



Kommentar zu: Urteil: [5A_134/2020](#) vom 16. Juli 2020
Sachgebiet: Sachenrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: II. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Sachenrecht

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

Obligationenrechtliche Schranken im Dienstbarkeitsrecht

Zur Berücksichtigung von Art. 19 f. OR bei der inhaltlichen Ausgestaltung von Dienstbarkeiten

Autor / Autorin

Philipp Eberhard



Redaktor / Redaktorin

Barbara Graham-Siegenthaler



Christina Schmid-Tschirren



In seinem Urteil 5A_134/2020 vom 16. Juli 2020 stellte das Bundesgericht klar, dass eine «Beschränkung der Freiheit des Eigentümers zur Verfügung über das Recht an einem Grundstück und zu rechtsgeschäftlichem Handeln mit Bezug auf das Grundstück» nicht Inhalt einer (Grund-)Dienstbarkeit sein kann und der Umstand, ein Grundstück mit einem anderen Grundstück zu vereinigen, zu den grunddienstbarkeitsrechtlichen Verfügungsbefugnissen zu zählen ist, die nicht verboten werden können. In casu schloss die Dienstbarkeit die Vereinigung von Grundstücken zudem nicht aus. Das Bundesgericht wies die Beschwerde infolgedessen ab.

I. Sachverhalt

[1] Am 25. Juni 1945 erwarb C. das im Kanton Luzern in der Gemeinde U. gelegene Grundstück Nr. III. Kurz darauf teilte er dieses auf, so dass nebst dem flächenmässig verkleinerten Grundstück Nr. III die Grundstücke Nr. mmm, nnn, ooo, ppp, qqg, rrr, sss und tt entstanden.

[2] Am 23. Juli 1945 veräusserte C. das Grundstück Nr. ooo an D. und die Grundstücke Nr. qqg und rrr an die E. AG. Die Kaufverträge enthielten u.a. folgende Bestimmung: «Bei Erstellung von Neubauten auf den Parzellen Nr. III, mmm, nnn, ooo, ppp, qqg, rrr, sss und tt ist ein gegenseitiger Grenzabstand von min. 5.00 m einzuhalten. Diese Vertragsbestimmung ist dinglicher Natur und z.G. und z.L. der erwähnten Parzellen im Grundbuch als Grunddienstbarkeit einzutragen.» Diese Dienstbarkeit wurde unter den jeweiligen Grundstücken unter dem Stichwort «Grenzabstandserweiterung» eingetragen.

[3] Auf der ursprünglichen Fläche des Grundstücks Nr. III bestehen aktuell die Grundstücke Nr. III, mmm, nnn ooo, ppp, qqg, rrr, tt, uu vvv, www, xxx, yyy und zzz. Das Grundstück Nr. sss wurde zu einem unbekannten Zeitpunkt in die Liegenschaft Nr. zzz und in das verkleinerte Grundstück Nr. sss aufgeteilt.

[4] Durch Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag vom 29. Oktober 2014 erwarb die Beschwerdeführerin A. im Zeitpunkt ihrer Gründung das Grundstück Nr. 000.

[5] Der Beschwerdegegner B. erwarb die Grundstücke Nr. qqq, rrr und sss. Am 3. Oktober 2016 vereinigte er die Grundstücke Nr. rrr und sss zur Liegenschaft Nr. rrr.

[6] Die Grenzabstandserweiterungsdienstbarkeit lastet aktuell auf den Grundstücken Nr. lll, mmm, nnn, ooo, ppp, qqq, rrr, ttt, uuu vvv, xxx und yyy, nicht aber auf den Grundstücken Nr. www und zzz.

[7] Im Herbst 2016 stellte B. ein Gesuch um Bewilligung der Erstellung je eines Mehrfamilienhauses auf den Grundstücken Nr. qqq und rrr, was ihm die Gemeinde U. am 5. Januar 2017 bewilligte. Die A. erhob dagegen Einsprache, wobei sie hierzu in der Folge teilweise auf den Zivilweg verwiesen wurde. Am 27. November 2017 hiess das Kantonsgericht Luzern die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der A. im Baubewilligungsverfahren gut und hob die Baubewilligung des Gemeinderats U. vom 5. Januar 2017 auf.

