE 5A_287/2010 vom 5.7.2010 (dazu unten 4.) und BGE 5C.71/2006 vom 19.7.2006 (dazu unten 5.).

⁶ Zu diesem Entscheid s. njus, Sachenrecht, Entwicklungen 2006, Bern 2007, S. 40 f.

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

2. BGE 5A_412/2009 vom 27. Oktober 2009 (ZBGR 92/2011 S. 196)⁷

Art. 736 und 738 ZGB. Der subjektive Wille der Parteien des Dienstbarkeitsvertrages ist für einen gutgläubigen Dritten unbeachtlich. Für einen solchen gilt die Dienstbarkeit vielmehr so, wie sie sich aus dem Grundbucheintrag und eventuell dem objektiv ausgelegten Dienstbarkeitsvertrag ergibt. (Entscheidungszusammenfassung des Schreibenden)

X ist Eigentümer des Grundstücks Nr. 1, Y ist Eigentümerin der Grundstücke Nr. 2 und 3 im Grundbuch von M. Im Jahre 1919 schlossen der damalige Eigentümer des Grundstücks Nr. 1 und der damalige Eigentümer der Grundstücke Nr. 2 und Nr. 3 einen Vergleichsvertrag, durch welchen sie eine Streitigkeit um die Gewährung eines Notwegrechts erledigten. Im Grundbuch eingetragen wurde anschliessend ein «Fahrwegrecht» zu Gunsten der Grundstücke Nr. 2 und 3. Diese beiden Grundstücke sind seit Anfang der 90er Jahre auch durch eine öffentliche Strasse erschlossen. Im Dezember 2001 erhob X Klage gegen Y und beantragte die Löschung der Dienstbarkeit, mit der Begründung, dass die Wegnot inzwischen nicht mehr bestehe. Die Klage wurde von den kantonalen Instanzen und vom Bundesgericht abgewiesen. Zwar war erwiesen, dass die Parteien des Vergleichsvertrages 1919 lediglich ein Notwegrecht vereinbaren wollten. Die gutgläubige Y durfte jedoch gestützt auf den Grundbucheintrag von einem ordentlichen Fahrwegrecht ausgehen (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Eine Löschung wäre folgerichtig nur in Betracht gekommen, wenn an einem ordentlichen Fahrwegrecht kein oder doch nur mehr ein geminderteres Interesse bestanden hätte (Art. 736 ZGB). Das traf indes nicht zu, namentlich deshalb nicht, weil zahlreiche Kunden von Y, die auf ihren Grundstücken ein Fitnesscenter betreibt, auch nach Errichtung der öffentlichen Strasse vom Fahrwegrecht weiterhin Gebrauch machten.

⁷ Die nachstehende Entscheidungszusammenfassung ist im Wesentlichen übernommen aus njus, Sachenrecht, Entwicklungen 2009, Bern 2010, S. 67.

3. BGE 5A_846/2009 vom 12. März 2010 (ZBGR 92/2011 S. 112)⁸

Art. 975 ZGB. Grundbuchberichtigungsklage (Berichtigung der Belege). Wegrecht, bei dem der als Grundbuchbeleg eingereichte Plan mit dem im Wegrechtsvertrag vereinbarten und tatsächlich realisierten Plan nicht übereinstimmt. Vorbehalt gutgläubig erworbener Rechte eines Dritten. In casu Gutgläubigkeit verneint. (Entscheidungszusammenfassung des Schreibenden)

Sachverhalt: Am 18. Oktober 1986 erwarben die Ehegatten B von C die Parzelle Nr. 121a in der Gemeinde X. im Kanton Wallis. Am Tage davor hatten die Parteien zugunsten des Kaufgrundstücks und zu Lasten des dem Verkäufer gehörenden Grundstücks Nr. 121 ein Fahrwegrecht vereinbart. Der Verlauf des von der Dienstbarkeit erfassten Wegs wurde in einem von den Parteien unterzeichneten Plan festgehalten (Plan 1). In der Folge wurde vom amtlichen Geometer ein weiterer Plan erstellt, welcher jedoch mit der getroffenen Vereinbarung nicht übereinstimmte (Plan 2). Der Notar, der das Kaufgeschäft beurkundet hatte, reichte dem Grundbuchamt diesen zweiten Plan ein. Dieser findet sich als Beleg im Grundbuch, während der tatsächlich errichtete Weg dem Plan 1 entspricht.

