

# BGer 5A 997/2021 vom 2. Juni 2022

Bundesgericht, 2022-06-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_997\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_997_2021)

FR: TF 5A 997/2021 du 2 juin 2022

IT: TF 5A 997/2021 del 2 giugno 2022

## Regeste

Bauunterlassung (Dienstbarkeit) | Sachenrecht

## Erwägungen

### E. 1

Der Streit dreht sich um den Bestand und den Inhalt einer Dienstbarkeit ("Fuss-, Fahrweg- und Durchleitungsrecht"). Das ist eine Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ) vermögensrechtlicher Natur (Urteil 5A\_400/2013 vom 29. November 2013 E. 1.1; vgl. BGE 43 II 29 E. 1). Den vorinstanzlichen Feststellungen zufolge beträgt der Streitwert Fr. 35'000.--. Auf diese (unbestrittene) Streitwertschätzung ist abzustellen, zumal keine Gründe ersichtlich sind, den kantonalen Entscheid diesbezüglich in Frage zu stellen (Urteil 5A\_272/2010 vom 30. November 2010 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 137 III 59 ). Die gesetzliche Streitwertgrenze von Fr. 30'000.-- (Art. 74 Abs. 1 Bst. b BGG) ist also erreicht. Das Kantonsgericht hat als obere kantonale Instanz auf Rechtsmittel hin entschieden ( Art. 75 BGG ). Der angefochtene Entscheid trifft die Beschwerdeführerin in ihren schutzwürdigen Interessen ( Art. 76 BGG ) und schliesst das kantonale Verfahren ab ( Art. 90 BGG ). Auf die rechtzeitig ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

### E. 2

Im ordentlichen Beschwerdeverfahren sind vor Bundesgericht in rechtlicher Hinsicht alle Rügen gemäss Art. 95 f. BGG zulässig. Das Bundesgericht wendet das Recht grundsätzlich von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es urteilt mit freier Kognition und kann eine Beschwerde daher auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den Entscheid mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (Motivsubstitution; vgl. BGE 140 III 86 E. 2 mit Hinweisen). Was den Sachverhalt angeht, legt das Bundesgericht seinem Urteil die vorinstanzlichen Feststellungen zugrunde ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Zum vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt gehören nicht nur die Feststellungen über den Lebenssachverhalt, sondern auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1). Diesbezüglich kann die rechtsuchende Partei nur vorbringen, die vorinstanzlichen Feststellungen seien offensichtlich unrichtig ( Art. 97 Abs. 1 BGG ), das heisst willkürlich (vgl. BGE 140 III 264 E. 2.3; 135 III 127 E. 1.5 mit Hinweis), oder würden auf einer anderen Rechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG (z.B. Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 8 ZGB ) beruhen (Urteil 5A\_374/2010 vom 9. Juli 2010 E. 1). In der Beschwerde ist überdies darzutun, inwiefern die Behebung der gerügten Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; BGE 135 I 19 E. 2.2.2).

### **E. 3**

Vor Bundesgericht ist nur noch umstritten, ob die 1989 eingetragene und 2004 verlegte Wegrechtsdienstbarkeit gültig errichtet worden ist.

#### **E. 3.1**

Nach Art. 730 ZGB kann ein Grundstück zum Vorteil eines andern Grundstücks in der Weise belastet werden, dass sein Eigentümer sich bestimmte Eingriffe des Eigentümers dieses andern Grundstücks gefallen lassen muss oder zu dessen Gunsten nach gewissen Richtungen sein Eigentumsrecht nicht ausüben darf (Abs. 1). Eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen kann mit der Grunddienstbarkeit nur nebensächlich verbunden sein. Für den Erwerber des berechtigten oder belasteten Grundstücks ist eine solche Verpflichtung nur verbindlich, wenn sie sich aus dem Eintrag im Grundbuch ergibt (Abs. 2). Die aktuelle Formulierung von Art. 730 Abs. 2 ZGB geht auf die Revision des Sachenrechts gemäss Bundesgesetz vom 11. Dezember 2009 (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) zurück und ist seit dem 1. Januar 2012 in Kraft (AS 2011 4637). Zur Zeit der Errichtung der Dienstbarkeit (1989) und ihrer Verlegung (2004) lautete Absatz 2 noch wie folgt: "Eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen kann mit der Grunddienstbarkeit nur nebensächlich verbunden sein". Mit der vorgenommenen Ergänzung trug der Gesetzgeber der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Rechnung, wonach eine realobligatorische Verpflichtung nur dann Bestand hat, wenn sie sich aus dem Grundbuch ergibt ( BGE 124 III 289 ff.; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht vom 27. Juni 2007] BBl 2007 5283, 5310). Für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde hat die Änderung keine Bedeutung.