[8] Mit Schlichtungsgesuch vom 8. Februar 2017 machte die A. die vorliegende Streitsache rechtshängig. Am 10. Mai 2017 wurde ihr die Klagebewilligung erteilt. Gestützt darauf klagte sie am 11. September 2017 beim Bezirksgericht Kriens und machte eine Verletzung der Grenzabstandserweiterungsdienstbarkeit geltend. Sie beantragte eine Grundbuchberichtigung bezüglich der ihres Erachtens zu Unrecht vorgenommenen Vereinigung der Grundstücke Nr. rrr und sss dahingehend, dass das Grundstück Nr. sss wieder als solches im Grundbuch eingetragen werde. Das Bezirksgericht Kriens wies die Dienstbarkeitsklage nach Art. 737 Abs. 3 [ZGB](#) mit Urteil vom 14. Februar 2019 – soweit sie zufolge Aufhebung der Baubewilligung nicht ohnehin gegenstandslos geworden war – sowie die Grundbuchberichtigungsklage ab.

[9] Auf die durch die A. gegen diesen Entscheid erhobene Berufung trat das Kantonsgericht Luzern mit Entscheid vom 18. Dezember 2019, soweit sie die Dienstbarkeitsklage betraf, zufolge Gegenstandslosigkeit nicht ein. Soweit die Berufung die Wiedereintragung des Grundstücks Nr. sss betraf, wies es die Berufung ab.

[10] Am 14. Februar 2020 wandte sich die Beschwerdeführerin A. mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht und beantragte die Wiedereintragung des Grundstücks Nr. sss, einschliesslich der Dienstbarkeit «Grenzabstandserweiterung» zu Gunsten und zu Lasten des Grundstücks Nr. 000.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

[11] Die Beschwerdeführerin A. machte vor Bundesgericht geltend, die Grundstücke Nr. rrr und sss seien zu Unrecht vereinigt worden (E. 2).

[12] Mit Verweis auf Art. 974b Abs. 2 ZGB betonte das Bundesgericht, dass die Vereinigung von zwei oder mehreren Grundstücken unter den in dieser Norm genannten Voraussetzungen möglich sei (E. 2.1).

[13] Im vorinstanzlichen Verfahren sei unbestritten geblieben, dass zu Gunsten des Grundstücks Nr. 000 und zu Lasten der Grundstücke Nr. rrr und sss unter dem Stichwort «Grenzabstandserweiterung» eine Grunddienstbarkeit eingetragen gewesen sei und dass die Beschwerdeführerin A. der Vereinigung der beiden genannten Grundstücke nicht zugestimmt hätte. A. hätte sich darauf berufen, dass die Vereinigung der Grundstücke Nr. rrr und sss sie in ihren Rechten beeinträchtigen würde und infolgedessen die entsprechende Eintragung nicht ohne ihre Zustimmung hätte erfolgen dürfen. Ihrer Meinung nach würden sich aus dem Zweck der Grenzabstandserweiterungsdienstbarkeit weitergehende (Bau-)Beschränkungen ergeben, die zufolge der Vereinigung der Grundstücke Nr. rrr und sss verletzt worden seien (E. 2.2).

[14] In seinen Ausführungen zum Rechtlichen wies das Bundesgericht auf die Bedeutung der Stufenordnung von Art. 738 ZGB im Zusammenhang mit der Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit hin. In diesem Zusammenhang sei gegenüber Dritten derjenige Dienstbarkeitszweck bindend, der sich aus dem Dienstbarkeitsvertrag selbst ergibt bzw. objektiv erkennbar ist. Die Frage, welchen Sinn und Zweck eine Dienstbarkeit im Zeitpunkt von deren Errichtung hatte, sei im Rahmen einer objektivierten Vertragsauslegung aufgrund der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks zu erörtern und sei – infolge Qualifizierung als Rechtsfrage – durch das Bundesgericht überprüfbar mit der Einschränkung, dass es an die Feststellungen der kantonalen Vorinstanz über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich

gebunden sei. Da immer der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses von Bedeutung sei, spiele nachträgliches Parteiverhalten bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ohnehin keine Rolle (E. 3).

[15] Da die kantonale Vorinstanz zutreffend erwogen hätte, dass sich dem Grundbucheintrag mit dem Stichwort «Grenzabstandserweiterung» keine Einzelheiten zum Inhalt und Umfang bzw. zum Zweck der Dienstbarkeit – ausser der Tatsache, dass der Grenzabstand im Vergleich zum gesetzlichen Abstand eine Erweiterung erfahre – habe entnehmen lassen, sei i.S.v. Art. 738 Abs. 2 ZGB der Erwerbsgrund zu analysieren (E. 4.1).

