



Kommentar zu: Urteil: [5A_249/2018](#) vom 13. Dezember 2018
Sachgebiet: Sachenrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: II. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Sachenrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Mit Dienstbarkeiten nebensächlich verbundene Verpflichtungen

Zulässigkeit, Rechtsnatur und Wirkung

Autor / Autorin

Martina Frischkopf

Redaktor / Redaktorin

Barbara Graham-Siegenthaler

Christina Schmid-Tschirren



Im Urteil 5A_249/2018 konkretisiert das Bundesgericht den zulässigen Inhalt einer Dienstbarkeit, konkret die nebensächliche Vereinbarung positiver Pflichten zu Lasten des Dienstbarkeitsbelasteten. Dabei hält es fest, dass sich die Kriterien der Zulässigkeit unter dem neuen Recht nicht verändert hätten, indes die Übergangsregelung in Art. 21 SchIT ZGB zu beachten sei.

Sachverhalt

[1] Im Jahr 2004 wurde dem Stadtrat von Sion ein detaillierter Gestaltungsplan mit dem Vorschlag «eines kohärenten und qualitativ hochwertigen Gebäudekomplexes für den U.-Sektor» zur Prüfung vorgelegt und anschliessend von diesem genehmigt. Verschiedene Parzellen waren davon betroffen, namentlich das Grundstück Nr. aaaa, welches später in sechs Parzellen (Grundstücke Nr. bbbb, cccc, dddd, eeee, ffff und aaaa) aufgeteilt wurde (A.a.).

[2] Am 31. Mai 2005 unterzeichneten die Eigentümer der entsprechenden Parzellen im Rahmen des Gestaltungsplans mit B, Eigentümer der Parzelle Nr. qqqq am Rande der vom Gestaltungsplan betroffenen Zone, einen Vertrag zur Änderung der Grenzen und zur Errichtung von Dienstbarkeiten. Der genannte Vertrag, dem ein Plan beigelegt wurde, sah insbesondere die Schaffung eines Fuss- und Fahrwegrechts zur verkehrstechnischen Erschliessung des Grundstücks Nr. qqqq zu Lasten der damaligen Parzelle Nr. aaaa und des Grundstücks Nr. hhhh vor.

[3] Des Weiteren wurde in der öffentliche Urkunde die Schaffung einer Grunddienstbarkeit für die notwendigen Erschliessungsleitungen zu Gunsten der Parzelle Nr. qqqq und zu Lasten der ursprünglichen Parzelle Nr. aaaa vereinbart. Diese sollte es dem Eigentümer des Grundstücks Nr. qqqq ermöglichen, sich an die im Rahmen des

Gestaltungsplans gebauten Leitungen und Anlagen an der südlichen Grenze des Grundstücks Nr. hhhh anzuschliessen. Diese Dienstbarkeit sollte auch die Durchleitung auf dem Grundstück Nr. hhhh bis zur Grenze des Grundstücks Nr. qqqq sicherstellen. Die Erschliessungsarbeiten sollten ebenfalls im Rahmen der Gestaltungsplanrealisierung vorgenommen und deren Kosten von den Gestaltungsplanparteien getragen werden. Als Gegenleistung wurde die Bezahlung eines Pauschalbetrags von CHF 15'000 durch B vorgesehen (A.b.).

[4] Am 16. Oktober 2008 unterzeichneten die Parteien einen Vertragszusatz, wonach B gegen den Bau der Villa Nr. rr (erste Projektphase) Einsprache erhoben hatte. Bei dieser Gelegenheit handelte B sowohl für sich selbst als auch in Vertretung verschiedener Parteien des Gestaltungsplans. Der Vertragszusatz sah vor, dass das Fuss- und Fahrwegrecht sowie alle in der öffentlichen Urkunde vom 31. Mai 2005 vorgesehenen Dienstleistungen und Ausrüstungen innerhalb von drei Jahren nach Arbeitsbeginn an der Villa Nr. rr. vollständig beendet sein müssen. Für den Fall einer Verspätung wurde vereinbart, dass die von B den Parteien des Gestaltungsplans geschuldete Vergütung von CHF 15'000 verfallen soll. Darüber hinaus sollte A dem B für jedes Jahr der Verspätung eine Entschädigung von CHF 6'000 bezahlen. Weiter wurde ein Hartbelag zur dauerhaften Erhaltung des Fuss- und Fahrwegrechts zu Lasten der damaligen Parzelle Nr. aaaa abgemacht. A verpflichtete sich u.a. dazu, keine Villa im Umkreis von etwa vierzig Metern zum Haus von B zu bauen und letzterer versprach seinerseits, sich den Baueingaben der Villen Nr. tt, uu, vv, ww, xx, yy und der kollektiven Garage nicht zu widersetzen (A.c).

