



# Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

# **Sachenrecht**

## Einleitung zum Sachenrecht

Das Sachenrecht findet sich im 4. Teil des ZGB, Art. 641 ff. Es gehören aber ebenso die Normen des öffentlichen Rechts dazu. Diese beiden Gebiete werden nur aus didaktischen Gründen getrennt, in der Praxis gehen sie ineinander über.

Bsp: Über Eigentum kann man gem. Art. 641 ZGB frei verfügen. Will man aber auf einem Grundstück in Eigentum ein Haus bauen, bedarf es eine Baubewilligung, welche Sache des öffentlichen Rechts darstellt.

## § 1 Grundlagen und Übersicht

### I. Die Sache

Vom Begriff "Sache" existiert im Gesetz keine Legaldefinition. Diese wurde aus dem Entwurf des ZGB genommen, weil das Definieren Sache der Lehre sei. Im ZGB ist der Begriff Sache im Vergleich zur Alltagssprache sehr eng. Nach der Lehre sind Sachen *unpersönliche, körperliche, für sich bestehende Gegenstände, die der menschlichen Herrschaft unterworfen werden können*. Es spielen also folgende Elemente mit:

- *Unpersönlichkeit*: Der Menschliche Körper wie auch dessen Leichnam (trotz Wortlaut von Art. 31 ZGB) sind keine Sachen. Tiere gelten seit dem neuen Art. 641a ZGB nicht mehr als Sache. Für sie sind aber die Grundsätze des Sachenrechts anwendbar, wenn keine besondere Regelung besteht.
- *Abgrenzbarkeit*: Die Sache muss ein abgegrenztes (gesondertes) Dasein haben und für sich bestehen. Flüssige oder gasförmige Körpern geschieht dies z.B. durch Zusammenfassung in einem Behältnis. Bei Mengensachen gilt nicht z.B. das einzelne Reiskorn, sondern eine verkehrsübliche Menge (z.B. x Kilogramm).
- *Körperlichkeit*: Es bedarf einer dreidimensionalen Greifbarkeit. Somit sind z.B. flüchtige Gase ausgeschlossen, ebenso die Energie. Trotzdem wird das Sachenrecht analog auf sie angewandt (z.B. Fahrniseigentum an Naturkräften).
- *rechtliche Beherrschbarkeit*: Die Sache muss erworbenem genutzt, veräußert, zerstört, gebraucht werden können. Sie muss einer Person zugeordnet werden können.

Anhand dieser Kriterien werden verschiedene *Arten* unterschieden:

- Bewegliche und unbewegliche Sachen (Fahrnis und Grundstücke)
- Hauptsache (herrschende Sache) und Zugehör (dienende Sache): Art. 644 f. ZGB.
- Verkehrsfähige Sachen und Sachen mit ausgeschlossener oder eingeschränkter Verkehrsfähigkeit. Verkehrsfähig sind Sachen, die sich eignen, Gegenstand privater Rechte und privatrechtlicher Verfügungen zu bilden.

Nach dem *Spezialitätenprinzip* sind Sachen nur einzelne Objekte und nie Sachgesamtheiten (z.B. Hausrat). So kann ein Pfandrecht nie an einer Gemäldesammlung, sondern nur am einzelnen Gemälde liegen.

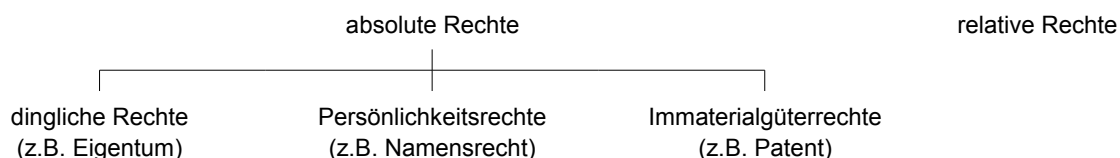
### II. Die dinglichen Rechte im Allgemeinen

Unter *Recht* im objektiven Sinn werden Rechtssätze und Rechtsnormen verstanden, also generell abstrakte Verhaltensregeln (engl.: law). Im subjektiven Sinn versteht man die (vom objektiven Sachenrecht) verliehene Befugnis einer Person (engl.: right).

*Dingliche Rechte* (= *sachenrechtliche Befugnisse*) vermitteln einen unmittelbaren Zugriff / Sachherrschaft. Es ist die positive Umschreibung des Art. 641 Abs. 1 ZGB.

Dies wird mittels der negativen Umschreibung (Art. 641 Abs. 2 ZGB) erreicht, indem alle anderen Rechtssubjekte ausgeschlossen werden, dieses dingliche Recht beachten / respektieren müssen. Es handelt sich um ein *absolutes* Recht.

*Relative* Rechte gelten nur gegenüber einer bestimmten Person. Sie sind abgeleitet von einer Drittperson (diese erlaubt es z.B. dass in der gemieteten Wohnung gewohnt werden kann). Auch das Pfandrecht des Bankiers an der Sicherheit ist ein relatives Recht.



### Relative und absolute Rechte

Die Unterscheidung zielt darauf ab, *gegen wen* dem Berechtigten ein Recht zusteht.

- *Relative Rechte* (persönliche, obligatorische Rechte, Forderungen) erschöpfen sich in einer bestimmten *Zweiparteienbeziehung*. Es richtet sich *nur* gegen den Schuldner. Sie richten sich auf eine Leistung: ein Tun, Dulden oder Unterlassen.
- *Absolute Rechte* dagegen gelten *gegenüber jedermann*. Also dass jede Person ein bestimmtes Verhalten unterlassen oder ein Verhalten des Berechtigten dulden muss. Zu den absoluten Rechten gehören die dinglichen Rechte, die Persönlichkeitsrechte und die Immaterialgüterrechte. Bsp.: Art. 641 Abs. 2 ZGB.

### Dingliche Rechte als absolute Rechte

*Dingliche Rechte* ("les droits réels") sind nach dem Gesagten absolute *Rechte* an Sachen, denn sie richten sich gegen jedermann ("erga omnes"). Diese absolute Wirkung zeigt sich in der Zwangsvollstreckung: Wird jemand auf Pfändung betrieben, so hat auf allfällige Sachen in dessen Besitz, an denen ein Dritter Eigentumsrechte besitzt (Pfandgläubiger), dieser das Recht, die Sache herauszuverlangen (Art. 106 ff. oder 242 SchKG), also vor den persönlich berechtigten Gläubiger befriedigt zu werden.

### Die sogenannte "Realobligation"

Ausnahmsweise werden bei einem subjektiven Recht dingliche und obligatorische Elemente verknüpft, so dass das persönliche Recht eine dingliche Komponente aufweist. Im Zentrum steht eine Obligation (Forderung, Schuld), die auf eine Leistung des Schuldners (Tun, Dulden, Unterlassen) gerichtet ist. Real (dinglich) ist das Verhältnis insofern, als der Schuldner der Leistung durch seine dingliche Berechtigung an einer Sache bestimmt ist.

Beispiel ist der Anspruch auf Einräumung eines Bauhandwerkerphandrechts. Sie können aus Gesetz entstehen (Art. 720 f. ZGB; Pflichten des Finders einer verlorenen Sache) oder rechtsgeschäftlicher Natur sein (Art. 730 Abs. 2 ZGB; Leistungspflicht bei Grunddienstbarkeiten).

### Die Arten der dinglichen Rechte

#### *Eigentum und beschränkte dingliche Rechte*

*Eigentum* ("la propriété") ist das dingliche Vollrecht, also das (grundsätzlich) *umfassende Herrschaftsrecht an einer Sache*. 18. - 20. Titel des ZGB.

*Die beschränkten dinglichen Rechte* ("les autres droits réels") geben dem Berechtigten nur eine begrenzte Zahl einzelner Herrschaftsbefugnissen. Nämlich hinsichtlich Nutzung der Sache oder bezüglich ihrer Verwertung. 21. - 23. Titel des ZGB.

Siehe Schema S/H<sup>1</sup>, Nr. 34.

#### *Nutzungs- und Verwertungsrechte*

Da bei Eigentum eine umfassende Sachherrschaft besteht, muss diese Unterscheidung eigentlich nur bei beschränkten dinglichen Rechten nötig.

- *Nutzungsrechte* gewähren dem Berechtigten den unmittelbaren (physischen) Gebrauch einer Sache. Solche (dinglichen!) Nutzungsrechte vermitteln dem Berechtigten die *Dienstbarkeiten*. Bsp.: Nutzniessung gewährt grundsätzlich den vollen Genuss des Gegenstandes. Nutzungsrechte beziehen sich hauptsächlich auf Grundstücke, ausnahmsweise auch auf Fahrnis, das mit einer Dienstbarkeit belastet ist (Art. 745 Abs. 1 ZGB).
- *Verwertungsrechte* (Wertrechte; dingliche Sicherungsrechte) gewähren dem Berechtigten eine Beteiligung am Geldwert einer Sache. V.a. Pfandrechte wie Grundpfand (Art. 793 ff. ZGB) und Fahrnispfand (Art. 884 ff. ZGB). Das dingliche Recht geht also nicht unmittelbar auf die Sache selber, sondern nur auf deren Verwertungserlös (Geldwert).

1 SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. S/H, Nr. ...).

## Schematische Übersicht

Siehe S/H, Nr. 43.

## III. Die Rechtsquellen

Grundsätzlich im Kompetenzbereich des Bundes (Art. 122 BV), wobei dieser einzelne Kompetenzen dem Bund zurück gegeben hat.

### Bundesrecht

"Sedes materiae" des schweizerischen Sachenrechts sind die Art. 641-977 ZGB und Art. 17-48 SchIT ZGB. Zu beachten sind auch Spezialgesetze des Bundes (z.B. Pfandbriefgesetz, PfG) und Verordnungen (z.B. Grundbuchverordnung, GBV).

### Kantonales Recht

Dies kann in einem echten Vorbehalt (Art. 5 Abs. 1 ZGB) bestehen, oder das Bundesrecht verweist auf Übung und Ortsgebrauch (vgl. auch Art. 5 Abs. 2 ZGB).

### Exkurs: Rechtsprechung und Lehre

Präjudizien wichtig zur Rechtsfortbildung.

## IV. Der gesetzliche Aufbau

- Erste Abteilung: Das Eigentum (Art. 641-729 ZGB);
- Zweite Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte (Art. 730-915 ZGB);
- Dritte Abteilung: Besitz und Grundbuch (Art. 919-977 ZGB).

## V. Prinzipien des schweizerischen Sachenrechts

Folgend eine Auswahl an Prinzipien, bei denen natürlich Ausnahmen gelten können und die zueinander im Widerspruch stehen können.

### Das Publizitätsprinzip (Grundsatz der Offenkundigkeit, Offenlegungsprinzip)

Es muss klar sein, dass jemand an etwas (dingliche) Rechte hat, damit diese respektiert werden können. Es muss also für die Allgemeinheit (Publikum) offenkundig erkennbar gemacht werden.

- Publizitätsmittel für Rechte an *beweglichen Sachen* ist vor allem Der *Besitz*, aber auch bestimmte Register.
- Publizitätsmittel für die Recht an *unbeweglichen Sachen* ist vor allem das *Grundbuch*.

An die Publizitätsmittel ist eine *Legitimationswirkung* geknüpft: der äussere Schein begründet eine Vermutung für das Bestehen des Rechts.

Für den Übergang dinglicher Rechte bedarf es neben dem Rechtsgeschäft (als Grundgeschäft) *zusätzlich* noch den Besitzübergang/Grundbucheintrag (Verfügungsgeschäft).