Im Jahre 1989 verkaufte C die mit dem Fahrwegrecht belastete Parzelle Nr. 121 den Eheleuten E, welche es ihrerseits am 12. Oktober 2005 an die Eheleute A weiterveräusserten. Diese wurden vom Ehepaar B bereits am 10. Oktober, also zwei Tage vor Erwerb des Grundstücks Nr. 121, über die bestehende Dienstbarkeit informiert und es wurde ihnen bei dieser Gelegenheit auch der Plan 1 vorgelegt. Über den Umfang der Dienstbarkeit kam es alsbald zu Diskussionen. Schliesslich teilte das Ehepaar A den Eheleuten B mit, dass es eine Barriere zu errichten gedenke, um sie an der Benutzung des im Plan 1 eingezeichneten Weges zu hindern. Nachdem eine Klage des Ehepaars B auf Erlass vorsorglicher Massnahmen gegen die Beeinträchtigung ihrer Dienstbarkeit ohne Erfolg geblieben war, reichte das Ehepaar B eine Grundbuchberichtigungsklage ein. Diese wurde vom Kantonsgericht Wallis gutgeheissen und der Grundbuchverwalter angewiesen, Plan 1 als Beleg für den Erwerbsgrund ins Grundbuch aufzunehmen. Das Bundesgericht hat eine Beschwerde der Eheleute A abgewiesen, sinngemäss aus folgenden

⁸ Die nachstehenden Ausführungen entsprechen weitgehend dem, was ich in njus, Sachenrecht, Entwicklungen 2010, Bern 2011, S. 40 ff., gesagt habe.

Erwägungen: Zum «Eintrag» i.S.v. Art. 975 ZGB gehören auch die Belege⁹. Demnach war im konkret beurteilten Fall der Grundbucheintrag unrichtig, da ein falscher, dem Parteiwillen nicht entsprechender Plan zu den Belegen genommen worden war. Gegenüber einem Erwerber des dienstbarkeitsbelasteten Grundstücks ist allerdings eine Berichtigung nur unter der Voraussetzung zulässig, dass jener das Grundstück nicht in berechtigtem (Art. 3 Abs. 2 ZGB) guten Glauben erworben hat (Art. 973 Abs. 1 ZGB). Eine Berichtigung ist also ausgeschlossen, wenn der Erwerber um den fehlerhaften Beleg weder wusste noch wissen musste. Im vorliegenden Fall wussten sowohl die Eheleute E als auch die Eheleute A um den Umstand, dass der im Grundbuch vorhandene Plan nicht dem Willen der ursprünglichen Parteien des Dienstbarkeitsvertrags entsprach, zumindest mussten sie darum wissen. Eine Berichtigung war daher nicht ausgeschlossen.

Bemerkungen: Im Entscheid wird unterstellt, dass bei Gutgläubigkeit der Eheleute E diese das Grundstück Nr. 121 mit der Dienstbarkeit gemäss Plan 2 erworben hätten. Bei der Weiterveräusserung an die Eheleute A wäre es auf deren guten Glauben nicht mehr angekommen¹⁰. Die Berichtigungsklage hätte dann abgewiesen werden müssen.

4. BGE 5A_287/2010 vom 5. Juli 2010¹¹

Art. 738, 973 Abs. 1 und Art. 975 ZGB. Wegrecht, bei dem der als Grundbuchbeleg eingereichte Plan mit dem im Wegrechtsvertrag vereinbarten und tatsächlich realisierten Plan nicht übereinstimmt. Verlangen nach Anpassung des Wegs 20 Jahre nach dessen Erstellung. Abweisung des Begehrens. (Entscheidungszusammenfassung des Schreibenden)

Sachverhalt und Erwägungen: Frau C und ihr Bruder B schlossen am 6. Juli 1985 einen öffentlich beurkundeten Erbteilungsvertrag. Darin sahen sie vor, dass C die Liegenschaft Nr. 3645 erhält, B die angrenzende Liegenschaft Nr. 3677. Auf den zwei Parzellen begründeten sie ein gegenseitiges Fuss- und Wegrecht, «dont l'assiette s'exercera sur le tracé indiqué en rouge sur le plan annexe en faveur et à charge des parcelles nos 3645 et 3677 (...)»