[16] Hinsichtlich des vorliegend interessierenden Inhalts sei der Wortlaut des Dienstbarkeitsvertrages vom 23. Juli 1945 insofern klar, als dass Neubauten einen Grenzabstand von mindestens 5 m einzuhalten hätten. Im Erwerbsgrund werde die Grenzabstandserweiterungsdienstbarkeit nicht ausdrücklich mit einem über den Wortlaut hinaus gehenden Zweck in Zusammenhang gebracht (E. 4.2).

[17] Die Beschwerdeführerin brachte vor, die Auslegung des Begründungsaktes und des Zwecks der Dienstbarkeit sei – unter Berücksichtigung der Einträge der Dienstbarkeit «Grenzabstandserweiterung» auf dem Grundbuchblatt der Grundstücke Nr. 000, qqq, rrr und sss – irrelevant, da diese klar seien. Gemäss Beschwerdeführerin würden durch diese Dienstbarkeit die Befugnisse der belasteten Grundeigentümer so eingeschränkt, dass der vorgeschriebene Bau- bzw. Grenzabstand zu den jeweiligen Grenzen der Nachbargrundstücke von 2.5 m auf 5 m vergrössert werde mit der Folge, dass aufgrund dieser Vergrösserung der Bauabstände zwischen den entsprechenden Gebäuden jeweils ein – wohlbemerkt nicht bebaubarer – Korridor von 10 m entstehe. Ein solcher unbebauter Korridor mit der Breite von 10 m habe auch zwischen den Grundstücken Nr. rrr und sss bestanden. Auf dem Grundstück Nr. sss sei aufgrund der Grenzabstandserweiterung die Erstellung eines Gebäudes nicht möglich gewesen. Anders verhalte es sich auf dem durch die Vereinigung vergrösserten Grundstück Nr. rrr, wo nun ein Neubau mit einer Mehrlänge von 10 m erstellt werden könne. Somit sei klar erstellt, dass die vorgenommene Vereinigung der Grundstücke Nr. rrr und sss die verbindliche Grenzabstandserweiterungsdienstbarkeit verletze und sie einen erheblichen Rechtsnachteil erleide (E. 4.3).

[18] Diesbezüglich führte das Bundesgericht aus, dass es dem Grundsatz nach zutreffe, dass die Erweiterung des (damaligen) gesetzlichen Grenzabstandes von 2.5 m auf 5 m faktisch zu einer Vergrösserung der Bauabstände geführt hätte. Mit der Behauptung, mittels der Grenzabstandserweiterung hätte die Vereinigung von Grundstücken verhindern werden wollen, hätte die Beschwerdeführerin der Dienstbarkeit einen rechtlich unmöglichen Inhalt unterstellt. Das Bundesgericht betonte in diesem Zusammenhang, dass Grunddienstbarkeiten Benutzungsrechte seien und sich in der Beschränkung des Benutzungsrechts des Eigentümers des belasteten Grundstücks auswirken würden. Ein unmöglicher Inhalt einer Dienstbarkeit stelle eine Beschränkung der Freiheit des Eigentümers zur Verfügung über das Recht an einem Grundstück und zu rechtsgeschäftlichem Handeln mit Bezug auf das Grundstück dar. Die Befugnis, ein Grundstück mit einem anderen Grundstück zu vereinigen, gehöre zu den grunddienstbarkeitsrechtlich nicht verbotenen Verfügungsbefugnissen. Der Dienstbarkeitsberechtigte hat insofern keinen Anspruch auf Unabänderlichkeit der (seinerzeitigen oder bestehenden) Grundstücksgrenzen, als die entsprechende Dienstbarkeit die Vereinigung von Grundstücken nicht ausschliesst. Im vorliegenden Zusammenhang hätte die Beschwerdeführerin auch keinen Anspruch auf Beibehaltung eines «Korridors von 10 m» im Bereich des ehemaligen Grundstücks Nr. sss. Ihr Recht beschränke sich auf die Beachtung eines Grenzabstandes von jeweils 5 m. Die Beschwerdeführerin sei deshalb nicht in ihren Rechten beeinträchtigt, weil das Recht, auf welches sie sich berufe, nicht bestehe. Zudem hätte die Beschwerdeführerin keine weiteren Rechte geltend gemacht, die durch die Vereinigung der Grundstücke Nr. rrr und sss verletzt worden wären. Infolgedessen hätte der Beschwerdegegner die Grundstücke Nr. rrr und sss vereinigen können, ohne dass hierfür die Zustimmung der Beschwerdeführerin erforderlich gewesen wäre (E. 4.4).