[5] Mit Übertragungsurkunde vom 4. Dezember 2008 wurde B Eigentümer des Grundstücks Nr. hhhh, welches vorher im Eigentum von A stand. Dadurch wurde die von den beiden Parteien getroffene Vereinbarung vom 17. November 2008 vollzogen. Beide Parteien stimmten zu, dass A trotz Übertragung der Parzelle Nr. hhhh weiterhin verpflichtet sei, die Leistungen gemäss Vertrag vom 31. Mai 2005 und dessen späteren Ergänzung zu erbringen (A.d.).

[6] Die Erstellungsarbeiten der Villa Nr. rr begannen am 20. Oktober 2008. Am 16. Juli 2011 teilte A dem B mit, dass der Bau des definitiven Fuss- und Fahrwegs zur Parzelle Nr. hhhh abgeschlossen sei und alle Anschlüsse (Wasser, Gas, Abwasser, Elektrizität etc.) bis zur Grenze der Parzelle Nr. qqqq errichtet seien. Pläne der angeblich installierten Einrichtungen wurden nicht vorgelegt und die G AG wurde auch nicht über deren Standort informiert. Gemäss Vertrag vom 31. Mai 2005 war der geteerte Zugang bis zur südöstlichen Grenze des Grundstücks Nr. hhhh zu errichten, d.h. auf der Parzelle Nr. hhhh selbst, um das Grundstück Nr. qqqq verkehrstechnisch zu erschliessen. Mit Schreiben vom 5. Mai 2015 bestätigte A, dass die Wegdienstbarkeit auf der Parzelle Nr. hhhh bis zu diesem Tag nicht verwirklicht wurde. Des Weiteren stand fest, dass eine Teerung der Fläche, auf der die Dienstbarkeit ausgeübt werden sollte, eine Baubewilligung benötigt hätte, um die B als Eigentümer aber nie ersucht hatte. Was die Leitungen betrifft, so wurden zwei Rohre für den Strom- und Glasfaserbedarf eingebracht, nicht aber elektrische Kabel oder Glasfasern. Trinkwasser- und Gasleitungen wurden nicht verlegt, da dafür eine Durchleitungsdienstbarkeit auf den nachbarlichen Parzellen nötig gewesen wäre (A.e.).

[7] Am 30. März 2015 liess A dem B einen Zahlungsbefehl über CHF 15'000 zustellen, worauf dieser Rechtsvorschlag erhob (A.f.). Gleichentags setzte B seinerseits dem A eine Frist von 10 Tagen für die Rückerstattung von CHF 19'294.50 (A.g.).

[8] Am 15. Januar 2016 reichte B Klage ein mit den Anträgen, dass A zur Zahlung von 4 x CHF 6'000 zzgl. Zins verpflichtet und seine Befreiung von der Zahlung von CHF 15'000 festgestellt werden sollte. Mit Schreiben vom 29. April 2016 verlangte A die Klageabweisung sowie widerklageweise die Verurteilung von B zur Zahlung von CHF 15'000 zzgl. Zins. Am 20. Oktober 2016 änderte B seine Begehren dahingehend, dass A zur Zahlung von 4 x CHF 6'000 zzgl. Zins sowie von CHF 6'000 für jedes Jahr des Verzugs bis zur Fertigstellung der vereinbarten Arbeiten zu verurteilen sei. Des Weiteren beantragte B die Löschung des Eintrags im Betreibungsregister sowie die Abweisung der Widerklage. Mit Schreiben vom 20. Januar 2017 beantragte A die Abweisung der modifizierten Klagebegehren von B und verlangte die Streitverkündung gegenüber der H GmbH (A.h).