⁹ Vgl. Dieter Zobl, Grundbuchrecht, 2. A., Zürich 2004, Rn 454.

¹⁰ Vgl. BGE 107 II 440 E. 5, m.w.Hw.

¹¹ Die nachstehende Entscheidungszusammenfassung ist im Wesentlichen übernommen aus njus, Sachenrecht, Entwicklungen 2010, Bern 2011, S. 42 ff.

Die Dienstbarkeit wurde im Grundbuch wie folgt eingetragen: «D[roit]. et Ch[arge]. Passage réciproque à pied et tous véhicules en fav. et à ch. nos 3677 3645, v. PJ et croquis». Bereits im Jahre 1984, also noch vor Abschluss des Erbteilungsvertrages, hatte B auf dem Grundstück Nr. 3677 mit dem Bau eines Einfamilienhauses begonnen. Der im Baubewilligungsverfahren eingereichte Strassenplan entspricht dem Plan, auf den sich Erbteilungsvertrag und Grundbucheintrag beziehen (Plan vom 9. November 1984). Ein späterer Plan (vom 28. November 1984) sah dann jedoch einen abgeänderten Strassenverlauf vor. Die Strasse wurde schliesslich gemäss diesem Plan erstellt, mit dem Ergebnis, dass die Fläche des – der C zugewiesenen – Grundstücks Nr. 3645 um ca. 40 m² verkleinert wurde. Im Jahre 2006 hat C das Grundstück ihrem Sohn A abgetreten.

Kurze Zeit später hat dieser gegen seinen Onkel B Klage eingereicht, «concluant à ce qu'ordre soit donné à son oncle d'exercer la servitude de passage dont sa parcelle était bénéficiaire strictement sur l'assiette définie lors de sa constitution et correspondant au plan déposé en annexe au registre foncier de Z». Das Kantonsgericht Wallis hat die Klage abgewiesen. Eine beim Bundesgericht eingereichte Beschwerde in Zivilsachen blieb erfolglos. In seinen Erwägungen ist das Bundesgericht davon ausgegangen, dass die von C und B geschlossene Wegrechtsvereinbarung sich auf den tatsächlich realisierten Plan, also jenen vom 28. November 1984, bezog und daher die Dienstbarkeit jedenfalls im Verhältnis der ursprünglichen Beteiligten gemäss diesem und nicht gemäss dem im Grundbuch hinterlegten Plan Bestand hatte. Sodann hat es angenommen, dass durch die Veräusserung der wegrechtsbelasteten Liegenschaft sich am bestehenden Zustand nichts geändert habe. Zwar hätte sich A auf den im Grundbuch figurierenden Plan berufen und das Grundbuch entsprechend berichtigen lassen können, wenn er beim Erwerb der dienstbarkeitsbelasteten Liegenschaft berechtigterweise (Art. 3 Abs. 2 ZGB) gutgläubig gewesen wäre (Art. 973 Abs. 1 ZGB). Den guten Glauben hat das Bundesgericht dem A jedoch abgesprochen¹².

Bemerkungen: a) Der Kläger hatte bestritten, dass sich der Vertragswille von B und C auf den Plan vom 28. November 1984 und nicht auf denjenigen vom 9. November 1984 bezogen hatte. Die Planunterschiede seien gering und kaum erkennbar gewesen, weshalb nicht angenommen werden dürfe, seine Mutter habe den Unterschied erkannt und in Kenntnis desselben die Strassenführung akzeptiert. Auf diese Behauptung ist das Bundesgericht nicht eingetreten: Da es sich bei dem von der Vorinstanz festgestellten über-

¹² E. 4.2 a.E. des referierten Entscheids.

einstimmenden Parteiwillen um den tatsächlichen und nicht um den nach Vertrauensprinzip ermittelten Parteiwillen handelte («volonté réelle», nicht «objective»)¹³, war das Bundesgericht an die Feststellung der Vorinstanz gebunden, soweit diese nicht willkürlich erfolgt war (vgl. Art. 105 BGG). Eine entsprechende Rüge hatte A zwar erhoben, jedoch nicht in hinreichendem Masse substantiiert¹⁴.