[19] Auf die Kritik der Beschwerdeführerin am angefochtenen Entscheid – zumal sie dafür hält, die Auslegung des Begründungsakts und des Zwecks der Dienstbarkeit sei irrelevant –, soweit sich dieser mit der Auslegung des Begründungsakts und dem Zweck der Dienstbarkeit befasst, sei nicht einzugehen (E. 4.5).

[20] Das Bundesgericht wies die Beschwerde infolge Unbegründetheit ab (E. 5).

III. Kommentar

[21] Das Bundesgericht weist im vorliegenden Zusammenhang darauf hin, dass der genauen Umschreibung bzw.

Festlegung des Inhalts einer Dienstbarkeit die nötige Beachtung geschenkt werden muss. In ihrer Argumentation beruft sich die Beschwerdeführerin auf die ihrer Ansicht nach bestehende Grenzabstandserweiterungsdienstbarkeit, um die Rechtswidrigkeit der Vereinigung der Grundstücke Nr. rrr und sss zu begründen. Wie das Bundesgericht richtigerweise betonte, kann der Inhalt einer Dienstbarkeit von den jeweiligen Parteien nicht völlig frei bestimmt werden, sondern unterliegt gewissen Restriktionen. Vorliegend relevant sind insbesondere die obligationenrechtlichen Schranken. Vor diesem Hintergrund bietet dieser Entscheid des Bundesgerichts eine gute Möglichkeit, die Anknüpfungspunkte von Schuld- und Sachenrecht zu reflektieren und vor allem den Einfluss der obligationenrechtlichen Regeln betreffend Nichtigkeit auf die inhaltliche Ausgestaltung von Dienstbarkeiten zu hinterfragen.

[22] Als Grundregel legt Art. 730 ZGB den Gegenstand und Inhalt von Grunddienstbarkeiten fest. So kann nach Art. 730 Abs. 1 ZGB ein Grundstück zum Vorteil eines andern Grundstückes in der Weise belastet werden, dass sein Eigentümer sich bestimmte Eingriffe des Eigentümers dieses andern Grundstückes gefallen lassen muss oder zu dessen Gunsten nach gewissen Richtungen sein Eigentumsrecht nicht ausüben darf. Nach Art. 730 Abs. 2 ZGB kann eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen mit der Grunddienstbarkeit nur nebensächlich verbunden werden.

[23] *Inhalt* einer Grunddienstbarkeit kann nach Art. 730 Abs. 1 ZGB nur eine *Duldungs- oder Unterlassungspflicht* des Eigentümers des belasteten Grundstückes sein (vgl. JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl., Zürich 2017, N 1206; STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER/VITO ROBERTO, Sachenrecht, 5. Aufl., Bern 2017, N 08.03; CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN, Kurzkommentar ZGB, 2. Aufl., Basel 2018 [zit. KUKO ZGB-SCHMID-TSCHIRREN], Art. 730 N 9; TARKAN GÖKSU, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 641–977 ZGB, 3. Aufl., Zürich 2016 [zit. CHK ZGB-GÖKSU], Art. 730 N 4). Dem Grundsatz «servitus in faciendo consistere nequit» folgend kann die Verpflichtung zu einer positiven Leistung nicht Inhalt einer Dienstbarkeit sein (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., N 1206). Die mögliche inhaltliche Ausgestaltung einer Dienstbarkeit findet ihre Grenzen darin, dass nur Einschränkungen in der *Ausübung von Eigentümerbefugnissen* den Inhalt einer Dienstbarkeit darstellen können: Entweder wird ein Eingriff ins Eigentum zugelassen, oder das entsprechende Eigentumsrecht wird nicht ausgeübt (vgl. CHK ZGB-GÖKSU, Art. 730 N 7).

[24] Demnach liegt entweder eine Duldungs- oder eine Unterlassungspflicht des Eigentümers des belasteten Grundstückes vor, wobei Lehre und Rechtsprechung eine entsprechende Zweiteilung in positive und negative Dienstbarkeiten vornehmen (vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., N 1207; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, a.a.O., N 08.16). Im Rahmen einer Duldungspflicht «ist der Eigentümer des berechtigten Grundstückes zu einem Tun befugt» (BGE [106 II 315](#) E. 2a S. 317). Eine solche «affirmative» bzw. «positive» Dienstbarkeit liegt bei einem Weg-, Leitungs-, Überschliess-, Holzschlag- oder Überbaurecht vor (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., N 1208; KUKO ZGB-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 730 N 10; CHK ZGB-GÖKSU, Art. 730 N 5; vgl. ETIENNE PETITPIERRE, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019 [zit. BSK ZGB II-PETITPIERRE], Art. 730 N 7). Bei einer Unterlassungspflicht hingegen steht dem entsprechenden Eigentümer «die Befugnis zu einem Verboten zu» (BGE [106 II 315](#) E. 2a S. 317). Der belastete Eigentümer darf sein Eigentumsrecht nach gewissen Richtungen nicht ausüben (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, a.a.O., N 08.03). Gewerbeverbote, Bau- oder Wettbewerbsbeschränkungen sind Beispiele für solche «negative» Dienstbarkeiten (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., N 1209; KUKO ZGB-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 730 N 11; CHK ZGB-GÖKSU, Art. 730 N 5; BSK ZGB II-PETITPIERRE, Art. 730 N 8).