[9] Mit Urteil vom 15. Mai 2017 wurde die Klage von B gegen A vom Bezirksgericht gutgeheissen (A.i). Das Kantonsgericht wies die Berufung von A dagegen ab (B.c.), woraufhin dieser mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht gelangte (C.).

Erwägungen

[10] Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 227 Abs. 1 [ZPO](#). Der erst bei den Instruktionsverhandlungen vom Beschwerdegegner zusätzlich gestellte Antrag hätte seiner Ansicht nach von der Erst- und Zweitinstanz abgewiesen werden müssen, was einen tieferen Streitwert zur Folge gehabt hätte. Somit wäre das vereinfachte Verfahren anwendbar sowie das Bezirksgericht nicht zuständig gewesen und die Klägerin hätte ihre Klagebegehren nicht ändern dürfen (E. 3.1). Das Bundesgericht hält fest, dass der Beschwerdeführer einschlägige rechtliche Argumente, die ihm bereits vor der unteren Instanz bekannt waren, nicht hätte verschweigen dürfen, um sie (erst) dann vorzubringen, wenn ein für ihn ungünstiger Entscheid getroffen werde (E. 3.2.). Der Grundsatz von Treu und Glauben im Verfahren verlangt, dass die Unzuständigkeitseinrede sofort erhoben wird. Da der Beschwerdeführer dies nicht gemacht habe und er die Rüge der Antragsänderung durch die Beschwerdegegnerin auch nicht in der Berufungsschrift erwähnt habe, sei auf die Rüge nicht einzutreten (E. 3.3.).

[11] Anschliessend prüfte das Bundesgericht die Rüge der Verletzung von Art. 58 Abs. 1 ZPO (E. 4.). Gemäss dieser Norm darf das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Dispositionsgrundsatz). Die Lausanner Richter halten fest, dass der Richter im Bereich des Schadens lediglich an den Gesamtbetrag der Begehren für die verschiedenen Schadenspositionen gebunden sei. Er könne somit für ein Schadenselement mehr und für ein anderes weniger zusprechen, ohne den Dispositionsgrundsatz zu verletzen. Die Grenzen, innerhalb welcher diese Kompensation unter den verschiedenen Schadenspositionen getätigt werden dürfe, sei von Fall zu Fall mit Blick auf die verschiedenen Forderungen zu entscheiden. Sofern die Klägerin die Schadenspositionen in den Anträgen selbst nicht qualifiziert oder begrenzt habe, sei das Streitobjekt durch den in den Anträgen geforderten Totalbetrag begrenzt und der Richter nur an diesen gebunden (E. 4.2.).

[12] Das Bundesgericht hält weiter fest, dass die Abweisung der geänderten Begehren im Urteil vom 15. Mai 2017 erfolgt sei, weil die Forderungen noch nicht fällig gewesen seien. Im Zeitpunkt der Urteilsverkündung sei der erste Teilbetrag von CHF 6'000 jedoch fällig geworden, weshalb die Abweisungs begründung auf diesen nicht anwendbar gewesen sei. Folglich seien der Beschwerdegegnerin somit zu Recht zusätzlich zu den CHF 24'000 der ursprünglichen Anträge noch CHF 6'000 zugesprochen worden. Durch die Staffelung der Forderungen aufgrund deren unterschiedlichen Laufzeiten habe die Beschwerdegegnerin die Schadenspositionen in den Anträgen keineswegs begrenzt, und der erste Teilbetrag von CHF 6'000 gemäss den Anträgen Nr. II habe als Teil des geforderten Gesamtbetrages betrachtet werden dürfen (E. 4.3.).