b) Die Klagegrundlage wurde im Entscheid nicht näher thematisiert. Es ist jedoch davon auszugehen, dass der Kläger die Eigentumsfreiheitsklage gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB erhoben hat¹⁵. Das Kantonsgericht war der Auffassung, die Klageerhebung erfolge rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB) und hat die Klage aus diesem Grund abgewiesen¹⁶. Demgegenüber hat das Bundesgericht bereits die vom Kläger behauptete Eigentumsverletzung verneint und die Klage aus diesem Grund abgewiesen. Es hat nämlich angenommen, das Wegrecht bestehe gemäss dem Plan vom 28. November 1984 statt jenem vom 9. November 1984¹⁷. Indes war dieser letztere Plan beurkundet, nicht jener. Es lag somit ein Formmangel (Verstoss gegen Art. 732 ZGB) vor, welcher grundsätzlich die Annahme verbot, die Dienstbarkeit sei gemäss dem Plan vom 28. November 1984 entstanden (Kausalitätsprinzip). Dieser Mangel liess sich – nach allgemeiner Regel – nur durch die Annahme beheben, die Berufung darauf erfolge rechtsmissbräuchlich. Mit dieser Frage hat sich das Bundesgericht nicht befasst. Wenn jedoch die Klageerhebung tatsächlich rechtsmissbräuchlich erfolgte, so dürfte auch die Berufung auf den Formmangel rechtsmissbräuchlich gewesen sein.

c) Nach dem referierten Entscheid ist der Grundbucheintrag insofern unrichtig, als sich ein falscher Plan (jener vom 9. November 1984 statt jener vom 28. November 1984) bei den Grundbuchbelegen befindet. Diese Annahme ist nur unter der Voraussetzung richtig, dass der Plan vom 28. November – über das Rechtsmissbrauchsverbot (oben Ziff. 2) – als beurkundet gilt. Geht man von dieser Annahme aus, so lässt sich die fragliche Unrichtigkeit des Grundbuchs mit der Grundbuchberichtigungsklage beheben¹⁸. Dem

¹³ E. 4.1.1 des referierten Entscheids.

¹⁴ E. 4.1.1 (zweiter Absatz) des referierten Entscheids.

¹⁵ Im Entscheid ist zwar nicht von der *action négatoire* (das ist die Eigentumsfreiheitsklage), sondern von der *action confessoire* (das ist die analoge Klage des Dienstbarkeitsberechtigten, vgl. Art. 737 ZGB) die Rede. Dabei dürfte es sich jedoch um ein Versehen handeln, denn der Kläger wehrte sich nicht gegen eine behauptete Dienstbarkeitsverletzung, sondern gegen eine behauptete Eigentumsverletzung.

¹⁶ S. E. 3 des referierten Entscheids.

¹⁷ S. E. 6 des referierten Entscheids; dazu sogleich Ziff. 3.

¹⁸ S. BGer, Urteil 5A_846/2009 vom 12. März 2010, dazu oben.

Beklagten (B) hätte es frei gestanden, in dem von A angehobenen Prozess widerklageweise auf Grundbuchberichtigung zu klagen. «Dans la mesure où il ne l'a pas fait, il suffit de statuer sur la seule action confessoire – intentée à tort au vu de la volonté réelle des parties – et de confirmer ainsi son rejet. Il appartiendra néanmoins à l'intimé d'entreprendre les démarches nécessaires afin de faire coïncider le registre foncier avec l'assiette de la servitude voulue par les parties.»¹⁹ Unterlässt B die Klageerhebung, riskiert er eine für ihn nachteilige Rechtsveränderung (Art. 973 Abs. 1 ZGB).

d) Das Bundesgericht hat die auch im referierten Entscheid festzustellende Tendenz, einmal bestehende tatsächliche Verhältnisse weiterhin bestehen zu lassen und entsprechende Änderungsbegehren der Dienstbarkeitsbeteiligten abzuweisen. Nicht immer geschieht dies zu Recht: vgl. das Urteil 5C.71/2006 vom 19. Juli 2006 (dazu sogleich V.).