[25] Grundsätzlich können die an einem Dienstbarkeitsvertrag beteiligten Parteien den Inhalt des Vertrages im Lichte von Art. 19 Abs. 1 [OR](#) innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festlegen (vgl. HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, a.a.O., N 08.14; PASCAL SIMONIUS/THOMAS SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band II: Die beschränkten dinglichen Rechte, Basel/Frankfurt am Main 1990, N 21; HANS MICHAEL RIEMER, Die beschränkten dinglichen Rechte, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band II, 2. Aufl., Bern 2000, § 5 N 5 f.; CHK ZGB-GÖKSU, Art. 730 N 11a). In diesem Zusammenhang hielt das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung Folgendes fest: «Das Schweizerische Sachenrecht wird vom Grundsatz beherrscht, dass nur bestimmte Arten von dinglichen Rechten erlaubt sind. Mischformen sind nicht zulässig (BGE [114 II 430](#) f.). Sieht man in den einzelnen allein zugelassenen Kategorien von Dienstbarkeiten Dienstbarkeitstypen, so ist das

Dienstbarkeitsrecht vom Typenzwang beherrscht [...]. Innerhalb der Grenzen der einzelnen Dienstbarkeitskategorien hat das ZGB aber der Vertragsfreiheit ausgedehnten Raum gelassen [...]. Den verschiedenen «anderen Dienstbarkeiten» fehlt jede gesetzliche Umschreibung [...]. Ihr Inhalt wird durch die Vertragsparteien grundsätzlich frei bestimmt. Gemäss Art. 781 Abs. 1 ZGB können zu Gunsten einer beliebigen Person oder Gemeinschaft Dienstbarkeiten an Grundstücken bestellt werden, sooft diese in bestimmter Hinsicht jemandem zum Gebrauch dienen können. Vom System des Typenzwangs her steht fest, dass der Inhalt der Dienstbarkeit nicht so ausgestaltet werden kann, dass damit der Eigentümer sein Recht in zeitlicher und sachlicher Hinsicht überhaupt aufgibt. Die Dienstbarkeit darf nicht im Ergebnis auf die Übertragung des Eigentums hinauslaufen und das Eigentum entleeren [...].» (BGE [116 II 281](#) E. 4d S. 289). An anderer Stelle betonte das Bundesgericht, dass der *numerus clausus* der dinglichen Rechte nur in Bezug auf die verschiedenen Kategorien dinglicher Rechte zum Tragen komme, wobei innerhalb dieser Kategorien die Parteien i.S.v. Art. 19 OR frei sind, den Inhalt einer Dienstbarkeit nach ihrem Belieben zu gestalten: «Le parti che stipulano un contratto costitutivo di servitù sono libere, per principio, di fissarne il contenuto (art. 19 [CO](#)), di definire cioè le facoltà che spettano al proprietario del fondo dominante. La nozione del *numerus clausus* dei diritti reali si applica unicamente alle diverse categorie di diritti reali: all'interno delle stesse le parti sono libere di disciplinare come credono le modalità della servitù [...].» (BGE [108 II 39](#) E. 3b S. 43).