[13] Materiell rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 730 Abs. 2 [ZGB](#) und behauptet seine fehlende Passivlegitimation. Auf seine Rüge in Bezug auf Art. 741 Abs. 1 ZGB wird mangels Begründung nicht eingetreten (E. 5.). Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, dass soweit die Vorinstanz die Arbeiten als mit der Dienstbarkeit nebensächlich verbundene Pflichten qualifiziert habe, diese de jure eine Realobligation darstellen, weshalb ihm aufgrund seiner fehlenden Eigentümerstellung im Zeitpunkt der Klageanhebung die Passivlegitimation fehle (E. 5.1.). Dem widersprach jedoch die Vorinstanz, indem sie die Pflichten zur Vornahme der vereinbarten Arbeiten als seine persönlichen Pflichten qualifizierte (E. 5.2.). Das Bundesgericht hält folgendes fest: Art. 730 Abs. 2 ZGB sehe vor, dass eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen mit der Grunddienstbarkeit nur nebensächlich verbunden werden könne und sie nur dann für den Erwerber des berechtigten oder belasteten Grundstücks verbindlich sei, wenn sie sich aus dem Eintrag im Grundbuch ergebe. Die Kriterien der Zulässigkeit solcher Verpflichtungen haben sich mit dem neuen Recht nicht geändert. Jedoch sehe dieses eine Übergangsregelung vor, gemäss welcher die nebensächlich mit einer Dienstbarkeit verbundenen Verpflichtungen, welche vor dem 1. Januar 2012 in Kraft getreten seien und welche nicht in den Belegen des Grundbuchs erscheinen, gutgläubigen Dritten gegenüber weiterhin entgegengehalten werden können (Art. 21 Abs. 2 SchIT ZGB). Diese Übergangsbestimmung mit u.U. rückwirkender Wirkung werde zwar von der Lehre kritisiert. *Eine Lehrmeinung (m.H.a. BSK ZGB II-SAMUEL ZOGG, N 18 zu Art. 21 SchIT ZGB, 5. Aufl. Basel 2015) schläge eine Norminterpretation in der Weise vor, dass sie lediglich Unterhaltsverpflichtungen von für die Ausübung der Dienstbarkeit notwendigen Werken i.S.v. Art. 741 ZGB betreffe und entgegen ihrem Wortlaut nicht generell Verpflichtungen zu einem Tun i.S.v. Art. 730 Abs. 2 ZGB, welche nebensächlich mit einer Dienstbarkeit verbunden werden. Diese Frage könne jedoch offengelassen werden (5.3.1.).*

[14] Weiter erwägt das Bundesgericht, dass die Parteien grundsätzlich frei seien, unter sich den Inhalt einer Dienstbarkeit zu bestimmen (Art. 19 [OR](#)). Handle es sich um die Beziehungen zwischen den Parteien, so sei der Inhalt des Erwerbstitels entscheidend, der dem Eintrag vorgehe. In ihrer Vereinbarung könnten sich die Parteien namentlich über die materielle Pflicht zur Errichtung des Werkes sowie über die Pflicht zur Kostentragung einigen. Beide Pflichten könnten dem gleichen Eigentümer auferlegt werden. Nichtsdestotrotz sei die Freiheit der Parteien durch das Gesetz beschränkt: Art. 730 Abs. 1 ZGB erinnere daran, dass die Dienstbarkeit für sich nicht in einem positiven Tun zu Lasten des Eigentümers des dienenden Grundstücks, jedoch in einer Duldungspflicht oder in einem Ausübungsverzicht bestehen dürfe. Der Rechtsinhaber übe somit gewisse Herrschaftsbefugnisse über das belastete Grundstück ohne die Mitwirkung seines Eigentümers aus. Letzterer sei lediglich dazu gehalten, das beschränkte Recht des Dienstbarkeitsberechtigten zu tolerieren. *Dem Grundsatz nach bestehe daher keine Verpflichtung zwischen den beiden Eigentümern, mit Ausnahme von zwei Sonderfällen, nämlich der Nebenpflicht zu einem Tun (Art. 730 Abs. 2 ZGB) sowie der Unterhaltspflicht (Art. 741 ZGB).* Ohne eine Grundlast errichten zu müssen, könnten die Parteien gemäss Art. 730 Abs. 2 ZGB vorsehen, dass der Eigentümer des dienenden Grundstücks die Ausübung der Dienstbarkeit durch positive Leistungen, i.d.R. in Bezug auf den Unterhalt der für die Ausübung des Rechts notwendigen Werke oder notwendigen Installationen, vereinfachen oder garantieren könne. *Die Verpflichtung sei nebensächlich, wenn sie durch ihren Inhalt dazu diene, die Ausübung der Dienstbarkeit zu erlauben, zu vereinfachen oder zu garantieren und sie durch ihren Anwendungsbereich für den Eigentümer des belasteten Grundstückes keine schwerere Last darstelle als die Dienstbarkeit ihrerseits.* Diese Pflicht könne lediglich zu Lasten des Eigentümers des belasteten (und nicht des berechtigten) Grundstücks vereinbart werden. Abgesehen von den beiden genannten Ausnahmen müssten Verpflichtungen im Rahmen der Errichtung der Grunddienstbarkeit als Verpflichtungen persönlicher Natur betrachtet werden, welche nur die Vertragsparteien binden (E. 5.3.2.).