5. BGE 5C.71/2006 vom 19. Juli 2006 (ZBGR 88/2007 S. 464)

«ZGB Art. 738 und 973. Auslegung einer Dienstbarkeit. Wenn die Ausübung des Dienstbarkeitsrechts die Erstellung eines Werks auf das belastete Grundstück erfordert, wie zum Beispiel eines Wegs, durch welchen das Fuss- und Fahrwegrecht ausgeübt wird, dann bestimmt dieses Werk den Inhalt der Dienstbarkeit und schränkt deren Umfang gegenüber dem Dritterwerber ein; die Einschränkungen, die sich aus der natürlichen Publizität ergeben und an Ort und Stelle ersichtlich sind, können folglich diesem entgegengehalten werden. ...» (Entscheidungszusammenfassung von ZBGR 88/2007 S. 464)

Sachverhalt: Zu Gunsten der Parzelle Nr. xxx und zu Lasten der Parzellen Nr. yyy und zzz besteht ein Fuss- und Fahrwegrecht auf einer Breite von 3 Metern. Die Dienstbarkeit wurde im Jahre 1978 begründet. Im Jahr 1995 errichtete die Eigentümerin der belasteten Grundstücke (Nr. yyy und zzz), Y, auf diesen ein Gebäude, ohne dass der Eigentümer der berechtigten Parzelle (Nr. xxx), B, dagegen opponierte. Durch das neue Gebäude wird die Ausübung des Wegrechts zu Gunsten des Grundstücks Nr. xxx in zweierlei Hinsicht eingeschränkt: Einmal ist die Durchfahrt wegen eines in

¹⁹ E. 6 des referierten Entscheids.

die Strasse hineinragenden Vordachs nur mehr mit Personenwagen möglich, nicht auch mit Lastwagen. Zum Zweiten weist die Strasse nicht mehr überall eine Breite von drei Metern auf («la largeur de la route ... oscille entre 2,50 m et 3,14 m»²⁰). Im Jahre 1998 erwarben die Kläger das berechnete Grundstück (Nr. xxx) von B. Hierauf erhoben sie gegen Y Klage «en concluant en substance à la restauration sur les parcelles nos yyy et zzz, , du droit de passage de trois mètres de large en faveur de la parcelle n° xxx, sur toute la longueur et la hauteur utiles à son exercice»²¹. Das Waadtländer Kantonsgericht wies die Klage ab, das Bundesgericht hat bestätigt.

Erwägungen: «Si le tiers acquéreur d'un immeuble au profit duquel est inscrite une servitude peut se fier de bonne foi à l'inscription y relative (cf. art. 973 al. 1 CC) en ce qui concerne l'étendue de la servitude en question (cf. art. 738 al. 1 CC), il ne peut pas se fier à l'inscription quant à des points qu'elle ne précise pas, et il ne peut pas invoquer sa bonne foi si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui (cf. art. 3 al. 2 CC). Or comme une personne raisonnable n'achète en principe pas un immeuble au bénéfice d'une servitude de passage sans visiter les lieux, le tiers acquéreur ne pourra ignorer de bonne foi – sauf dans des circonstances tout à fait particulières – les particularités non mentionnées dans l'inscription (assiette de la servitude, ouvrages, largeur rétrécie par endroits, etc.) qu'une telle visite pouvait lui révéler (*Paul Piotet, Le contenu d'une servitude, sa modification conventionnelle et la protection de la bonne foi*, in RNRF 81/2000 p. 284 ss, 288). Lorsque l'exercice de la servitude nécessite un ouvrage sis sur le fonds grevé, tel qu'un chemin par lequel s'exerce une servitude de passage, cet ouvrage détermine le contenu de la servitude et en limite l'étendue vis-à-vis du tiers acquéreur; les limitations résultant de l'état des lieux qui sont visibles sur le terrain sont ainsi opposables au tiers acquéreur, lequel ne pourra pas invoquer sa bonne foi s'il n'en a pas pris connaissance (*Liver, Zürcher Kommentar, Band IV/2a/1, 1980, n. 55 ad art. 738 CC.*)»²²

«En l'espèce, lorsque les demandeurs ont acquis leur immeuble en 1998, les limitations à l'exercice de la servitude de passage litigieuse résultant de la configuration des lieux – largeur limitée à 2,50 m entre le mur de soutènement et le mur gouttereau est du local de musique; hauteur limitée à 2,39 m au-delà d'une distance de 1,90 m depuis le mur de soutènement – étaient

²⁰ Lit. C des referierten Entscheids.

²¹ Lit. C des referierten Entscheids.