[26] Die Freiheit der Vertragsparteien bei der inhaltlichen Ausgestaltung einer Dienstbarkeit erfährt jedoch verschiedene Beschränkungen. So muss der Berechtigte ein qualifiziertes Interesse an der Begründung der Dienstbarkeit haben, die Grunddienstbarkeit hat eine Beschränkung der Ausübung der Eigentumsrechte durch den Eigentümer des belasteten Grundstücks zu beinhalten, das Eigentum des Belasteten darf durch die Grunddienstbarkeit seiner Substanz nicht vollständig entleert werden, der Inhalt einer Grunddienstbarkeit kann nicht das sein, was dem Dienstbarkeitsberechtigten schon ex lege zusteht; ebenso wenig kann ein Instrument des Verfahrensrechts sowie eine positive Leistung Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein (vgl. KUKO ZGB-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 730 N 13; CHK ZGB-GÖKSU, Art. 730 N 7–10; BSK ZGB II-PETITPIERRE, Art. 730 N 21 ff.). Der Dienstbarkeitsvertrag darf zudem nicht – und dies gilt es im vorliegenden Zusammenhang vor Augen zu halten – gegen Art. 20 OR verstossen und insbesondere keinen *unmöglichen* bzw. *nichtigen* Inhalt aufweisen: «[...] il contenuto della servitù deve anzitutto essere lecito [...]» (BGE [108 II 39](#) E. 3b S. 43; vgl. HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, a.a.O., N 08.14).

[27] Im Obligationenrecht legt Art. 20 Abs. 1 OR gesetzestechnisch fest, dass ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, nichtig ist. Dieser *schuldrechtliche Grundsatz* gilt auch im *Dienstbarkeitsrecht*: So treten auch in diesem Sachenrechtsbereich Konstellationen auf, in denen einer am Dienstbarkeitsvertrag beteiligten Partei die entsprechende Leistung – aus sachenrechtlichen Gründen – von Anfang an unmöglich ist (vgl. ALFRED KOLLER, Berührungspunkte zwischen Schuld- und Sachenrecht – unter besonderer Berücksichtigung der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: SJZ 106/2010, S. 212).

[28] Die durchaus praktische Relevanz der *anfänglich sachenrechtlich bedingten Unmöglichkeit* lässt sich auch an den in der Bundesgerichtsrechtsprechung behandelten Konstellationen ablesen (vgl. ALFRED KOLLER, Sachenrechtlich begründete Unmöglichkeit, in: Böhler Andrea/Müller-Chen Markus, Private Law – national – global – comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag [zit. KOLLER, Private Law], Bern 2011, S. 955, mit Hinw. auf BGE [133 III 311](#) sowie [135 III 103](#)). In Fallkonstellationen mit einer anfänglich sachenrechtlich bedingten Unmöglichkeit des entsprechenden Vertrages ist die Rechtsfolge nach der allgemeinen Grundregel von Art. 20 OR die ganze bzw. teilweise Nichtigkeit des entsprechenden Vertrages, wobei – je nach genauer Sachlage – auch eine «modifizierte Teilnichtigkeit» bzw. eine «modifizierte Ganznichtigkeit» vorliegen kann (KOLLER, Private Law, S. 956).

[29] Hauptanwendungsfall der anfänglichen Unmöglichkeit bilden diejenigen (Schuld-)Verträge, die die Begründung nicht begründbarer dinglicher Rechte zum Inhalt haben (vgl. KOLLER, Private Law, S. 955). Dies ist einerseits in einer Sachlage der Fall, in welchem ein unzulässiges Unterlassen den Inhalt der Dienstbarkeit darstellt (vgl. BGE [123 III 337](#)). In diesem französischen Entscheid betonte das Bundesgericht, dass eine negative Dienstbarkeit gestützt auf Art. 730 Abs. 1 ZGB nur dann zulässig sei, wenn die damit verbotene Tätigkeit den körperlichen Zustand, die äussere Erscheinungsform, den wirtschaftlichen oder sozialen Charakter des dienenden

Grundstücks von aussen bemerkbar bestimme (vgl. BGE [123 III 337](#) E. 2c/aa und bb S. 341 f.). Vor diesem Hintergrund sei eine Dienstbarkeit, die auf dem belasteten Grundstück nur den Betrieb einer Zimmerei erlaube und eine andere industrielle Nutzung ausschliesse, zulässig (vgl. BGE [123 III 337](#) E. 2c/cc S. 343). Wenn nun eine Dienstbarkeit ausschliesslich die durch sie selbst bestimmte Nutzung des dienenden Grundstücks zulasse, verletze sie den in Art. 730 Abs. 1 ZGB normierten Grundsatz der Beschränktheit der Belastung (vgl. BGE [123 III 337](#) E. 3a S. 343). In casu liess die Dienstbarkeit jedoch – nebst dem Betrieb einer Zimmerei – wichtige Nutzungsmöglichkeiten des dienenden Grundstücks bestehen und versties infolgedessen nicht gegen Art. 730 Abs. 1 ZGB, aber – weil sie zudem nicht hauptsächlich auf eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen hinauslief – auch nicht gegen Art. 730 Abs. 2 ZGB (vgl. BGE [123 III 337](#) E. 3b S. 344).