### Das Spezialitätsprinzip (Individualitätsprinzip)

*Dingliche Rechte* sind *nur an einzelnen, individualisierten Sachen*, nicht aber an Gesamtsachen (Warenlager, Unternehmen, Vermögen schlechthin) möglich.

### Das Prinzip der Typengebundenheit (Numerus clausus)

Als Ausfluss des Publizitätsprinzips gilt das Prinzip der Typengebundenheit: Was alle zu respektieren haben, muss (für alle leicht) ersichtlich sein. Dies im Gegensatz zur *Vertragsfreiheit*, welche zu einer undurchsichtigen Schwemme von Vertragsarten kommt.

An beweglichen und unbeweglichen Sachen sind nur solche dinglichen Rechte möglich, welche vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen sind. Es sind dies: Eigentum, Dienstbarkeiten, Grundlasten und Pfandrecht.

Einschränkend werden in der Praxis auch dingliche Sicherungsmittel (wie Hinterlegung sicherheitshalber, Sicherungsübereignung, Sicherungszession) zugelassen.

Der Grundsatz der Typenfixierung besagt, dass die Parteien dort wo das Gesetz ein dingliches Recht *inhaltlich festlegt*, diese Ordnung nicht verändern dürfen.

### **Das Kausalitätsprinzip**

Dem *Verfügungsgeschäft* geht im schweizerischen Recht regelmässig ein *Verpflichtungsgeschäft* voraus. Das Kausalitätsprinzip besagt nun, dass der *Rechtsgrund* (Verpflichtungsgeschäft; "causa") *gültig* sein muss. Ansonsten das Eigentum nicht übertragen wird.

### **Das Prinzip der Alterspriorität**

Die *Rangordnung unter beschränkten dinglichen Rechten* ist nach dem *Errichtungsdatum* bestimmt: Das früher errichtete Recht geht dem später errichteten vor. Bsp.: Art. 812 Abs. 2 ZGB.

Durchbrochen wird das Prinzip durch Rechtsgeschäft und vereinzelt durch Gesetz (wie etwa durch das Pfandstellensystem der Grundpfandrechte gemäss Art. 813 ff. ZGB).

### **Das Akzessionsprinzip**

Grundsatz, dass die *Bestandteile* einer Sache notwendigerweise das sachenrechtliche *Schicksal der Hauptsache teilen*:

- das Recht des Eigentümers auf alle Bestandteile der Sache (Art. 642 Abs. 1 ZGB)
- ein Grundpfandrecht umfasst das Grundstück mit Einschluss aller Bestandteile (Art. 805 Abs. 1 ZGB)
- alles was auf einem Grundstück fest eingebaut oder gepflanzt worden ist, wird Eigentum des Grundeigentümers (Art. 667 und 671 ZGB).

*Einschränken* erfährt das Akzessionsprinzip namentlich im Fall eines Baurechts (Art. 675 Abs. 1 und 779 ff. ZGB).

## 1. Kapitel: Der Besitz

Das Rechtsgebiet "Besitz" ist deshalb so kompliziert, weil die deutsche Sprache kein Verb für "Eigentum" kennt. Es wird also für Eigentum *und* für Besitz im eigentlichen Sinn das Verb "besitzen" gebraucht. Andererseits ist in "Besitz" einerseits die faktische Herrschaft als *Tatbestand*, wie auch die *Rechtsfolge* "Besitz" enthalten.

Nach Art. 919 Abs. 1 ZGB geht es beim Besitz um die vorläufige und momentane Zuordnung einer Sache zu einer Person, basierend auf faktischen Tatsachen (Herrschaft), ohne die Rechtssituation zu berücksichtigen. Diese rasche Zuordnung wird von der Rechtssicherheit im Alltag verlangt, ohne dass jedes mal ein Rechtsverfahren angestrengt werden muss (das Buch auf meinem Tisch *"ist" mein* Buch). Das Eigentum dagegen verlangt eine definitive Zuordnung, gestützt auf einer Rechtsposition.

Die Funktionen des Besitzes sind:

- *Defensivwirkung* (Art. 926-929 ZGB)
- *Translativwirkung* (Art. 714 Abs. 1 ZGB)
- *Vermutungswirkung* (Art. 930 ZGB)
- *Offensivwirkung* (Art. 934 ZGB).

## § 2 Vorbemerkungen

### I. Die Bedeutung von Besitz und Grundbuch im Allgemeinen

Die Beziehung zwischen Besitz und dinglichem Recht äussert sich beispielsweise dadurch, dass:

- das Gesetz vermutet, der Besitzer einer beweglichen Sache sei ihr Eigentümer
- zur Übertragung des Fahrniseigentums der Übergang des Besitzes auf den Erwerber notwendig ist.

Eine grosse Zweiteilung trennt das Sachenrecht in Immobiliarsachenrecht und Mobiliarsachenrecht, also über Grundstücke und Fahrnis. Die Bestimmungen über den *Besitz* beziehen sich regelmässig auf *beides*: auf Fahrnis und Grundstücke.

### II. Die gesetzliche Ordnung des Besitzes

Der Begriff "Besitz" kommt im Gesetz an mehreren Orten vor. "Sedes matriae" sind die Art. 919-941 ZGB, daneben gibt es weitere Bestimmungen.

"Besitz" kann in doppelter Weise verstanden werden: als Tatbestand oder als Rechtsfolge. Als Tatbestand drückt er eine tatsächliche Beziehung einer Person zu einer Sache aus, verstanden als Rechtsfolge bezieht er sich auf eine Summe von Rechtswirkungen.

Besitz gewährt also dem Besitzer – kraft der Art. 919 ff. ZGB – bestimmte Rechte oder Rechtsbehelfe. Hinter dem Besitz steht mit anderen Worten stets auch eine andere Rechtsbeziehung zur betreffenden Sache. Ob diese Person nun die Sache besitzt oder nicht, macht einen konkreten Unterschied: Die Mieterin *ohne* Besitz wird etwa vom Gesetz in bestimmten Situationen anders (schlechter) behandelt als die Mieterin *mit* Besitz.

## § 3 Begriff und Arten des Besitzes

### I. Der Begriff

Die Begriffsbestimmung des Besitzes – verstanden als Tatbestand – sind ein Grundfall und Ausnahmefälle zu unterscheiden. Anschliessend ist der Besitz von anderen Rechtsfiguren abzugrenzen.

#### Grundfall und Ausnahmefälle

Den Grundfall regelt Art. 919 Abs. 1 ZGB. Danach ist Besitzer, "wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat".

- Die *tatsächliche Gewalt* über eine Sache (Sachherrschaft) und zwar während einer bestimmten Dauer. Es bedarf einer gewissen räumlichen Beziehung und einer nach allgemeiner Auffassung

vorhandenen Einflussphäre. Zur vorübergehenden Aufhebung der tatsächlichen Gewalt (Verlegen des Autoschlüssels, Vergessen der Mappe) vgl. Art. 921 ZGB

- Es bedarf noch eines subjektiven Elementes: dem *Willen* zur Sachherrschaft.
- Besitzer können natürliche und juristische Personen sein.

Ausnahmefälle betreffen:

- Art. 919 Abs. 2 ZGB:
- Art. 560 Abs. 2 ZGB:
- Art. 720 Abs. 3 ZGB:

### [ Abgrenzungen

- Besitz (im juristischen Sinn) ist nicht gleich *Eigentum*.
- Besitz ist nicht (notwendigerweise) identisch mit der *Halterschaft* (etwa Art. 56 OR oder Art. 58 SVG).
- Besitz ist nicht (notwendigerweise) identisch mit dem *Gewahrsam*, der etwa im StGB oder im SchKG vorkommt.
- Der Besitzer ist namentlich zu unterscheiden vom Besitzdiener. Dieser ist im ZGB nicht geregelt. Er übt den Besitz um Namen und für Rechnung eines anderen (eben des Besitzers) aus, ohne selber Rechte auf die Sache geltend zu machen. Bsp.: Kellner (Wein), Dienstmädchen (Wohnungseinrichtung). Im Einzelnen ist jedoch die Abgrenzung sehr heikel. ]

## II. Die Arten des Besitzes

### Einfacher und mehrfacher Besitz

Die Sachherrschaft kann in dem Sinn vollkommen sein, das sie sämtliche Aspekte des Besitzes umfasst. Dann liegt sog. *einfacher Besitz* vor. Bsp.: Eine Person bewohnt allein ein Haus, das in ihrem Eigentum steht; sie ist damit *einfache Besitzerin* des Hauses.

Art. 920 Abs. 1 ZGB gibt die Möglichkeit, dass mehrere Personen Besitzer sein können. Man spricht vom *mehrfachen* oder *gestuften Besitz*. Bsp.: Eine Eigentümerin vermietet ihr Haus an eine Bekannte. Beide sind nun Besitzerinnen. Es liegt mehrfacher Besitz vor, da die Mieterin für die Eigentümerin besitzt.

Bei mehrfachem Besitz unterscheidet Art. 920 Abs. 2 ZGB zwei Stufen:

- *Selbständigen Besitz* hat nur jene Person, welche die Sache als Eigentümerin besitzt.
- *Unselbständigen Besitz* haben demgegenüber die Personen, welche die Sache nicht als Eigentümerinnen, sondern zu einem beschränkten dinglichen oder einem persönlichen Recht besitzen. Bsp.: Eine Eigentümerin lässt ihre Wertpapiere durch eine Bank verwalten. Die Eigentümerin hat selbständigen, die Bank unselbständigen Besitz.

### Unmittelbarer und mittelbarer Besitz

Die Unterscheidung, die vom ZGB nicht ausdrücklich festgelegt wird, stellt auf die *Intensität der Sachherrschaft* ab:

- *Unmittelbaren Besitz* hat eine Person dann, wenn sie direkt die Sachherrschaft ausübt (oder jedenfalls ausüben könnte). Bsp.: Jemand bewahrt seine Wertpapiere zu Hause auf. Auch eine Mehrheit von Personen kann unmittelbaren Besitz über eine Sache haben. Bsp.: Alle Familienmitglieder haben unmittelbaren Besitz an der Wohnungseinrichtung.
- *Mittelbarer Besitz* besteht demgegenüber dann, wenn ein Besitzer die Sachherrschaft nur indirekt, also über eine andere Person ausübt. Bsp.: Eine Eigentümerin lässt ihre Wertpapiere durch eine Bank verwalten. Mittelbarer Besitz spielt insbesondere bei der Übertragung einer Sache durch Besitzanweisung eine Rolle.

### [ Alleinbesitz und Mitbesitz im weiteren Sinn

Wird der Besitz einer bestimmten Qualität (einfach, selbständig oder unselbständig, mittelbar oder unmittelbar) von einer einzigen Person ausgeübt, spricht man von *Alleinbesitz*. Haben hingegen *mehrere Personen* an der Sache *Besitz derselben Qualität*, liegt Mitbesitz im weiteren Sinn vor. Bsp.: siehe S/H, Nr. 115.



Der Mitbesitz im weiteren Sinn kommt in zwei Erscheinungsformen vor:

- *Mitbesitz* im engeren Sinn, wenn jeder der mehreren Besitzer die Sachherrschaft ohne die Mitwirkung der übrigen ausüben kann. Bsp.: Ehegatten sind grundsätzlich Mitbesitzer des Hausrates.
- *Gesamtbesitz* ist dann gegeben, wenn die mehreren Besitzer die Sachherrschaft nur gemeinschaftlich ausüben können. Bsp.: Zwei Personen besitzen je einen der beiden Schlüssel, welche (zusammen) für das Öffnen des Tresors erforderlich sind.