²² E. 2.3.1 des referierten Entscheids.

parfaitement visibles sur le terrain. Ces limitations découlant de l'état des lieux délimitaient l'étendue de la servitude vis-à-vis de l'acquéreur du fonds dominant et sont ainsi opposables aux demandeurs. Ceux-ci ne peuvent invoquer leur bonne foi du moment que celle-ci est incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger d'eux.»²³

Bemerkungen: a) Die vom Bundesgericht vertretene Auffassung, dass sich der Inhalt einer Dienstbarkeit nach der natürlichen Publizität bestimmt, wenn die Ausübung des Dienstbarkeitsrechts die Erstellung eines Werks auf das belastete Grundstück erfordert, verstösst m.E. gegen Art. 738 ZGB. Nach dieser Vorschrift kommt es für die Inhaltsbestimmung von Dienstbarkeiten in erster Linie auf den Grundbucheintrag an, in zweiter Linie auf den Dienstbarkeitsvertrag und in dritter Linie auf die Art, wie die Dienstbarkeit «während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist». Die natürliche Publizität ist hingegen grundsätzlich ohne Belang. Ausgenommen sind Dienstbarkeiten, bei denen das Gesetz für die Entstehung auf die natürliche Publizität abstellt (s. insbesondere Art. 676 Abs. 3 ZGB). Wäre der vom Bundesgericht kreierte Auslegungsgrundsatz richtig, so hätte wohl der Entscheid 5C.13/2007 vom 2. August 2007 = ZBGR 90/2009 S. 155²⁴ anders ausfallen müssen²⁵.

b) Das Bundesgericht dürfte unausgesprochen davon ausgegangen sein, dass B auf die Dienstbarkeit rechtswirksam teilweise verzichtet hatte, indem er die Errichtung des Gebäudes durch Y oppositionslos duldete, obwohl dadurch die Ausübung des Wegrechts faktisch eingeschränkt wurde. Unterstellt man einen rechtswirksamen Teilverzicht, so hätten sich die Kläger diesen als Rechtsnachfolger von B nur dann nicht entgegenhalten lassen müssen, wenn sie Gutgläubenschutz nach Art. 973 Abs. 1 ZGB genossen hätten. Das traf wegen der mit dem Gebäude verbundenen natürlichen Publizität nicht zu²⁶.

²³ E. 2.3.2 des referierten Entscheids.

²⁴ Zu diesem Entscheid s. njus, Sachenrecht, Entwicklungen 2007, Bern 2008, S. 67 ff.

²⁵ Die Frage, inwieweit die durch tatsächliche Verhältnisse geschaffene natürliche Publizität der rechtlichen, durch Grundbucheintragung geschaffenen Publizität gleichgestellt werden darf, wird in der Lehre kontrovers beurteilt (s. die Nw. bei *Eschmann* [Fn 2], S. 41 Fn 201). Die Kontroverse bezieht sich in erster Linie auf die Frage, inwieweit eine Dienstbarkeit zufolge natürlicher Publizität ohne Grundbucheintrag entstehen kann (während es in casu um die Frage der Einschränkung ging).

²⁶ Die natürliche Publizität vermag also eine Rechtsentstehung nach Art. 973 Abs. 1 ZGB zu verhindern. Eine andere Frage ist, ob sie ein gemäss Grundbuch und Belegen nach Art. 738 ZGB ausgewiesenes Recht einzuschränken vermag, wie das Bundesgericht der Sache nach angenommen hat. M.E. ist diese Frage zu verneinen, s. sogleich im Text.

Indes scheint es zweifelhaft, ob ein formloser Teilverzicht auf eine Dienstbarkeit möglich ist²⁷. Vorzugswürdig scheint die Ansicht, dass der Teilverzicht den Regeln über die Änderung des Dienstbarkeitsinhalts folgt und daher nicht nur einen schriftlichen Änderungsvertrag voraussetzt (Art. 732 ZGB i.V.m. Art. 12 OR), sondern auch eine Änderung des Grundbucheintrags, sofern die Änderung mit dem bestehenden Eintrag nicht vereinbar ist (andernfalls genügt es, den Änderungsvertrag den Belegen beizufügen)²⁸. Folgt man dem, so hatte sich das Wegrecht in casu inhaltlich nicht verändert, weil die soeben erwähnten Voraussetzungen offensichtlich nicht erfüllt waren. Die Klage wäre daher nach der hier vertretenen Ansicht gutzuheissen gewesen (Art. 737 Abs. 3 ZGB), freilich unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB) und von Art. 674 Abs. 3 ZGB (dazu nun Ziff. 3).