[15] In casu bringt der Beschwerdeführer vor, dass die Kanalisationsarbeiten und die Asphaltierung der Zufahrtsstrasse im Gegensatz zu den Feststellungen der Vorinstanz nebensächliche Pflichten i.S.v. Art. 730 Abs. 2 ZGB darstellen. Gemäss Bundesgericht ist die Frage, ob diese Pflichten die Erwerberin des dienenden Grundstücks binden, obwohl sie nicht im Grundbuch eingetragen und vor dem 1. Januar 2012 errichtet worden sind, umstritten. Sie müsse jedoch vorliegend nicht geklärt werden. Wenn man der Meinung von [ZOGG](#) folge, gemäss welchem Art. 21 Abs. 2 [SchIT ZGB](#) in Wirklichkeit nur die Unterhaltspflichten für die Ausübung der Dienstbarkeit i.S.v. Art. 731 ZGB notwendiger Installationen betreffe, so sei die Beschwerde aufgrund des fehlenden Grundbucheintrags abzuweisen. Das gleiche Ergebnis resultiere, wenn man davon ausgehe, dass Art. 21 Abs. 2 [SchIT ZGB](#) vorliegend effektiv anwendbar sei und die nebensächlichen Pflichten, welche sich in casu nur aus den Belegen ergeben, gutgläubigen Dritterwerbenden entgegengehalten werden könnten, da sie vor dem 1. Januar 2012 errichtet wurden. Diesfalls handle es sich tatsächlich um Pflichten, welche mit der Dienstbarkeit propter rem verbunden seien und welche folglich allen gutgläubigen Dritterwerbenden entgegengehalten werden können. Vorliegend sei das dienende Grundstück aber nicht einem Dritterwerbenden, sondern einer Partei des Dienstbarkeitsvertrages übertragen worden. Bei dieser Gelegenheit hätten die Parteien in einer nur sie bindenden Vereinbarung vorgesehen, dass ungeachtet des Eigentumsübergangs der Beschwerdeführer weiterhin an alle zwischen den Parteien geschlossenen früheren Vereinbarungen gebunden sei, folglich auch an jene, welche ihm die Kosten der Kanalisations- und Belagsarbeiten auferlege. Ohne am propter rem-Charakter der nebensächlich mit der Dienstbarkeit verbundenen Pflicht, welche weiterhin auch gutgläubigen Dritten entgegengehalten werden könne, etwas zu ändern, hätten die Parteien folglich eine persönliche Pflicht zur Ausübung dieser Arbeiten zu Lasten und auf Kosten des Beschwerdeführers vereinbart. Ungeachtet der Übertragung des belasteten Grundstücks an den Beschwerdegegner bleibe der Beschwerdeführer somit dazu verpflichtet und behalte folglich seine Passivlegitimation. Die Rüge wegen Verletzung von Art. 730 Abs. 2 ZGB sei folglich abzuweisen (Art. 730 Abs. 2 ZGB; E. 5.4.).