[30] Streitgegenstand im BGE [106 II 315](#) war eine Vereinbarung, in der sich ein Stockwerkeigentümer gegenüber den anderen Stockwerkeigentümern verpflichtete, zur Verbesserung der Trittschallisolation in seiner Wohnung Plattenböden mit Spannteppichen zu belegen. Das Bundesgericht äusserte sich zu diesem Dienstbarkeitsvertrag, im Rahmen dessen ein zulässiges Unterlassen den Inhalt der Dienstbarkeit bildet, die Unterlassungspflicht aber mit einer nicht nebensächlichen positiven Leistungspflicht verbunden wird, wie folgt: «Die Grunddienstbarkeit muss eine Beschränkung des Eigentums an der belasteten Stockwerkeinheit zum Inhalt haben. Bei der negativen Dienstbarkeit besteht jene darin, dass der Belastete eine Benutzung zu unterlassen hat, die ihm als Eigentümer zustünde, wenn seine Stockwerkeinheit nicht belastet wäre. Es geht dabei unter anderem um den körperlichen Zustand und die äussere Erscheinung der Stockwerkeinheit; es muss eine störende, belästigende oder schädigende Wirkung nach aussen gegeben sein. Eine Beschränkung in der persönlichen Betätigungsfreiheit (im Gegensatz zur Freiheit der Stockwerkeinheitsbenützung) kann dagegen nicht zum Inhalt einer Dienstbarkeit gemacht werden [...]. Die Vorinstanz bemerkt in diesem Zusammenhang, die bestimmungsgemässe Benutzung der Wohnung werde durch das Vorhandensein eines Spannteppichs nicht beeinträchtigt; der belastete Stockwerkeigentümer sei nur in der Gestaltungsfreiheit als Wohnungsbenützer eingeschränkt [...]; dies sei eine Beschränkung der persönlichen Betätigungsfreiheit, die sich nicht verdinglichen lasse. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Nach Art. 712a Abs. 1 ZGB ist der Stockwerkeigentümer berechtigt, seine Wohnung ausschliesslich zu benützen und innen auszustatten. Dazu gehört, dass er die Böden der Wohnung nach seinem Belieben gestalten und belegen darf. Durch die Verpflichtung, sie mit einer Filzunterlage und Spannteppichen abzudecken, wird er demnach in der Ausübung seines Eigentums beschränkt; er hat etwas zu unterlassen (das Anbringen von nackten Bodenplatten), wozu er als Eigentümer an sich berechtigt wäre. Die Unterlassungspflicht bezieht sich nicht auf die persönliche, sondern auf die mit der Eigentumsausübung zusammenhängende Betätigungsfreiheit, die den körperlichen Zustand und die äussere Erscheinungsform der Wohnung zum Gegenstand hat. [...] Die Dienstbarkeit kann den Eigentümer der belasteten Stockwerkeinheit grundsätzlich nur zu einem Dulden oder Unterlassen, nicht aber zu einer Leistung verpflichten. Eine Pflicht zur Vornahme von Handlungen darf mit der Dienstbarkeit nur verbunden werden, wenn jene im Verhältnis zur Dienstbarkeit sowohl dem Inhalt wie dem Umfang nach von nebensächlicher Bedeutung sind. Dem Inhalt nach ist eine Handlung dann von nebensächlicher Bedeutung, wenn sie lediglich dazu dient, die Ausübung der Dienstbarkeit zu ermöglichen, zu erleichtern oder zu sichern. Dem Umfang nach ist sie es, wenn die Leistungspflicht nicht die hauptsächliche Last darstellt [...]. Die Vorinstanz erblickt in der Verpflichtung der Eheleute Z., die Böden ihrer Wohnung mit Spannteppichen belegen zu lassen, eine Handlung, die nicht mit einer Dienstbarkeit verbunden werden dürfe. Stellt man jedoch die Pflicht der Eheleute Z., in Zukunft während vieler Jahre etwas zu unterlassen, wozu sie als Wohnungseigentümer an sich berechtigt wären, ihrer einmaligen Pflicht gegenüber, die Böden der Wohnung mit Spannteppichen belegen zu lassen, so erscheint diese als nebensächlich.» (vgl. BGE [106 II 315](#) E. 2d und 2e S. 319 f.). Dieser Entscheid stiess in der Lehre insofern auf Kritik, als gewisser Ansicht nach *in casu* zu Unrecht von der Nebensächlichkeit der positiven Leistungspflicht ausgegangen worden sei (vgl. KOLLER, Private Law, S. 955, Fn. 3).