#### **E. 3.2**

Die Vorinstanz erwägt, dass die Erstellung und der Unterhalt der Strasse der Ausübung der Dienstbarkeit dienen, hier der Befahrung und Begehung der belasteten Liegenschaft. Insbesondere das Fahrwegrecht von fünf Metern Breite, das im Jahr 1989 erstmals so eingetragen wurde, setze voraus, dass die Fläche, über die das Fahrwegrecht verläuft, zumindest befestigt ist, was dem erstinstanzlichen Entscheid zufolge der Fall sei. Ebenfalls zutreffend sei die Feststellung der ersten Instanz, dass die Aufschüttung und Asphaltierung des Vorplatzes auf der Liegenschaft Nr. xxx zufolge Nutzungsänderung seitens der Beschwerdeführerin erfolgte und die Umbauarbeiten hauptsächlich in ihrem Interesse stattgefunden hätten, insbesondere auch, dass die Wegfläche ohne entsprechende Markierung über den Vorplatz der Liegenschaft Nr. xxx führe und keine eigentlichen, das Wegrecht betreffende Bautätigkeiten erfordere. Die Nebensächlichkeit ergebe sich daraus, dass die geforderte Handlung - die Befestigung des Weges - dazu diene, die Ausübung der Dienstbarkeit zu ermöglichen, zu erleichtern oder zu sichern. Dem Obergericht zufolge verdeutlicht die tatsächliche Argumentation des Bezirksgerichts, dass die Befestigung des Vorplatzes auf der Liegenschaft Nr. xxx vor allem der Beschwerdeführerin und weniger dem Beschwerdegegner diene und dient; Letzteres ergebe sich auch daraus, dass die Beschwerdeführerin den Vorplatz ohnehin befestigen musste, weil ihre Zulieferer diese Fläche mit LKWs befahren. Aus alledem folgt für das Obergericht, dass die Grunddienstbarkeit vom 31. Juli 1989 beziehungsweise der Nachtrag vom 29. Juni 2004 gültig vereinbart worden seien und entsprechend im Grundbuch hätten eingetragen werden können.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin wirft dem Obergericht vor, die Gültigkeit des Dienstbarkeitsvertrages zu Unrecht zu bejahen. Sie macht geltend, dass die Pflicht, einen fünf Meter breiten und vierzig Meter langen Weg zu erstellen (s. Sachverhalt Bst. A.b), nicht mehr als Nebensache qualifiziert werden könne, werde dadurch doch ganz wesentlich in die Gestaltung des Grundstücks und damit auch wesentlich in das Eigentumsrecht eingegriffen. Ein solcher Eingriff gehe deutlich weiter, als es mit der blossen Verpflichtung zum Unterhalt einer bereits bestehenden Anlage der Fall ist. Indem es die Pflicht zur Errichtung einer Anlage mit derjenigen zum Unterhalt einer bestehenden Anlage oder Vorrichtung gleichsetze, wende das Obergericht Art. 730 ZGB falsch an. Die Beschwerdeführerin beteuert, nie bestritten zu haben, dass sie im Rahmen eines von ihr ausgeführten Bauprojekts den Vorplatz befestigt und errichtet habe, so dass auch der Beschwerdegegner die zur Ausübung seines Wegrechts beanspruchte Fläche befahren konnte. Für die Frage der rechtsgültigen Errichtung der Wegdienstbarkeit stelle sich aber eben gerade nicht die Frage, ob der Weg erstellt wurde oder nicht, sondern, ob die bei Begründung der Wegrechtsdienstbarkeit dem Eigentümer der Parzelle Nr. xxx auferlegte Verpflichtung, eine befestigte Strassenfläche zu errichten, im Rahmen eines Dienstbarkeitsvertrags zulässig sei. Weiter wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz vor, sich gar nicht mit der Situation auf dem Grundstück Nr. xxx zum Zeitpunkt der Errichtung der Grunddienstbarkeit befasst zu haben. Die Situation zum damaligen Zeitpunkt sei für die Beantwortung der Frage, ob dem Eigentümer des belasteten Grundstücks eine untergeordnete nebensächliche Verpflichtung auferlegt wurde, aber von zentraler Bedeutung. Im Zeitpunkt der Errichtung der Dienstbarkeit habe ganz offensichtlich keine befestigte Fläche bestanden, ansonst im Dienstbarkeitsvertrag keine solche Verpflichtung vereinbart worden wäre. Dass die damalige Situation keine Bautätigkeit des Eigentümers des belasteten Grundstücks erfordert habe, sei vom Beschwerdegegner auch nicht rechtzeitig in das Verfahren eingebracht und bewiesen worden.