[16] Schlussendlich rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 160 Abs. 2 ZGB (E. 6.). Das Bundesgericht stellt fest, dass der Beschwerdeführer den Betrag, zu dessen Bezahlung er sich gegenüber der Beschwerdegegnerin für jedes Jahr der Verspätung verpflichtet habe, als eine Konventionalstrafe i.S.v. Art. 160 [OR](#) qualifiziere. Das Recht, diese einzufordern, betrachte er als erloschen (E. 6.1.). Das Kantonsgericht sehe im Zuwarten der Geltendmachung einer Forderungserfüllung an sich kein Missbrauch (Art. 6.2.).

[17] Die Konventionalstrafe oder Strafklausel i.S.v. Art. 160 [OR](#) sei, so das Bundesgericht, die Forderung, welche

der Schuldner dem Gläubiger im Falle der Nichterfüllung oder ungenügenden Erfüllung einer bestimmten Pflicht (Hauptpflicht) verspreche. Ein solches Versprechen bezwecke, das Interesse des Gläubigers an der Vertragserfüllung zu schützen, indem ein zusätzlicher Anreiz zur Vertragskonformität für den Schuldner geschaffen werde. Sie verbessere auch die rechtliche Position des Gläubigers, welcher davon befreit werde, seinen Schaden zu beweisen (6.3.). Das Bundesgericht stellt fest, dass der Beschwerdeführer seine gesamte Argumentation auf eine Rechtsprechung zum Werkvertrag gestützt habe, gemäss welcher die Konventionalstrafe für die Nichteinhaltung der Fristen zur Ausführung ver falle, wenn der Bauherr sie nicht spätestens bei der Werkablieferung geltend gemacht habe. Die Vertragsqualifikation sei vorliegend jedoch irrelevant. Auch wenn ein Werkvertrag vorliegen würde, könne nicht davon ausgegangen werden, dass das Werk abgeliefert worden sei oder dass die Beschwerdegegnerin in irgendeiner Weise eine verspätete Arbeitsausführung akzeptiert habe. Die Beschwerdegegnerin habe die Zahlung der Konventionalstrafe zwar nicht gleich in dem Moment gefordert, als die Beschwerdeführerin sie über die Beendigung der Arbeiten informiert habe. Gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz sei jedoch ein Teil der Arbeiten, namentlich die Teerung, nie ausgeführt worden. Die Beschwerdegegnerin sei daher in der Erwartung geblieben, dass die Arbeiten noch fristgerecht ausgeführt würden. Folglich könne weder davon ausgegangen werden, dass das Werk ihr effektiv abgeliefert worden sei, noch dass sie die Ausführung des strittigen Vertrags akzeptiert habe. Darüber hinaus und im Gegensatz zur Argumentation der Beschwerdeführerin, *erwähne Art. 160 Abs. 2 in fine OR nicht die Annahme einer verspäteten Ausführung des Vertrags, sondern lediglich die vorbehaltlose Annahme der Vertragsausführung in der Weise, dass die Beschwerdegegnerin durch den Fristablauf allein nicht ihr Recht verliere, die Konventionalstrafe zu fordern.* Folglich sei auch die Beschwerde hinsichtlich Verletzung von Art. 160 Abs. 2 OR abzuweisen (E. 6.4.).

Kommentar

[18] Bereits bei den Römern galt das Prinzip «servitus in faciendo consistere nequit». Diesen Grundsatz konkretisiert das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid ein weiteres Mal (zuvor namentlich bereits in BGE [106 II 315](#) E. 2e S. 320). Dabei hält es fest, dass sich die Voraussetzungen einer nebensächlich mit der Dienstbarkeit verbundenen Verpflichtung unter dem neuen Recht nicht geändert haben, jedoch eine Übergangsregelung in Art. 21 SchIT ZGB bestehe.