[31] In BGE [135 III 103](#) hatte sich das Bundesgericht mit einem weiteren Fall von einem unmöglichen Dienstbarkeitsinhalt zu beschäftigen. In dieser Sachlage wollten die Veräusserer der entsprechenden Sache deren Weiterveräusserung an ihre Zustimmung knüpfen: So gelangte die Burgergemeinde an das Kreisgrundbuchamt VIII Bern-Laupen mit dem Gesuch um Feststellung, dass jede Handänderung von im Grundbuch zu Lasten ihrer Grundstücke aufgenommenen selbständigen und dauernden Baurechten mit entsprechendem Genehmigungsvorbehalt ihrer Zustimmung bedürfe und ohne eine solche Zustimmung nicht im Grundbuch eingetragen werden dürfe (vgl. Sachverhalt BGE [135 III 103](#) S. 104). Das Bundesgericht kam dabei zum Schluss,

dass eine Vereinbarung – in welcher die Weiterveräusserung der entsprechenden Sache an die Zustimmung des Veräusserers geknüpft wird – gegen den im Sachenrecht geltenden Typenzwang verstösst: «Zumindest nach dem zur Zeit geltenden Recht ist der Grundbuchbeamte weder berechtigt noch verpflichtet, die Übertragung eines selbständigen und dauernden Baurechtes von der Zustimmung des Grundeigentümers abhängig zu machen. Der Baurechtsberechtigte ist gegenüber dem Grundbuchamt allein verfügungsberechtigt und durch keinerlei rechtsgeschäftliche Abmachungen eingeschränkt. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, richtet sich die Übertragung eines selbständigen und dauernden Baurechts nach sachenrechtlichen Grundsätzen und die Bestimmungen über die Zession finden keine Anwendung.» (BGE [135 III 103](#) E. 4.5 S. 111; vgl. zu diesem Entscheid ALFRED KOLLER, Sachenrecht – Entwicklungen 2008, Bern 2009 [zit. KOLLER, Entwicklungen 2008], S. 21 ff.). In diesem Zusammenhang wurde – nach der hier vertretenen Ansicht zu Recht – Folgendes festgehalten: «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).» (KOLLER, Entwicklungen 2008, S. 24).

[32] Im vorliegenden Bundesgerichtsentscheid nahm das Bundesgericht einen rechtlich unmöglichen Inhalt der entsprechenden Dienstbarkeit insoweit an, als eine «Beschränkung der Freiheit des Eigentümers zur Verfügung über das Recht an einem Grundstück und zu rechtsgeschäftlichem Handeln mit Bezug auf das Grundstück» nicht Inhalt einer (Grund-)Dienstbarkeit sein kann (vgl. E. 4.4). Mit Hinweis auf die deutsche Lehre betonte das Bundesgericht zu Recht, dass der Umstand, ein Grundstück mit einem anderen Grundstück zu vereinigen, zu den rechtlichen Verfügungsbefugnissen zu zählen ist, der grunddienstbarkeitsrechtlich nicht verboten werden kann (vgl. E. 4.4). Vor diesem Hintergrund räumt *in casu* die Dienstbarkeit der Berechtigten auch keinen Anspruch auf Unabänderlichkeit der (seinerzeitigen oder bestehenden) Grundstücksgrenzen ein – die Beschwerdeführerin hat keinen Anspruch auf Beibehaltung eines Korridors von 10 m im Bereich des ehemaligen Grundstücks Nr. sss, zumal die entsprechende Dienstbarkeit die Vereinigung von Grundstücken auch nicht ausschloss (vgl. E. 4.4). Damit liegt in der vorliegenden Sachlage ein Fall vor, in welcher sich die Beschwerdeführerin auf ein Recht beruft, welches in tatsächlicher Hinsicht (aufgrund des zwischen den Parteien bestehenden Dienstbarkeitsvertrags) gar nicht besteht. Der Entscheid verdeutlicht, dass bezüglich Inhalt einer Dienstbarkeit immer auch aufgrund des Dienstbarkeitsvertrags zu eruieren ist, wie die entsprechende Dienstbarkeit ausgestaltet ist, und dabei auch die Schranken des Obligationenrechts bezüglich Ausgestaltung eines Vertrages berücksichtigt werden müssen.

PHILIPP EBERHARD, MLaw, Rechtsanwalt, Universität Luzern.

Zitiervorschlag: Philipp Eberhard, Obligationenrechtliche Schranken im Dienstbarkeitsrecht, in: dRSK, publiziert am 23. Dezember 2020

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