Die Unterscheidung beruht auf der tatsächlichen Art und Weise, wie die Sachherrschaft ausgeübt werden kann, und hängt deshalb nicht davon ab, ob an der Sache Mit- oder Gesamteigentum besteht.

### Sachbesitz und Rechtsbesitz

Im Normalfall, den Art. 919 Abs. 1 ZGB regelt, besteht der Besitz in der Herrschaft über eine bewegliche oder unbewegliche (körperliche) Sache (Sachherrschaft), stellt also Sachbesitz dar.

Dem Sachbesitz von Gesetzes wegen gleichgestellt wird nach Art. 919 Abs. 2 ZGB in gewissen Sonderfällen die "tatsächliche Ausübung des Rechtes", also der Rechtsbesitz. Insofern kann man auch Rechte besitzen. Dies ist nach Lehre nur möglich, wenn nicht schon Sachherrschaft über die Sache besteht. Es kommen also *Grundlasten* und *negative Dienstbarkeiten* in Frage. ]

## § 4 Erwerb und Verlust des Besitzes

### I. Übersicht

Erwerb und Verlust des Besitzes (namentlich: an Fahrnis) sind in mehrfacher Hinsicht praktisch bedeutsam:

- Der *Erwerb* des Besitzes an einer Fahrnissache ist regelmässig Voraussetzung für den Erwerb eines dinglichen Rechts an einer Sache. Ein ähnlicher Zusammenhang besteht beim *Verlust*.
- An den Besitz knüpft das Gesetz weitere Rechtsfolgen, namentlich *Schutzbehelfe*.

### II. Der Erwerb des Besitzes

#### Übersicht: originärer und derivativer Besitzeserwerb

- Originärer (ursprünglicher, einseitiger) Besitzeserwerb: Jemand erlangt den Besitz an einer Sache, ohne ihn vom Besitz eines Vorgängers abzuleiten. Bsp.: Fund antiker Münzen beim Umgraben des Gartens.
- Derivativer (abgeleiteter) Besitzeserwerb: Jemand leitet seinen Besitz vom Besitz eines früheren Besitzers ab. Bsp.: Verkäuferin übergibt Käuferin den gekauften Fernseher.  
Derivativer Besitzerwerb erfolgt grundsätzlich zum Erwerb eines dinglichen Rechts.

Das Gesetz regelt in den Art. 922-925 ZGB nur den derivativen Besitzeserwerb.

#### Der originäre Erwerb im Einzelnen

Diese Erwerbsart wird im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Er leitet sich aber aus Art. 919 ZGB ab, wonach Besitzer einer Sache ist, wer die tatsächliche Gewalt über sie hat.

- Es muss *tatsächlicher Besitz* an der Sache genommen werden (objektives Element). Bsp.: Ergreifen von Fahrnis.
- Dies muss verbunden sein mit dem *Willen, Besitzer zu werden* (subjektives Element).
- Umstritten ist, ob der Handelnde *urteilsfähig* sein muss. *Handlungsfähigkeit* ist jedenfalls *nicht* erforderlich.

Sowohl *rechtmässig und unrechtmässig* (und im letzteren Fall dennoch wirksam) möglich:

- Beispiele für *rechtmässigen* Erwerb finden sich in:
  - Art. 718 ZGB: Aneignung einer herrenlosen Fahrnissache;
  - Art. 662 ZGB: Ausserordentliche Ersitzung von Grundstücken;
  - Art. 720 ZGB: Fund
- Hauptfall des *unrechtmässigen* Besitzeserwerbs ist der *Diebstahl*.

### Der derivative Erwerb im Einzelnen

Ist von *äusserst grosser (rechtlicher und praktischer) Bedeutung*: So kann die Übertragung von Fahrniseigentum nur durch Übergang des Besitzes auf den Erwerber erfolgen (Art. 714 Abs. 1 ZGB).

Geregelt in den Art. 922-925 ZGB. Von der Rechtsfolge her betrachtet bedeutet dies: Der Besitz an einer Sache wird – wirksam – auf eine andere Person übertragen. Vom Tatbestand her muss unterschieden werden:

#### *Besitzeserwerb durch Übergabe der Sache (Art. 922 f. ZGB)*

Statt von "Übergabe" oder "Übertragung" spricht man auch von "Tradition". Es wird unterschieden zwischen Tradition unter An- und Abwesenden:

- *Übertragung unter Anwesenden (Art. 922 Abs. 1 ZGB)*; Die Sache selbst oder die Mittel, die dem Empfänger die Gewalt über die Sache verschaffen müssen übergeben werden.
  - Der Übertragende kann nur den Besitz derivativ übertragen, den er selber hat.
  - Die Sache selbst oder die Mittel zur Sachherrschaft müssen übergeben werden. Bsp.: Uhr; Schlüssel (zum Auto).
  - Beide Parteien müssen den übereinstimmenden Willen zur Besitzübertragung haben. Dieser äussert sich in einem *Realakt*, welcher Urteilsfähigkeit, nicht aber Handlungsfähigkeit voraussetzt.

Zu beachten ist, dass die Wirksamkeit des Besitzesübergangs nicht von der Gültigkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts abhängt.

- *Übertragung unter Abwesenden (Art. 923 ZGB)*; die Sache muss dem Empfänger oder dessen Stellvertreter übergeben werden.

Rechtsfolge ist in beiden Fällen die Übertragung des Besitzes (und seiner Wirkungen) vom Veräusserer auf den Empfänger.

#### *Besitzeserwerb ohne Übergabe der Sache (Art. 924 ZGB)*

Bei fehlender Übergabe der Sache tritt an dessen Stelle als Traditionssurrogat der Austausch übereinstimmender Willenserklärungen. Es wird mit anderen Worten ein *Besitzvertrag* geschlossen. Es werden vier Arten unterschieden:

- *Die Übergabe der offenen Besitzlage ("longa manu traditio")*  
Teilgehalt von Art. 922 Abs. 2 ZGB. Der Tatbestand setzt voraus, dass sich "der Empfänger mit dem Willen des bisherigen Besitzers in der Lage befindet, die Gewalt über die Sache auszuüben". Bsp: geschlagenes Holz im Wald.  
Als Rechtsfolge wird jemand Besitzer, obwohl er die Sache noch nicht körperlich übertragen bekommen hat (das geschlagene Holz im Wald noch nicht behändigt hat).
- *Die Besitzübertragung kurzer Hand ("brevis manu traditio", Besitzwandlung)*  
Ist nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt, aber in der Lehre anerkannt. Eine entsprechende Regelung fand sich im Entwurf zum ZGB. Die Idee basiert auf dem unselbständigen Besitz (Art. 920 Abs. 2 ZGB). Es handelt sich um den Fall, da sich eine Sache mit Wille des Eigentümers in der Gewalt eines Nichteigentümers befindet und die beiden sich in der Folge einigen, dass der selbständige Besitz (und damit das Eigentum) auf den bisherigen Nichteigentümer übergehen soll. Bsp.: Jemand mietet einen Fernseher und ist somit unselbständiger Besitzer desselben. Da der Mieter mit dem Gerät sehr zufrieden ist, kauft er es dem Eigentümer ab.
- *Die Besitzeanweisung*  
Geregelt in Art. 924 Abs. 1 ZGB. Setzt drei Beteiligte voraus.
  - A ist Eigentümer/Veräusserer und mittelbarer Besitzer.
  - B ist auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses (im Normalfall: unmittelbarer) Besitzer der Sache.
  - C ist Erwerber und künftiger mittelbarer Besitzer.Bsp.: A ist Eigentümerin von Wertpapieren, gelagert bei Bank B. A macht nun eine Besitzeanweisung zu Gunsten von C. Wertpapiere bleiben bei B, werden aber nun zu Gunsten von C aufbewahrt.
- *Das Besitzeskonstitut ("constitutum possessorium")*  
Geregelt ebenfalls in Art. 924 Abs. 1 ZGB. Der Veräusserer ist Besitzer der Sache. Die Sache bleibt auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses im Besitz des Veräusserers. Bsp.: Tante T

schenkt Neffen N Wertpapiere, will sich aber bis zu ihrem Tod die Erträge daran durch Nutznießung sichern.

*Schema*

Siehe S/H, Nr. 198.

### III. Der Verlust des Besitzes

Das Gesetz behandelt den Besitzesverlust lediglich in einer (negativ gefassten) Bestimmung: Art. 921 ZGB besagt, dass eine *nur vorübergehende* Verhinderung oder Unterlassung der Ausübung der tatsächlichen Gewalt den Besitz *nicht aufhebt*. Als Grundsatz darf daraus e contrario geschlossen werden, dass der *Besitz untergeht, wenn die tatsächliche Gewalt über die Sache aufhört*.

#### Der vorübergehende Verlust

Art. 921 ZGB setzt als *Tatbestand* "eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung oder Unterlassung der Ausübung der tatsächlichen Gewalt" voraus. Vorübergehenden Charakter besteht, "wenn auf Grund der Umstände anzunehmen ist, dass sie wieder aufleben wird". Bsp.: Jemand verlegt in seinem Haus ein Buch; jemand lässt im Bus den Schirm liegen. Der *Grund* Diebstahl hingegen hat nicht vorübergehenden Charakter.

Als *Rechtsfolge* ordnet Art. 921 ZGB an, dass der Besitz *nicht* aufgehoben wird.

#### Der dauernde Verlust

Aus Art. 921 ZGB lässt sich e contrario schliessen, dass der Besitz verloren geht, wenn die Verhinderung oder Unterlassung der Ausübung der tatsächlichen Gewalt nicht vorübergehend, sondern (ihrer Natur nach) *von Dauer* ist.

Der dauernde Besitzesverlust kann freiwillig (Übertragung, Aufgabe) oder unfreiwillig (Diebstahl, Verlust) erfolgen.

## § 5 Der Besitzesschutz

### I. Die gesetzliche Regelung im Überblick

Das Gesetz regelt den Besitzesschutz als eine der rechtlichen Wirkungen des Besitzes in den Art. 926-929 ZGB.

- Gemeinsamer Tatbestand ist die *Störung des Besitzes* (an Fahrnis oder Grundstücken) durch *verbotene Eigenmacht*.
- Die Rechtsfolgen dienen der *Störungsabwehr*. Sie erfolgt durch Selbsthilfe oder durch Klage. Hinzu kommen können Schadenersatzforderungen

Geschützt wird jeweils das bestehende Besitzesverhältnis. Es gilt der Grundsatz "*Quieta non movere*". Der Rechtsfrieden soll nicht durch verbotene Eigenmacht beeinträchtigt werden und, da Besitz Eigentum indiziert, soll dieses ebenfalls Schutz erhalten.

*Geschützte Person* ist generell der Besitzer, sei er dies mittelbar oder unmittelbar, selbständig oder unselbständig. Bei mehrfachem Besitz kann sich der (unselbständige) unmittelbare Besitzer gegenüber dem (selbständigen) mittelbaren Besitzer auf den Besitzesschutz berufen.

Die Rechtsbehelfe richten sich grundsätzlich gegen den Urheber des Eingriffs (*den Störer*).

Die Regeln über den Besitzesschutz ("*possessorium*"), um die es hier geht, sind zu unterscheiden von den Bestimmungen über den Besitzesrechtsschutz ("*petitorium*"), der später behandelt wird.