c) Art. 674 Abs. 3 ZGB²⁹ betrifft zwar unmittelbar nur Bauten, die von einem Grundstück auf ein anderes übertragen. Sinngemäss findet die Bestimmung jedoch auch Anwendung in Fällen, in denen eine Baute einen nachbarrechtlichen Grenzabstand nicht einhält (Art. 685 Abs. 2 ZGB)³⁰. In Fällen, in denen eine Baute eine dienstbarkeitsbelastete Grundstücksfläche überragt, kann es sich m.E. nicht anders verhalten³¹. Die gegenteilige Ansicht von BGE 83 II 201 ist mit Art. 685 Abs. 2 ZGB kaum zu vereinbaren.

Unterstellt man, dass die Voraussetzungen von Art. 674 Abs. 3 ZGB in casu erfüllt waren³², so hatte die Beklagte Y einen (gesetzlichen) Anspruch auf Beibehaltung des Gebäudes durch Einschränkung der Wegrechtsberechti-

²⁷ Ein Gesamtverzicht ist nach herrschender Ansicht formfrei durch einseitige Erklärung gegenüber dem Belasteten möglich (s. njus, Sachenrecht, Entwicklungen 2007, Bern 2008, S. 62, Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil 5A_478/2007 vom 20. November 2007).

²⁸ Vgl. *Paul Piotet*, Le contenu d'une servitude, sa modification conventionnelle et la protection de la bonne foi, ZBGR 81/2000 S. 284 ff.

²⁹ S. eingehend zu dieser Bestimmung *Alfred Koller*, Das rechtliche Schicksal von Überbauten, AJP 2011 S. 939 ff.

³⁰ BGE 41 II 215; 103 II 326.

³¹ In der Lehre ist die Frage umstritten; s. die Nw. bei *Koller* (Fn 29) S. 945 Fn 49.

³² M.E. war dies nicht der Fall. Denn: Art. 674 Abs. 3 ZGB macht das Recht auf Beibehaltung eines Überbaus u.a. davon abhängig, dass sich der Überbauende hinsichtlich der Grenzüberschreitung geirrt hat (Gutgläubigkeitserfordernis; dazu eingehender meine Bemerkungen in AJP 2011 [Fn 29] S. 941 f.). In casu dürfte diese Voraussetzung nicht erfüllt gewesen sein, vielmehr dürfte der Beklagte die Dienstbarkeit ganz bewusst verletzt haben. Ihn trotzdem zu schützen, bestand m.E. kein Anlass.

gung des Klägers³³. Dieser (allfällige) Anspruch konnte auch einredeweise geltend gemacht werden. Gegebenenfalls wäre die Klage abzuweisen gewesen, dem Kläger hätte dann jedoch – nach Art. 674 Abs. 3 ZGB – ein Anspruch auf eine «angemessene Entschädigung» zugestanden. Jedenfalls unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten hätte diese Lösung mehr überzeugt als die vom Bundesgericht befürwortete schlichte Klageabweisung.

d) Der vorliegende Entscheidkommentar entspricht im Wesentlichen dem, was ich im njus (Sachenrecht, Entwicklungen 2007, Bern 2008, S. 64 ff.) gesagt habe. In zwei neusten Entscheidungen (BGE 137 III 145 und 153) hat das Bundesgericht die dort an BGE 5C.71/2006 = ZBGR 88/2007 S. 464 geübte Kritik zwar zur Kenntnis genommen, ohne jedoch von seiner Auffassung abzuweichen³⁴. Es gilt also nach wie vor:

«Sind für die Ausübung einer Dienstbarkeit bauliche Anlagen erforderlich, bestimmen diese in der Regel auch den Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit, und zwar grundsätzlich mit voller Wirkung gegenüber dem Dritterwerb.»

(BGE 137 III 145, Regesten, ähnlich die Regesten von 137 III 153)

³³ Die in Art. 674 Abs. 3 ZGB ebenfalls vorgesehene Möglichkeit, den überbauten Boden dem Überbauenden zu Eigentum zuzusprechen, fällt in Fällen wie dem vorliegenden praktisch ausser Betracht.

³⁴ Kenntnisnahme bedeutet nicht auch Auseinandersetzung: Das Bundesgericht hat darauf verzichtet, auf meine Argumentation einzugehen. *Losanna locuta, causa finita?*