### **E. 3.4**

Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin kann offenbleiben, ob die Verpflichtung des Eigentümers des Grundstücks Nr. yyy, einen Weg zu erstellen (s. Sachverhalt Bst. A.b), im Sinn von Art. 730 Abs. 2 ZGB nebensächlich ist. Das Bundesgericht braucht sich auch nicht zu den diesbezüglichen Sachverhaltsrügen der Beschwerdeführerin zu äussern. Auch die Beschwerdeführerin räumt ein, dass der am 31. Juli 1989 begründeten Verpflichtung zur Erstellung des Weges im heutigen Streit gar keine praktische Bedeutung mehr zukommt, verweist sie doch ausdrücklich darauf, dass die vom Beschwerdegegner für sein Bauprojekt beanspruchte Fläche unbestrittenermassen so befestigt ist, dass sie befahren werden kann. Selbst wenn der Beschwerdeführerin darin beizupflichten wäre, dass die Verpflichtung zur Erstellung des Weges (anders als diejenige zu dessen Unterhalt) nicht nebensächlich ist und deshalb nicht mit der Grunddienstbarkeit verbunden sein kann ( Art. 730 Abs. 2 ZGB ), stünde der Bestand des Fuss-, Fahrweg- und Durchleitungsrechts nur dann in Frage, wenn die (ursprünglichen) Vertragsparteien die Errichtung der Grunddienstbarkeit objektiv erkennbar auch davon abhängig gemacht hätten, dass der belastete Grundeigentümer den Weg tatsächlich erstellt, wenn nach dem mutmasslichen Willen der Vertragsparteien (s. dazu Art. 738 Abs. 2 ZGB und Urteil 5A\_28/2021 vom 31. März 2022 E. 3.4.3 mit Hinweisen) also davon auszugehen wäre, dass diese das Fuss-, Fahrweg- und

Durchleitungsrecht ohne die Verpflichtung zur Erstellung des Weges nicht gewollt hätten ( Art. 20 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 7 ZGB ; s. zur Teilnichtigkeit etwa das Urteil 4A\_450/2018 vom 3. April 2019 E. 3.3.1 mit Hinweisen). Eine derartige Verknüpfung von obligatorischer und dinglicher Verpflichtung macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, noch behauptet sie, solcherlei schon im kantonalen Verfahren vorgebracht zu haben und damit nicht gehört worden zu sein. Bloss implizit zu unterstellen, dass mit der (angeblich) unzulässigen Realobligation ohne Weiteres auch dem Fuss-, Fahrweg- und Durchleitungsrecht der Boden entzogen sei, genügt nicht. Erwiese sich die Verpflichtung zur Erstellung einer befestigten Strassenfläche - der Beschwerdeführerin folgend - als unzulässig im Sinne von Art. 730 Abs. 2 ZGB , so wäre nach dem Gesagten jedenfalls nur die Ausgestaltung dieser Verpflichtung als Realobligation gescheitert. Im Ergebnis verletzt die Vorinstanz somit kein Bundesrecht, wenn sie vom Bestand der Grunddienstbarkeit ausgeht.

#### **E. 4**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde auf der Grundlage einer Motivsubstitution abzuweisen. Hinfällig wird damit auch der Antrag der Beschwerdeführerin, die Kosten des kantonalen Verfahrens neu zu verteilen. Die Beschwerdeführerin hat diesen Antrag nur im Hinblick auf eine Gutheissung der Beschwerde gestellt. Die Gerichtskosten für das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren sind der Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.