### II. Der Tatbestand im Einzelnen

(Grund-)Tatbestand der Besitzesschutzregeln besteht in einer Störung des fremden Besitzes durch verbotene Eigenmacht:

- Eine Person *stört* den Besitz einer anderen Person. Dies kann bestehen:
  - in einer Entziehung des Besitzes, z.B. gewaltsam oder heimlich (Art. 926 Abs. 2 ZGB). Bsp.: Diebstahl einer Uhr; das Bauen über Nachbars Grenzen;

- oder in einer sonstigen (weniger weit gehenden) Störung, die der anderen Person zwar die tatsächliche Gewalt über die Sache belässt, sie in ihrem Besitz aber dennoch beeinträchtigt. Bsp.: Ruhestörung.
- Die Störung muss durch *verbotene Eigenmacht* erfolgen, also *widerrechtlich* sein.
- *Nicht vorausgesetzt* ist die Urteilsfähigkeit oder Handlungsfähigkeit des Störers. Das *Verschulden* ist also grundsätzlich kein Tatbestandselement. Die Störung muss nicht in eigener Person (des Störers) erfolgen. Es kann auch eine andere Person oder Sache (z.B. Tier) sein.

### III. Die Rechtsfolgen

Der Störer ist verpflichtet, die entzogene Sache zurückzugeben; allgemein: die *Pflicht des Störers, seine Störung zu unterlassen*. Dazu gewähren die Art. 926-929 ZGB (in gewissen zeitlichen Schranken) dem Besitzer mehrere Schutzbehelfe:

- einerseits das *Abwehrrecht*, das *ohne gerichtliche Klage* vom Besitzer *selbst* ausgeübt werden darf (Art. 926 ZGB);
- andererseits *Klagerechte* (Art. 927-929 ZGB), also *gerichtlichen* Rechtsschutz.

#### Das Abwehrrecht (Art. 926 ZGB)

Nach Art. 926 Abs. 1 ZGB darf sich jeder Besitzer verbotener Eigenmacht *mit Gewalt erwehren*:

- Es besteht ein *Verteidigungsrecht*, welches durch *Selbsthilfe* ausgeübt werden darf. Es richtet sich entweder auf "*Besitzwehr*" (Besitzerin hindert Dieb) oder auf "*Besitzkehr*" (Störer wird von Grundstück vertrieben). Dies bedarf aber, dass der gestörte Besitzer *sofort reagiert* (Abs. 2). Grundgedanke ist der Rechtsfrieden: "Was so ist, soll auch so bleiben". Und zwar egal, ob der Besitz auch auf einem Recht beruht.
- In jedem Selbsthilferecht liegt eine *Ausnahme* zum Normalfall unserer Rechtsordnung. Deshalb ist sie *stets verhältnismässig* auszuüben (Abs. 3).
- Inhaber des beschriebenen Abwehrrechts ist nach Art. 926 Abs. 1 ZGB *jeder* Besitzer. Jedoch steht z.B. einem Dieb gegenüber dem Berechtigten, der vorher Besitzer war, das Abwehrrecht *nicht* zu.

#### Die Klagen des Besitzers nach Art. 927-929 ZGB

Statt von Besitzerschutzklage ist auch von possessorischen Klagen die Rede. Sie zielen nur auf die Bewahrung/Wiederherstellung der bisherigen tatsächlichen Situation, ohne dass in diesem Verfahren (grundsätzlich) das dingliche Recht an der streitigen Sache abschliessend geklärt wird.

##### *Die Klage aus Besitzesentziehung (Art. 927 ZGB)*

Der *Tatbestand* von Art. 927 ZGB setzt voraus, dass die Sache dem Besitzer (durch verbotene Eigenmacht) entzogen worden ist. Der Besitzer hat also die tatsächliche Gewalt über die Sache verloren. Bsp.: Eine Besitzerin entdeckt das ihr entwendete Auto *erst zwei Tage später* in einer Garage.

Als *Rechtsfolge* ordnet Art. 927 Abs. 1 ZGB primär die Rückgabepflicht (des Störers) an:

- Die Rückgabepflicht besteht grundsätzlich auch dann, wenn der Beklagte ein *besseres Recht* auf die Sache behauptet. Ob dem so sei, muss (allenfalls) in einem weiteren Prozess geklärt werden. Es geht also auch hier (wie in Art. 926 ZGB) um die faktische und provisorische Zuordnung und nicht um das Recht.
- Die Klage auf Rückgabe der Sache kann nur Erfolg haben, wenn der Beklagte die Sache noch in seinem Besitz hat.

In Art. 927 Abs. 2 ZGB findet sich ein Systembruch. Bsp.: Der Käufer kauft ein Fahrrad und bezahlt es. Der Verkäufer verweigert nun aber die Herausgabe. Nun holt sich der Käufer nachts das Fahrrad selbst. Weil das Rechtsverhältnis liquid ("Sonnenklar") ist, kann sich der Verkäufer das Fahrrad nun nicht aus Besitzerschutz herausverlangen (um vom Käufer nach Besitzesrechtsschutz erneut zurückgeholt zu werden). Somit soll ein hin und her vor Gericht vermieden werden.

##### *Die Klage aus Besitzesstörung (Art. 928 ZGB)*

Der *Tatbestand* setzt eine Störung (die Entziehung der Sache *nicht* mitumfasst) des Besitzes (durch verbotene Eigenmacht) voraus. Bsp.: Eine Wegberechtigte überschreitet ihr Wegrecht.

Als *Rechtsfolge* enthält das Gesetz auch hier implizit eine Pflicht des Eingreifers, seine *Störung zu unterlassen*. Der Durchsetzung dieser Pflicht dient die *Klage aus Besitzesstörung* nach Art. 927 ZGB.

- Die Pflicht, die Störung zu unterlassen, besteht auch dann, wenn der Beklagte ein (*besseres*) *Recht* an der Sache behauptet. Ob dem so sei, muss (allenfalls) in einem weiteren Prozess geklärt werden.
- Gemäss Art. 928 Abs. 2 ZGB geht die Klage auf *Beseitigung der Störung*, auf Unterlassung *weiterer Störung* und auf *Schadenersatz*.

#### *Zeitliche Grenzen der Besitzschutzklagen*

Das Gesetz stellt in Art. 929 ZGB für die Klage aus verbotener Eigenmacht zeitliche Grenzen in doppelter Hinsicht:

- Die Klage ist nur zulässig, wenn der Besitzer *sofort*, nachdem ihm der Eingriff und der Täter bekannt geworden sind, die Sache zurückfordert oder Beseitigung der Störung verlangt (Art. 929 Abs. 1 ZGB).
- Nach Art. 929 Abs. 2 ZGB "verjährt" die Klage nach *einem Jahr*, das mit der Entziehung oder Störung zu laufen beginnt. In Wirklichkeit handelt es sich hierbei um eine *Verwirkungsfrist*.

#### *Schema*

Siehe S/H, Nr. 249.

#### *Prozessuale Besonderheiten*

## **V. Fälle**

Siehe S/H, Nr. 253.

## **§ 6 Der Besitzrechtsschutz**

### **I. Die gesetzliche Regelung im Überblick**

Das Gesetz regelt den Besitzesschutz in den *Art. 930-937 ZGB*. Diese Bestimmungen geben Auskunft über die Frage, inwieweit sich der Besitzer einer Sache auf seinen Besitz berufen kann, um Rechte zu schützen, die er an der Sache zu haben behauptet. Es wird also *um Rechte gestritten* (Eigentum, beschränkte dingliche Rechte, oder persönliche Rechte an einer Sache).

Die Bestimmungen über den Besitzrechtsschutz betreffen in erster Linie *Fahrmissachen*; lediglich in Art. 937 ZGB geht es um Grundstücke.

### **II. Die Vermutungen**

In einer Auseinandersetzung um Fahrnis kommt – wie bei jedem Prozess – der Verteilung der Beweislast häufig streitentscheidende Bedeutung zu. Die allgemeine Beweislastregel von Art. 8 ZGB wird durch gesetzliche Vermutungen (teilweise) abgeändert. Solche Vermutungen sind in Art. 930-931 ZGB zu Gunsten des Besitzers einer beweglichen Sache enthalten.

Für diese Vermutung müssen zwei Voraussetzungen gegeben sein:

- Einerseits muss die Art des Besitzes die Vermutung des Rechts rechtfertigen. Der Besitzeserwerb darf namentlich nicht gewaltsam, heimlich oder sonst in irgend einer Weise verdächtig erscheinen.
- Andererseits muss das geltend gemachte Recht seiner Natur nach den Besitz mitumfassen (Eigentum, Nutzniessung, Pfandrecht, Miete)

Sind diese Voraussetzungen erfüllt lassen sich die Vermutungen bei selbständigem Besitz und unselfständigem Besitz unterscheiden:

#### **Die Vermutung aus selbständigem Besitz**

*Art. 930 ZGB* stellt entsprechend seinem Randtitel eine *Vermutung des Eigentums* auf. Diese Vermutung gilt für den selbständigen Besitzer und zwar in doppelter Weise:

- Die Vermutung hat einerseits Geltung für den *gegenwärtigen Besitzer* einer beweglichen Sache (Art. 930 Abs. 1 ZGB). Hier vermutet das Gesetz, der Besitzer sei auch der Eigentümer. Die gesetzliche Vermutung hat zur Folge, dass jene Person, die das Eigentumsrecht des Besitzers bestreiten

will, die Beweislast trägt. Insofern enthält Art. 930 Abs. 1 ZGB eine Umkehr der Beweislast.

Die Vermutung richtet sich auch gegen den früheren Eigentümer, der behauptet, er habe nur Besitz (aber kein Eigentum) übertragen.

- Sie gilt andererseits auch für den *früheren Besitzer* einer Sache. Hier vermutet Art. 930 Abs. 2 ZGB, der frühere Besitzer sei in der Zeit seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen.

### Die Vermutung aus unselbständigem Besitz

Art. 931 ZGB enthält ebenfalls eine doppelte Vermutung:

- Verlangt ein Dritter die Herausgabe der Sache so kann der unselbständige Besitzer gemäss Art. 931 Abs. 1 ZGB die Vermutung des Eigentums dessen geltend machen, von dem er die Sache in gutem Glauben empfangen hat. Bsp.: Die Mieterin eines Autos beruft sich gegenüber einem Dritten, der den Wagen als sein Eigentum herausverlangt, auf die Vermutung des Eigentums der Vermieterin.
- Der unselbständige Besitzer kann sich dem selbständigen Besitzer gegenüber die Vermutung des beschränkten dinglichen oder persönlichen Rechts *nicht* berufen. Bsp.: Eine Schuldnerin hat ihren Schmuck verpfändet. Die Pfandgläubigerin kann sich gegenüber einer Dritten, die den Schmuck als ihr Eigentum herausverlangt, auf die Vermutung ihres Pfandrechts berufen. Im Verhältnis Pfandgläubigerin-Pfandschuldnerin besteht diese Vermutung hingegen nicht.

### III. Die Defensivwirkung des Besitzes

Art. 932 ZGB befasst sich mit dem Tatbestand, da jemand gegen den Besitzer einer beweglichen Sache auf deren Herausgabe klagt.

Als Rechtsfolge ordnet das Gesetz an, dass sich der Fahrnisbesitzer "gegenüber jeder Klage auf die Vermutung zugunsten seines besseren Rechtes berufen kann". Es ist also Sache des Klägers zu beweisen, dass dieses Recht des Besitzers nicht besteht. Insofern lässt sich sagen, der Fahrnisbesitz entfalte *Defensivwirkung*.

### IV. Die Offensivwirkung des Besitzes

#### Das Problem

Eine Person erwirbt den Besitz von einer anderen Person. Es sind zwei Fälle zu unterscheiden:

- Im Normalfall erhält der Erwerber die Sache vom Berechtigten.
- Im *pathologischen Fall* ist der Übertragende zur Übertragung der Sache *nicht* befugt.

Im vorliegenden Fall interessiert vor allem der letztere Fall, also der *Erwerb vom Nichtberechtigten*. Es stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen darf der frühere Berechtigte die Sache vom Erwerber wieder herausverlangen.