[19] Im BGE [124 III 289](#) wurde in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre höchstrichterlich ein Grundbucheintrag gefordert, um den realobligatorischen Charakter von Nebenleistungsverpflichtungen, auch solchen nach Art. 741 ZGB, zu begründen (BGE [124 III 289](#) E. 1c S. 292). Mit der Revision von 2009 wurde jedoch diesbezüglich eine Unterscheidung zwischen Nebenpflichten im Zusammenhang mit dem Unterhalt und anderen Nebenpflichten getroffen. Während in Art. 730 Abs. 2 ZGB gesetzlich festgehalten wurde, dass eine mit dem dinglichen Recht nebensächlich verbundene Verpflichtung lediglich eine Realobligation darstelle, wenn sie sich aus dem Hauptbuch selbst (bzw. durch besonderen Hinweis auf die Belege) und nicht nur aus den Belegen ergebe, wurde dies in Art. 741 ZGB gerade als nicht (mehr) notwendig bezeichnet. Gleichzeitig wurde Art. 21 Abs. 2 SchIT ZGB eingeführt. Diese Bestimmung lässt eine Erwähnung in den Grundbuchbelegen für «mit Dienstbarkeiten nebensächlich verbundene Verpflichtungen, die vor dem Inkrafttreten der Änderung vom 11. Dezember 2009 begründet wurden», genügen. Die Frage, ob der Anwendungsbereich von Art. 21 Abs. 2 SchIT ZGB lediglich auf Nebenpflichten i.S.v. Art. 741 ZGB zu reduzieren ist oder allgemein alle Nebenleistungspflichten, also auch jene von Art. 730 Abs. 2 ZGB erfasst, ist umstritten. Das Bundesgericht lässt sie vorliegend zu Recht, aber gleichwohl bedauerlicherweise, offen. Der Wortlaut der Norm sowie die Botschaft (Botschaft zur Änderung des Zivilgesetzbuches [Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht] vom 27. Juni 2007 [[BBl 2007 5283](#)], S. 5339 f.) sprechen für eine generelle Anwendung auf Nebenleistungspflichten nach Art. 730 Abs. 2 ZGB. Würde eine solche Anwendung bejaht, so wäre mit der Übergangsbestimmung faktisch eine rückwirkende Praxisänderung erlassen worden. Dies deutet gemäss einem (wohl überwiegenden) Teil der Lehre auf ein Versehen des Gesetzgebers hin (vgl. namentlich BSK ZGB II-SAMUEL ZOGG, N 18 zu Art. 21 SchIT ZGB, 5. Aufl. Basel 2015; STEPHANIE HRUBESCH MILLAUER/BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO VITO, Sachenrecht, 5. Aufl., Bern 2017, Rz. 08.19; a.M. CR CC II-DENIS PIOTET, N 3 zu Art. 22 SchIT ZGB, 1. Aufl. Basel 2016). Dafür spricht gemäss ZOGG auch die Formulierung der Botschaft (BSK ZGB II-SAMUEL ZOGG, N 14 ff. zu Art. 21 SchIT ZGB, 5. Aufl. Basel 2015). Diese hält fest, dass in Belegen erwähnte Nebenpflichten gutgläubigen Dritten «weiterhin» entgegengehalten werden können (Botschaft, a.a.O. S. 5340). Gemäss der bis dahin geltenden Rechtsprechung war dies, wie erwähnt, gerade nicht so.

[20] Vorliegend konnte das Bundesgericht die Rechtsfrage aufgrund der konkreten Vereinbarung der Parteien offenlassen. Ob es den Anwendungsbereich der Norm mittels restriktiver Auslegung auf Nebenpflichten i.S.v. Art. 741 ZGB beschränkt, wird sich gegebenenfalls in einem künftigen Urteil zeigen. Eine solche scheint sich mit Blick auf die Ausführungen von ZOGG aufzudrängen.

BLAW MARTINA FRISCHKOPF, Universität Luzern.

Zitiervorschlag: Martina Frischkopf, Mit Dienstbarkeiten nebensächlich verbundene Verpflichtungen, in: dRSK, publiziert am 28. Februar 2019

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw



EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern

T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | info@weblaw.ch

www.weblaw.ch