#### Die gesetzliche Lösung im Allgemeinen

##### *Die einschlägigen Normen*

Das Rückforderungsrecht des früheren Besitzers ist in den Art. 933-936 ZGB (Randtitel!) geregelt. Sie enthalten die *Besitzesrechtsklage (Fahrnisklage)*: die Klage des früheren Besitzers gegen den derzeitigen Besitzer (welch Letzterer die Sache von einem Unberechtigten übertragen erhalten hat).

##### *Die für das Rückforderungsrecht massgebenden Kriterien*

Dem Gesetz lassen sich zur Frage, wann dem früheren Besitzer ein Rückforderungsrecht zukommt, verschiedene Kriterien entnehmen:

- Zunächst kommt es auf die *Gutgläubigkeit des Erwerbers* an. Nur wer in gutem Glauben (Art. 3 ZGB) erwirbt, kann Besitzesrechtsschutz für sich in Anspruch nehmen. Guter Glaube wird umschrieben als das Fehlen des Unrechtsbewusstseins trotz dem Vorliegen eines Rechtsmangels. Massgebend ist, ob der Erwerber *im Zeitpunkt des Erwerbs* gut- oder bösgläubig ist.
- Das zweite Kriterium betrifft die Frage, wie die Sache zum Übertragenden (berechtigten Veräusserers) gelangt ist, unter welchen Umständen also der Besitz des früheren Berechtigten unterging (freiwillig oder unfreiwilliger Besitzesverlust). Wurde die Sache dem Übertragenden (Veräusserer) vom Berechtigten *anvertraut* (Art. 933 ZGB) oder ist sie dem früheren Besitzer *ohne dessen Willen abhanden gekommen* (Art. 934 ZGB)?

## Die Rechtsstellung des gutgläubigen Erwerbers im Einzelnen

### *Anvertraute Sachen (Art. 933 ZGB)*

Art. 933 ZGB setzt im Tatbestand voraus:

- Die Sache muss "*anvertraut*" worden sein. Überlassen mit Wissen und Willen.
- Die Sache muss dem Erwerber "*zu Eigentum oder zu einem beschränkten dinglichen Recht übertragen worden sein*". In einer bloss obligatorischen (schuldrechtlichen) Rechtsposition wird also der Erwerber nicht geschützt.
- Der Erwerber muss sich *im Zeitpunkt der Übertragung* in *gutem Glauben* befunden haben.

Als Rechtsfolge ordnet Art. 933 Abs. 1 ZGB an, der gutgläubige Erwerber sei "in seinem Erwerbe ... zu schützen". Das bedeutet: trotz fehlender Verfügungsbefugnis des Übertragenden dringt der frühere Besitzer mit der Besitzrechtsklage gegen den Erwerber nicht durch. Dieser Letztere hat im Übrigen das Eigentum oder das beschränkte dingliche Recht an der Sache gültig erworben.

### *Abhanden gekommene Sachen (Art. 934 f. ZGB)*

Art. 934 Abs. 1 ZGB spricht im Tatbestand davon, dass die bewegliche Sache dem Besitzer "gestohlen wird oder verloren geht oder sonst wider seinen Willen abhanden kommt". Dabei gilt der Grundsatz "Einmal [in den letzten fünf Jahren] abhanden gekommen, immer abhanden gekommen".

Als Rechtsfolge ordnet Art. 934 Abs. 1 ZGB für den *Normalfall* an, der Besitzer könne die Sache "*während fünf Jahren* jedem Empfänger abgefordert werden". Der frühere Besitzer verfügt also über ein Rückforderungsrecht. Der derzeitige Besitzer muss die Sache herausgeben, und zwar grundsätzlich entschädigungslos.

Die Berufung auf den guten Glauben hilft dem Erwerber nicht. Darin liegt die Hauptbedeutung von Art. 934 Abs. 1 ZGB.

*Ausnahmen* betreffen nach Art. 935 ZGB *Geld und Inhaberpapiere* und nach Art. 934 Abs. 2 ZGB die öffentliche Versteigerung oder Erwerb auf dem Markt oder von einem Kaufmann. Das wird mit dem Vertrauensschutz in Märkte und gegenüber Kaufleuten gerechtfertigt.

## Die Rechtsstellung des bösgläubigen Erwerbers im Einzelnen

Mit dem bösgläubigen Erwerber befasst sich vor allem Art. 936 ZGB. *Böser Glaube* bedeutet als *Tatbestand*, dass der Erwerber den Rechtsmangel kennt, also weiss, dass der Verfügende nicht zur Übertragung befugt ist.

Als Rechtsfolge ordnet Art. 936 Abs. 1 ZGB an, dass der bösgläubige Erwerber "von dem früheren Besitzer jederzeit auf Herausgabe belangt werden kann". Dabei ist der frühere Besitzer nicht der Fünfjahresfrist von Art. 934 Abs. 1 ZGB unterworfen und die Herausgabepflicht bezieht sich auch auf Geld und Inhaberpapiere.

Art. 936 Abs. 2 ZGB regelt den *Sonderfall beidseitiger Bösgläubigkeit*. Hier schützt das Gesetz jene Person, welche die tatsächliche Gewalt über die Sache hat.

### Schema

Siehe S/H, Nr. 318.

## V. Besitzesrechtsklage und Klage aus dem Recht

### Die Voraussetzungen der beiden Klagen (Zusammenfassung)

Siehe S/H, Nr. 319 ff.

### Das gegenseitige Verhältnis

Das Verhältnis der beiden Klagen zueinander im Einzelnen ist umstritten. Oftmals werden die Voraussetzungen beider Klagen gegeben sein; dann wird der Kläger regelmässig die Besitzesrechtsklage erheben, zumal sie für ihn weniger strenge Anforderungen bietet. Immerhin sind Fälle denkbar, in denen nur eine Klage in Frage kommt: Siehe S/H, Nr. 326 ff.

## VII. Fälle

Siehe S/H, Nr. 334.

## [ § 7 Die Verantwortlichkeit des nicht berechtigten Besitzers

Das Gesetz regelt in Art. 938-940 ZGB eine besondere Verantwortlichkeit des Besitzers. Sie gründet auf *unberechtigtem Besitz*: Eine Person war eine Zeit lang Besitzer einer Sache, ohne aber ein Recht an dieser Sache zu haben; der Besitz war in diesem Sinn nicht berechtigt, und die Sache muss (musste) dem Berechtigten herausgegeben werden. Frage: Was gilt mit Bezug auf die Nutzung der Sache, die dafür getätigten Verwendungen (Investitionen) und für entstandenen Schaden?

### I. Der Tatbestand

Grundtatbestand ist der *ungerechtfertigte Besitz* einer Person an einer Sache. Die Sache muss (musste) herausgegeben werden.

An unberechtigtem Besitz fehlt es, nach Untergang (durch Zeitablauf oder Kündigung) eines dinglichen oder obligatorischen Rechts, z.B. Miete, Nutzniessung, usw.

Dem Berechtigten muss ein *Schaden* entstanden sein, namentlich wenn:

- der Berechtigte über die Sache eine Zeit lang nicht verfügen konnte (Vorenthaltungsschaden);
- die fragliche Sache in ihrem Wert vermindert worden ist – etwa durch Abnutzung, Belastung mit fremden Rechten oder durch Untergang;
- die fragliche Sache weiterveräussert worden ist und der Berechtigte sie nicht oder nur gegen Vergütung (Art. 934 Abs. 2 ZGB) dem Dritten abfordern kann.

### II. Die Rechtsfolgen

Es ist entscheidend, ob der Besitzer *in gutem oder bösem Glauben* war:

- *Gutgläubigkeit* (Art. 3 ZGB) liegt vor, wenn dem (unberechtigten) Besitzer das Unrechtsbewusstsein fehlte, wenn er also nicht wusste, dass sein Besitz in Wirklichkeit nicht berechtigt war.
- Die Verantwortlichkeit nach Art. 938 ff. ZGB hängt grundsätzlich nicht vom Verschulden des unberechtigten Besitzers am Eintritt des Schadens ab; insofern liegt eine Art *Kausalhaftung* vor.
- Für die gesetzlich nicht speziell geregelte *Verjährung* wendet die Lehre Art. 60 OR analog an.

#### Der gutgläubige Besitzer (Art. 938-939 ZGB)

Bezüglich *Gebrauch, Nutzung und Schaden* ordnet Art. 938 ZGB an, dass der gutgläubige Besitzer dadurch, dass er die Sache seinem vermuteten Recht gemäss gebraucht oder nutzt, dem Berechtigten nicht ersatzpflichtig wird (Abs. 1). Was hierbei untergeht oder Schaden leidet, braucht er nicht zu ersetzen (Abs. 2).

Art. 939 ZGB befasst sich mit den *Verwendungen*. Das sind Leistungen, die der Besitzer freiwillig im Interesse der Sache erbracht hat; sie können notwendig, nützlich oder luxuriös sein (vgl. etwa Art. 647c-e ZGB). Der gutgläubige Besitzer kann die Auslieferung (Rückgabe) der Sache verzögern, bis ihm die Ersatzleistung vergütet wurde.

#### Der bösgläubige Besitzer (Art. 940 ZGB)

Der bösgläubige Besitzer hat die *Sache herauszugeben* und dem Berechtigten für alle durch die Vorenthaltung verursachten *Schäden* sowie für die bezogenen und versäumten Früchte *Ersatz* zu leisten (Abs. 1).

- Art. 940 Abs. 1 ZGB hat eigenständige Bedeutung mit Bezug auf den Schadenersatzanspruch. Die Herausgabe dagegen ergibt sich schon aus Art. 636 Abs. 1 oder Art. 641 Abs. 2 ZGB.
- Der Anspruch auf Schadenersatz besteht *neben* dem Herausgabeanspruch.
- Hat der bösgläubige Besitzer sich der Sache entäussert, so schuldet er als Schadenersatz den Wert der Sache.
- Einen *Sonderfall* regelt Art. 940 Abs. 3 ZGB: Solange der Besitzer nicht weiss, an wen er die Sache herausgeben soll, haftet er nur für den Schaden, den er verschuldet hat. Diese Regelung entspricht Art. 41 OR.

Der Ersatzanspruch des bösgläubigen Besitzers beschränkt sich auf *notwendige Verwendungen* (Art. 940 Abs. 2 ZGB). ]



## 2. Kapitel: Das Grundbuch

### § 8 Vorbemerkungen

#### I. Die Bedeutung des Grundbuches

Art. 942 Abs. 1 ZGB ordnet an: "Über die Rechte an den Grundstücken wird ein Grundbuch geführt". Das Grundbuch ist also vereinfacht ein Buch (staatliches Register), das über die (dinglichen) Rechte an Grundstücken Auskunft gibt. Ziel ist die Verwirklichung des *Publizitätsprinzips im Immobilienbereich*.

Gemäss Art. 958 ZGB lassen sich folgende Rechte an Grundstücken in das Grundbuch eintragen: das *Eigentum*; die *Dienstbarkeiten* und *Grundlasten* und; die *Pfandrechte*.

Wie der Besitz für Mobilien stellt das Grundbuch mit anderen Worten eine *Erscheinungsform (Publizitätsform)* für dingliche Rechte an Grundstücken dar. Die Beziehung zwischen Grundbuch und dinglichem Recht äussert sich beispielsweise dadurch, dass:

- das Gesetz *vermutet*, die im Grundbuch eingetragene Person sei Eigentümerin (Art. 937 Abs. 1 ZGB);
- zur Übertragung des Grundeigentums (regelmässig) die Eintragung des Erwerbers im Grundbuch notwendig ist (Art. 656 Abs. 1 und 971 f. ZGB);
- zur Begründung einer Dienstbarkeit, einer Grundlast oder eines Pfandrechts an einem Grundstück ebenfalls grundsätzlich eine Eintragung erforderlich ist.

#### II. Die gesetzliche Ordnung des Grundbuchs

Das Grundbuch ist schwergewichtig in Art. 942 ff. ZGB geregelt. Doch müssen noch weitere Rechtsnormen beachtet werden:

##### Bundesrecht

###### *Gesetzesrecht*

Der Begriff "Grundbuch" wird in ZGB und OR an mehreren Stellen verwendet:

- Die elementarsten Regeln enthalten die Art. 942-977 ZGB. Zum Aufbau nützlich sind die Randtitel:
  - Einrichtung (Art. 942-957 ZGB);
  - Eintragung (Art. 958-969 ZGB);
  - Öffentlichkeit des Grundbuchs (Art. 970-970a ZGB);
  - Wirkung (Art. 971-974 ZGB);
  - Aufhebung und Veränderung der Einträge (Art. 975-977 ZGB).
- Daneben finden sich an mehreren Stellen verstreut weitere Regeln.

Zusätzlich existieren noch weitere, für das Grundbuch bedeutsame *Bundesgesetze*.

###### *Verordnungsrecht*

Von grosser praktischer Bedeutung ist die *Grundbuchverordnung (GBV)*. Die GBV ist eine Ausführungsverordnung, die sich auf das ZGB stützt, nämlich auf Art. 949 ZGB und auf weitere Bestimmungen.

Eine Rolle für das Grundbuch spielen ferner Bestimmungen, die sich mit der *amtlichen Grundstücksvermessung* befassen (vgl. auch Art. 950 Abs. 1 ZGB; Art. 2 GBV).

##### Kantonales Recht

Soweit die *Kantone zur Legiferierung kompetent* sind (vgl. etwa Art. 953 f. ZGB) sind auch die kantonalen Normen bedeutsam.

### III. Die Form des Grundbuchs

#### Das Papiergrundbuch

Das Papiergrundbuch ist das traditionelle Grundbuch, das bei den nachfolgenden Ausführungen im Vordergrund steht. Es umfasst gem. Art. 942 Abs. 2 ZGB im Wesentlichen:

- das *Hauptbuch* und *ergänzende Urkunden*;
- das *Tagebuch*.

Die Papierform hindert nicht, dass der Computer als Hilfsmittel genommen werden kann. Man spricht von *computerunterstütztem* Grundbuch.

#### Das EDV-Grundbuch

Neben der traditionellen (Papier-)Form sieht Art. 949a ZGB (vgl. 942 Abs. 3 und 4 ZGB) die Möglichkeit der Grundbuchführung mit elektronischer Datenverarbeitung (EDV). Für die Details massgebend sind vor allem die Art. 111-111p GBV.

Die Kantone sind frei, ob sie das EDV-Grundbuch einführen und welches EDV-System sie dafür verwenden wollen. Nicht verkennen lässt sich aber, dass die Überführung des Papiergrundbuchs in ein EDV-Grundbuch besondere rechtliche und technische Probleme aufwirft.

Entsteht einem Privaten durch einen Fehler des EDV-Systems ein Schaden, so ist der Kanton hierfür nach Massgabe von Art. 955 ZGB haftbar.

### IV. Die Darstellung des Stoffs (Übersicht)

Siehe Überschriften zu §9-11.

## § 9 "Technische" Voraussetzungen der Grundbuchführung

### III. Die Aufnahme der Grundstücke

Nach Art. 942 Abs. 1 ZGB wird "über die Rechte an den Grundstücken" ein Grundbuch geführt. Den Begriff "*Grundbuch*" definiert das Gesetz selber. Aufnahme (Immatrikulation) als Grundstücke finden nach *Art. 943 Abs. 1 ZGB*:

- erstens *die Liegenschaften*. "Liegenschaft ist jede Bodenfläche mit genügend bestimmten Grenzen" (Art. 3 Abs. 2 GBV). Die nicht im Privateigentum stehenden und die dem öffentlichen Gebrauch dienenden Grundstücken (genauer: Liegenschaften) werden nur ausnahmsweise in das Grundbuch aufgenommen (Art. 944 Abs. 1 ZGB).
- zweitens *die selbständigen und dauernden Rechte an Grundstücken*. Gemäss Art. 7 GBV (und Art. 943 Abs. 2 ZGB) bezieht sich die Bestimmung namentlich auf Baurechte und Quellenrechte und setzt ein Dreifaches voraus:
  - selbständigen Charakter (Übertragbarkeit) des betreffenden Rechts. Das Recht darf also nicht zu Gunsten eines anderen Grundstücks oder eine Person bestehen. Bsp.: Wohnrecht kann nicht als Grundstück eingetragen werden.
  - dauernden Charakter des betreffenden Rechts: Das Recht muss auf wenigstens dreissig Jahr oder auf unbestimmte Zeit begründet sein (Art. 7 Abs. 2 Ziff. 2 GBV).
  - Ein schriftliches Begehren des Berechtigten (um Aufnahme des Rechts als Grundstück in das Grundbuch; Art. 7 Abs. 1 GBV).
- (drittens *die Bergwerke*. Damit ist nicht das Bergwerk selbst, sondern das Recht zu verstehen, das Erdinnere auf Rohstoffe auszubeuten.)
- viertens *die Miteigentumsanteile an Grundstücken*. Sowohl das gewöhnliche Miteigentum wie auch das Stockwerkeigentum. Dieser Eintrag rührt daher, dass Miteigentümer ja selbständig ihren Anteil veräussern können.

Jedes Grundstück erhält im Hauptbuch ein *eigenes Blatt* und eine *eigene Nummer* (Art. 945 Abs. 1 ZGB). Die "technischen" Einzelheiten der Aufnahme regelt *Art. 1 Abs. 1 GBV*:

- die Aufzeichnung im Plan (soweit darin darstellbar) oder im Liegenschaftsverzeichnis;

- die Anlegung eines Hauptbuchblattes; und
- die Herstellung der Grundstücksbeschreibung.

## § 10 Das formelle Grundbuch

### I. Die Organisation

#### Die räumliche Gliederung

Art. 951 ZGB schreibt vor, dass zur Führung des Grundbuchs *Kreise* gebildet werden (Abs. 1) und die Grundstücke in das Grundbuch der Kreise aufgenommen werden, in dem sie liegen (Abs. 2). Für *kreisübergreifend* gelegene Grundstücke ordnet Art. 952 ZGB das Nähere.

#### Die Behördenorganisation

Bezüglich der Behördenorganisation regeln die Kantone einerseits die Einrichtung der Grundbuchämter, die Ernennung und die Besoldung der Beamten (Art. 953 Abs. 1 ZGB), andererseits die Ordnung der Aufsicht (Art. 953 Abs. 1 und 956 f. ZGB; Art. 115 Abs. 1 GBV).

Neben den genannten Minimalvorgaben an die Kantone regelt der *Bund* die *Aufsicht auf Bundesebene*. Art. 956 Abs. 3 ZGB behält für die Weiterziehung von Entscheidungen kantonaler Aufsichtsbehörden an die Bundesbehörden eine besondere Regelung vor (Art. 102 ff. GBV). Zwei Bundesbehörden sind zu unterscheiden:

- Oberste Aufsichtsinstanz für die allgemeine Aufsicht ist das (eidgenössische) Amt für Grundbuch- und Bodenrecht (Art. 104a GBV);
- Für Streitigkeiten (Beschwerden gegen die Abweisung einer Anmeldung) kann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde das Bundesgericht als oberste Instanz angerufen werden (Art. 102 Abs. 1 und 103 Abs. 4 GBV).

#### Die Bestandteile des Grundbuchs

Das Grundbuch umfasst in der traditionellen Form des "Papiergrundbuchs" gemäss Art. 942 Abs. 2 ZGB (und der GBV) folgende Bestandteile:

- Im Vordergrund steht *das Hauptbuch*.
  - Nach Art. 945 Abs. 1 ZGB erhält jedes Grundstück im Hauptbuch eine eigenes Blatt und eine eigene Nummer ("*Realfoliensystem*"). Dieses Blatt wird als *Hauptbuchblatt* bezeichnet (Art. 1 Abs. 1 lit. b GBV).
  - Auf den *drei* Hauptkolonnen des Hauptbuchblattes werden nach Art. 946 Abs. 1 ZGB das *Eigentum*, die *Dienstbarkeiten* und *Grundlasten* sowie die *Pfandrechte* eingetragen. Allenfalls sind noch weitere Rubriken möglich.
  - Das Hauptbuch hat bezüglich der materiellen Wirkung der Eintragungen zentrale Bedeutung (Art. 972 Abs. 1 ZGB).
- Zum Hauptbuch hinzu kommen *die ergänzenden Urkunden*, nämlich:
  - die *Pläne* (Art. 950 ZGB und Art. 2 GBV), also geometrische Darstellungen der Grundstücke mit Angaben über deren Lage und Grenze. Es handelt sich um öffentliche Urkunden (vgl. bezüglich Beweis Art. 9 ZGB).
  - die *Grundstücksbeschreibung* (Art. 4 GBV). Sie enthält Angaben über Lage und Grösse (der Oberfläche in m<sup>2</sup>) Bewirtschaftungsart und allfällige auf dem Grundstück errichtete Gebäude. Die beschreibenden Daten haben nach Art. 4 Abs. 5 GBV keine Grundbuchwirkung. Bsp.: "950 m<sup>2</sup> Ackerland".
  - die *Belege* (Art. 948 Abs. 2 und 3 ZGB; Art. 28-30 und 69 GBV), also Urkunden über Rechtsakte, die zur Eintragung, Änderung oder Löschung eines Rechts im Grundbuch geführt haben.
- Wichtig ist sodann *das Tagebuch* (Art. 948 Abs. 1 ZGB; Art. 14 f. GBV). Hier wird *chronologisch* aufgelistet, da das Grundbuchamt nicht alle Eingänge sofort bearbeiten kann. Bevor die Daten ins Grundbuch eingetragen werden, werden sie (nochmals) überprüft. Das Datum des Tagebucheintrages ist wichtig für die Reihenfolge der daran geknüpften Rechte.

- Hinzu kommen schliesslich *die Hilfsregister* (Art. 108 GBV). Sie sollen die Grundbuchführung erleichtern, entfalten jedoch *keine Grundbuchwirkung*.

### Die Öffentlichkeit des Grundbuchs

Das Grundbuch dient nach dem Gesagten als Mittel zur Kundbarmachung dinglicher Rechte an Grundstücken. Damit es *Publizitätsfunktion* wahrnehmen kann, muss es der Öffentlichkeit (in bestimmten Schranken) zugänglich sein. Die Art. 970 und 970a ZGB regeln die Öffentlichkeit des Grundbuchs in dreifacher Weise:

- durch ein Auskunfts- und Einsichtsrecht;
- dadurch, dass die Veröffentlichung von Handänderungen angeordnet wird; und
- durch die Fiktion der Kenntnis des Eintrags.

#### *Das Auskunfts- und Einsichtsrecht*

Art. 970 Abs. 1 und 2 ZGB ordnen die Auskunftserteilung und Einsichtnahme wie folgt:

- Jedermann ist berechtigt, darüber Auskunft zu erhalten, wer als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist (Abs. 2). Es besteht bezüglich Eigentum ein *voraussetzungsloses Auskunftsrecht*.
- Ein *weitergehendes Einsichtsrecht* (sowie ein Recht auf Erstellung von Auszügen) hat jene Person, die ein *Interesse* an der Einsichtnahme glaubhaft macht (Abs. 1).

Der Grundsatz der (formellen) Öffentlichkeit gilt auch für die *kantonalen Registereinrichtungen*.

Weigert sich der Grundbuchverwalter, die verlangte Auskunft zu erteilen, die Einsicht zu gewähren oder die Auszüge zu erstellen, so steht dem Gesuchsteller die *Beschwerde* nach Art. 102 ff. GBV zu, letztinstanzlich an das Bundesgericht (Verwaltungsgerichtsbeschwerde; Art. 103 Abs. 4 GBV).

#### *Die Veröffentlichungen der Handänderungen*

Über das Recht des Einzelnen auf Auskunft und Einsichtnahme (Art. 970 Abs. 1 und 2 ZGB) hinaus sieht Art. 970a ZGB vor, dass die Kantone den Erwerb des Eigentums an Grundstücken innert angemessener Frist veröffentlichen *können* (Abs. 1).

Die *Art und Weise der Veröffentlichung* bestimmen die Kantone. Üblich ist die Publikation im kantonalen Amtsblatt.

#### *Die Fiktion der Kenntnis des Eintrags*

Art. 970 Abs. 4 ZGB verwehrt jedermann die Einwendung, einen Grundbucheintrag nicht gekannt zu haben. Das bedeutet:

- Niemand kann sich – gerichtlich oder aussergerichtlich – darauf berufen, er oder ein Dritter habe einen Eintrag nicht gekannt. Diese *Fiktion* (unwiderlegbare Vermutung) zerstört unter Umständen das Recht einer Person, sich auf den guten Glauben zu berufen.
- Weil das Gesetz in Abs. 4 eine Fiktion aufstellt, rechtfertigt es sich, das Auskunfts- und Einsichtsrecht nach Art. 970 Abs. 2 ZGB eher grosszügig zu handhaben und im Zweifelsfall zu gewähren.

## II. Die möglichen Eintragungen

### Der Numerus clausus eintragbarer Rechte; Überblick

Ins Grundbuch sind nur Rechte eintragbar, für welche das Gesetz die Eintragung vorsieht. Insofern besteht ein *Numerus clausus* eintragbarer Rechte.

Als Arten möglicher Eintragungen in das Grundbuch kommen gemäss Art. 958-962 ZGB vor:

- die sog. Eintragungen im engeren Sinn (Art. 958 ZGB);
- die Vormerkungen (Art. 959-961 ZGB); und
- die Anmerkungen (z.B. Art. 962 ZGB).

Hinzu kommen Eintragungen im weiteren Sinn, die vom Gesetz an anderer Stelle genannt werden, nämlich:

- die Bemerkungen (Art. 83 f. GBV); und
- die Löschung oder Abänderung von Einträgen (Art. 964 ZGB).

### Die Eintragung im engeren Sinn

Als mögliche Eintragungen führt das Gesetz in Art. 958 ZGB die dinglichen Rechte auf, nämlich:

- das Eigentum;
- die Dienstbarkeiten und Grundlasten; sowie
- die Pfandrechte.

Die Eintragung in das Grundbuch (Hauptbuch) ist zentral für die Entstehung der genannten Rechte im Geltungsbereich des sog. absoluten Eintragungsprinzips (*materielle Grundbuchwirkung*).

*Technisch* geht die Eintragung so vor sich, dass das Eigentum, die Dienstbarkeiten und Grundlasten sowie die Pfandrechte je in besonderen Abteilungen ("Kolonnen"; Rubriken) *des betreffenden Hauptbuchblattes* eingetragen werden (Art. 946 Abs. 1 ZGB; Art. 107 Abs. 1 GBV).

### Die Vormerkungen

Die Vormerkungen sind in erster Linie in Art. 959-961a ZGB sowie in Art. 70 ff. GBV geregelt; dazu komme zahlreiche verstreute Einzelbestimmungen. Technisch wird die Vormerkung in die dafür vorgesehene Abteilung des betreffenden Hauptbuchblattes eingetragen (Art. 107 Abs. 1 GBV).

Die *Wirkungen* der Vormerkung lassen sich nicht generell umschreiben, weil verschiedene Vormerkungen uneinheitliche Rechtsfolgen nach sich ziehen und manches noch umstritten ist. Immerhin kann Folgendes gesagt werden:

- Die *typische Wirkung* der Vormerkung lässt sich aus Art. 959 Abs. 2, 960 Abs. 2 und 961 Abs. 2 in fine ZGB ableiten: Das vorgemerkte Recht oder die vorgemerkte Rechtsposition erhalten "durch die Vormerkung Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Recht". Es geht also darum, ein Recht oder eine Rechtsposition Dritten gegenüber *verbindlich* zu machen.  
Art. 961a ZGB hält fest: "Eine Vormerkung hindert die Eintragung eines im Rang nachstehenden Rechts nicht".
- Schliesslich kann der Vormerkung im Grundbuch auch die Funktion zukommen, eine Rechtslage (namentlich die Beschränkung der Verfügungsmacht) im Grundbuch ersichtlich zu machen, um den *guten Glauben* eines Dritten zu zerstören.

Im Folgenden sollen lediglich *die drei wichtigsten Arten* von Vormerkungen näher beleuchtet werden:

#### *Die persönlichen Rechte mit verstärkter Wirkung*

Gewisse persönliche (relative, obligatorische) Rechte können im Grundbuch vorgemerkt werden. *Voraussetzung* dafür bildet jedoch nach Art. 959 Abs. 1 ZGB dass die Vormerkung des Rechts durch das Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist. Beispiele sind:

- (vertragliche) Kaufs-, Vorkaufs-, und Rückkaufsrechte;
- Miete und Pacht;
- das Einspracherecht der Stockwerkeigentümer.

Die Vormerkung kann (höchstens) für die *Dauer* des Bestandes des vorzumerkenden Rechts bestehen.

Durch die Vormerkung erhalten die persönlichen Rechte eine *verstärkte Wirkung*, nämlich gemäss Art. 959 Abs. 2 ZGB "Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Rechte".

*Bsp.:* Vorkaufsrecht als persönliches Recht. Es erlaubt, durch einseitige Willenserklärung etwas zu "kaufen". Will A, der dem B ein Vorkaufsrecht eingeräumt hat, sein Haus nun verkaufen, muss er es zuerst dem B anbieten. *Ohne* Grundbucheintrag (Vormerkung) dieses Vorkaufsrechtes kann B, wenn A das Haus vertragswidrig dem C verkauft, von A höchstens Schadenersatz fordern. Der Zugriff aufs Haus aber bleibt ihm verwehrt. *Mit* einem Eintrag (und der damit verbundenen Fiktion von Art. 970 Abs. 4 ZGB) kann er auf das Haus greifen. Das (rein) obligatorische Vorkaufsrecht wird also mit *dinglicher* Wirkung versehen.

#### *Die Verfügungsbeschränkung*

Die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung sieht Art. 960 Abs. 1 ZGB für folgende Fälle vor:

- Fälle einer *amtlichen Anordnung zur Sicherung streitiger oder vollziehbarer Ansprüche* (Ziff. 1).  
Bsp.: Anordnung des Konkursgerichts zur Wahrung der Rechte der Gläubiger (Art. 170 und 174 Abs. 3 SchKG).
- Fälle einer *Pfändung* (Ziff. 2). Bsp.: Art. 101 Abs. 1 SchKG.
- Verfügungsbeschränkungen auf Grund eines Rechtsgeschäfts, für das diese Art der Vormerkung *im Gesetz ausdrücklich vorgesehen* ist (Ziff. 3).

Die Verfügungsbeschränkung erhält nach *Art. 960 Abs. 2 ZGB* durch die Vormerkung *Wirkung "gegenüber jedem später erworbenen Rechte"*. Die Vormerkung stellt also keine Grundbuchsperre dar. Doch kann das vorgemerkte Recht – nach dem Grundsatz der Alterspriorität (*Art. 972 ZGB*) – folgenden Personen erfolgreich entgegengehalten werden:

- dem (späteren) Dritterwerber des Grundstücks;
- demjenigen, der später (nach der Vormerkung) beschränkte dingliche Rechte am Grundstück erworben hat, sofern sich die Letzteren nicht mit dem vorgemerkten Recht vertragen; Bsp.: vorgemerktes Kaufrecht und später begründetes Wegrecht.
- Demjenigen, der später ein (weiteres) vorgemerktes persönliches Recht erwirbt.
- Ferner hat die vorgemerkte Verfügungsbeschränkung auch Vorrang gegenüber späteren Massnahmen der Zwangsvollstreckung, besonders Pfändung oder Konkurs.

*Bsp.:* Es geht ja um die Hinderung des Eigentümers, ein bestimmtes Objekt zu veräussern, bis ein Rechtsstreit beigelegt ist. A will sein Haus verkaufen. Er wird dabei mit B handelseinig über eine Million und schliesst mit ihm einen Vertrag ab. Der Verkäufer A erhält nachträglich das Angebot von C über 1.5 Millionen. Er verkauft das Haus darauf erneut. Es folgt ein Rechtsstreit zwischen den drei Parteien. Um nun zu verhindern, dass A C das Haus verkauft, kann B eine Verfügungsbeschränkung ins Grundbuch *eintragen* lassen. Es handelt sich dabei um eine Sicherungsmassnahme, dass das Haus nicht an C geht. *Ohne* einen solchen Eintrag kann B höchstens auf Schadenersatz klagen, hingegen nichts unternehmen, um Eigentum am Haus zu bekommen (C ist ja gutgläubig).

#### *Die vorläufigen Eintragungen*

Die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung lässt *Art. 961 Abs. 1 ZGB* zu:

- zur Sicherung behaupteter dinglichen Rechte (Ziff. 1); und
- im Fall der vom Gesetz zugelassenen Ergänzung des Ausweises (Ziff. 2, vgl. *Art. 966 Abs. 2 ZGB*).

Praktisch wichtig ist die vorläufige Eintragung zur *Sicherung behaupteter dinglicher Rechte* (*Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB*). Wobei:

- Der Ansprecher muss ein *dingliches Recht* behaupten. Die Geltendmachung eines bloss obligatorischen Rechts genügt nicht.
- Wichtiger Anwendungsfall ist die vorläufige Eintragung eines *Bauhandwerkerpfandrechts* (*Art. 837 ff. ZGB* und *Art. 22 GBV*).

Damit die vorläufige Eintragung vorgemerkt werden kann, müssen nach *Art. 961 Abs. 2 ZGB* folgende formellen Voraussetzungen erfüllt sein:

- entweder die Einwilligung aller Beteiligten, oder
- die Anordnung des Gerichts.

Die Vormerkung der vorläufigen Eintragung bewirkt, "dass das Recht für den Fall seiner späteren Feststellung vom Zeitpunkte der Vormerkung an dinglich wirksam wird" (*Art. 961 Abs. 2 ZGB*).

#### **Die Anmerkungen**

Von den Anmerkungen ist im Grundbuchrecht etwa in *Art. 962 Abs. 1* und *Art. 946 Abs. 2 ZGB* die Rede. Als Anwendungsfälle kommen (kraft Bundesrecht) in Betracht:

- Anmerkung von Zugehör (*Art. 946 Abs. 2 ZGB*).
- Anmerkung des Beginns eines Werkes (*Art. 841 Abs. 3 ZGB* und *Art. 79 Abs. 3 GBV*).
- Anmerkung der Nutzungs- und Verwaltungsordnung im Miteigentumsrecht (*Art. 647 ZGB* und *Art. 79 Abs. 4 GBV*).
- Anmerkung von Reglementen einer Stockwerkeigentümerschaft.

Die Anmerkung hat *Informationscharakter*. Sie will im Hauptbuch darauf hinweisen, dass ein Rechtsverhältnis besteht, das einen Bezug zum Grundstück hat; dieses Rechtsverhältnis hängt aber seinerseits nicht vom Grundbucheintrag ab. In Verbindung mit *Art. 970 Abs. 4 ZGB* eignet sich die Anmerkung dazu, den guten Glauben einer Person zu zerstören.

Siehe auch *Art. 178 Abs. 3 ZGB*. Eine praktisch wichtige Neuerung des ZGB die bewirkt, dass in Ehekrise nicht der eine Ehegatte einfach das Haus verkauft.

### Die Bemerkungen

Rechtsgrundlage der Bemerkung ist namentlich Art. 83 f. GBV. Es handelt sich um Einschreibungen mehr technischer Natur.

### Die Löschungen und Abänderungen

Ins Grundbuch wird auch dann "etwas eingetragen" wenn Rechte gelöscht oder geändert werden sollen (Art. 964 ZGB).

### Schema

Siehe S/H, Nr. 498!

## III. Das Verfahren

Das Verfahren, welches zu einer Grundbucheintragung führt, ist geregelt in Art. 963-966 ZGB sowie in der Grundbuchverordnung:

- Modellfall für die folgenden Darlegungen bildet eine Eigentumsübertragung zur Erfüllung eines Grundstückkaufs. Zu behandeln sind hier grundbuchliche Operationen, welche für den Eigentumsübergang an einem Grundstück vom Veräußerer auf die Käuferin nötig sind (Art. 656 Abs. 1 ZGB). Damit befinden wir uns im Geltungsbereich des *absoluten Eintragungsprinzips*, von welchem Art. 963 Abs. 1 ZGB handelt und bei welchem die Eintragung für den Erwerb des dinglichen Rechts konstitutiv ist.
- Relatives Eintragungsprinzip (Art. 963 Abs. 2 ZGB).

Für die Eintragung ins Grundbuch ist – kurz gesagt – ein Doppeltes erforderlich:

- einerseits die *Anmeldung* durch die verfügungsberechtigte Person;
- andererseits ein *Rechtsgrund*, der die Eintragung rechtfertigt.

### Die Anmeldung

Als Grundsatz des formellen Grundbuchrechts gilt das *Antragsprinzip* (Anmeldungsprinzip). Es lässt sich aus Art. 963 f. ZGB ableiten. Ausnahme: Fälle "in denen das Verfahren vom Amtes wegen eingeleitet wird".

Diese Anmeldung ist eine (*Willens-*)*Erklärung* und – materiell gesehen – ein *Verfügungsgeschäft*: Der Erklärende verfügt über ein (dingliches) Recht.

Es muss:

- Die Anmeldung *von der hierzu berechtigten Person ausgehen*. Dies ist grundsätzlich der Eigentümer; bei Löschung oder Abänderung eines Eintrags ist die aus dem Eintrag berechtigte Person zur Anmeldung berechtigt (Art. 964 Abs. 1 ZGB).
- Die Anmeldung muss die vom Gesetz geforderte *formellen Anforderungen* erfüllen: Sie muss *schriftlich* sein (Art. 963 Abs. 1 und Art. 964 Abs. 1 ZGB; Art. 13 Abs. 1 GBV).
- Die Anmeldung muss die vom Gesetz geforderten *inhaltlichen Anforderungen* erfüllen: Die Anmeldung muss unbedingt und vorbehaltlos sein, klar und vollständig sein und bei gleichzeitig mehreren Anmeldungen die Reihenfolge der Behandlung beinhalten.

Damit die Verfügung des Anmeldenden wirksam ist (vom Grundbuchverwalter befolgt werden kann, muss der Anmeldung ein (doppelter) *Ausweis* beigelegt werden ( Art. 965 ZGB; Art. 18-23 GBV):

### Der (doppelte) Ausweis

Art. 965 ZGB verlangt für die Vornahme gebräuchlicher Verfügungen (Eintragung, Änderung, Löschung) einen doppelten Ausweis:

- einerseits über das Verfügungsrecht;
- andererseits über den Rechtsgrund.

#### *Der Ausweis über das Verfügungsrecht*

Nach Art. 965 Abs. 2 ZGB hat der Anmeldende nachzuweisen, dass er die nach Massgabe des Grundbuchs verfügungsberechtigte Person ist oder von dieser Person eine Vollmacht erhalten hat. Insbesondere bedarf es der Handlungsfähigkeit. Bsp.: Für die Eintragung eines Wegrechts auf einem Grundstück ist dessen Eigentümer verfügungsberechtigt.

### *Der Ausweis über den Rechtsgrund*

Der Ausweis über den Rechtsgrund liegt gemäss *Art. 965 Abs. 3 ZGB* im Nachweis, "dass die für dessen Gültigkeit erforderlichen Form erfüllt ist". Der Anmeldende hat mit anderen Worten nachzuweisen, dass der Rechtsgrund, welcher als Basis für den Grundbucheintrag dienen soll, *formgültig* ist. Für den rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb bedarf es z.B. der öffentlichen Urkunde.

Ausnahme: Bsp.: *Art. 634 Abs. 2 ZGB*. Beim Teilungsvertrag reicht einfache Schriftlichkeit.

Bei Löschung reicht der Löschantrag und die Zustimmung derjenigen Person, welcher durch die Löschung "Nachteile erwachsen".

## **Kognition, Entscheid und Rechtsweg**

### *Die Kognition der Grundbuchbehörden*

Der *Grundbuchverwalter* hat die gesetzliche Pflicht, im Anmeldeverfahren zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Eintragung oder Löschung erfüllt sind, ob also die Anmeldung die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt und der (doppelte) Ausweis vorliegt. Seine Kognition – das heisst der Umfang seiner Überprüfungsbefugnis – reicht in manchen Punkten weniger weit als die Kognition eines Zivilgerichts. Er hat zunächst seinen Entscheid grundsätzlich allein gestützt auf die ihm vorgelegten Urkunden (also gestützt auf die "Aktenlage") zu fällen.

### *Der Entscheid*

Sind die *Eintragungsvoraussetzungen erfüllt*, so heisst der Grundbuchverwalter die Anmeldung (stillschweigend) gut und nimmt – so bald als möglich (*Art. 26 Abs. 2 GBV*) – die Eintragung in das Hauptbuch vor. Damit ist das (Anmelde-)Verfahren abgeschlossen. Beizufügen bleibt:

- Die Wirkungen der eingetretenen dinglichen Rechten ergeben sich aus *Art. 972 ZGB*
- Auf Begehren wird den beteiligten Parteien die Eintragung bescheinigt (*Art. 25 Abs. 5 GBV*).
- Wer mit der (neuen) Eintragung nicht einverstanden ist, muss nun – in der Regel – Grundbuchberichtigungsklage nach *Art. 975 ZGB* erheben: das Rechtsmittel der Beschwerden an die Aufsichtsbehörde ist ausgeschlossen.

Sind *Eintragungsvoraussetzungen nicht erfüllt*, so bestehen – von den Nichteintretensfällen abgesehen – für das weitere Vorgehen zwei Möglichkeiten:

- Im Normalfall hat der Grundbuchverwalter die *Anmeldung abzuweisen* (*Art. 966 Abs. 1 ZGB*; *Art. 24 GBV*). Er lässt eine schriftliche und begründete Verfügung (Abweisungsverfügung), die auch auf die Beschwerdefrist aufmerksam macht.
- Unter den Voraussetzungen von *Art. 966 Abs. 2 ZGB* ist (als Ausnahmefall) eine vorläufige Eintragung möglich.

### *Der Rechtsweg*

Gegen die Abweisung der Anmeldung durch den Grundbuchverwalter kann nach *Art. 103 Abs. 1 GBV* Beschwerde bei der kantonalen Aufsichtsbehörde geführt werden.

Oberste kantonale Instanz.

Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim BGer (*Art. 956 Abs. 3 ZGB*; *Art. 103 Abs. 4 GBV*).

## **Schema zum Eintragungsverfahren**

Siehe *S/H, Nr. 551!*

## **IV. Die Haftung der Kantone aus Grundbuchführung**

### **Die Kausalhaftung der Kantone**

Nach *Art. 955 Abs. 1 ZGB* sind die Kantone "für allen Schaden verantwortlich, der aus der Führung des Grundbuches entsteht". Damit wird eine verschuldensunabhängige ("kausale") Staatshaftung vorgesehen.

Der *Tatbestand* sieht vor:

- Eine Person erleidet einen *Schaden*.



- Dieser Schaden ist "*aus der Führung des Grundbuchs*" entstanden. BGer: "die gesamte Tätigkeit des Grundbuchführers in dieser Eigenschaft". Bsp.: Fehlerhafte Einträge im Haupt- oder Tagebuch; ungenügende Wahrnehmung der Prüfungspflicht. Es bedarf *natürlicher und adäquater Kausalität*.
- Die schädigende Handlung ist widerrechtlich.
- *Nicht erforderlich* ist demgegenüber ein *Verschulden* des Schädigers.

Als *Rechtsfolge* greift die *Haftung des Kantons*:

- Haftpflichtige gegenüber dem Geschädigten ist der Kanton, auf dessen Gebiet die fehlerhafte Grundbuchführung stattgefunden hat.
- Für die *Verjährung* gilt Art. 60 OR.
- Eine *Milderung* oder ein *gänzlicher Ausschluss* der Haftung des Kantons sind denkbar.

### Der Rückgriff

Art. 955 Abs. 2 ZGB sieht die Rückgriffsmöglichkeit des Kantons auf den schuldhaft handelnden Beamten und Angestellten der Grundbuchverwaltung sowie auf die Organe der unmittelbaren Aufsicht vor.

## § 11 Das materielle Grundbuchrecht

### I. Die negative Rechtskraft des Grundbuchs

Art. 971 Abs. 1 ZGB ordnet unter dem Randtitel "Bedeutung der Nichteintragung" Folgendes an: "Soweit für die Begründung eines dinglichen Rechtes die Eintragung in das Grundbuch vorgesehen ist, besteht dieses Recht als dingliches nur, wenn es aus dem Grundbuche ersichtlich ist".

Man spricht vom Grundsatz *der negativen Rechtskraft* des Grundbuchs: Dingliche Rechte an Grundstücken entstehen (grundsätzlich) nicht, ohne dass sie im Grundbuch eingetragen sind. Fehlt ein Eintrag, so heisst dies also, dass kein dingliches Recht besteht.

Art. 971 Abs. 1 ZGB gilt für auch für alle übrigen (nicht dem eidgenössischen gleichgestellten) kantonalen Registereinrichtungen.

Unterschieden wir das absolute und das relative Eintragungsprinzip:

#### Das absolute Eintragungsprinzip

Art. 971 Abs. 1 ZGB besagt, dass *dingliche Rechte nur entstehen, wenn sie im Grundbuch – und zwar im Hauptbuch, Art. 972 Abs. 1 ZGB – eingetragen sind*. Man sagt, der Grundbucheintrag wirke *konstitutiv*. Dabei handelt es sich um den Regelfall, von dem namentlich Art. 963 Abs. 1 ZGB ausgeht.

Ein nicht oder nicht in allen wesentlichen Teilen eingetragenes dingliches Recht gilt als nicht entstanden, wobei ungenügende Einträge gleich wie die Nichteintragung zu behandeln ist.

Die Eintragung in das Grundbuch ist aber nicht nur Voraussetzung für die Entstehung des dinglichen Rechts überhaupt, sondern auch zentral für das *Entstehungsdatum* und damit den Rang (*Grundsatz der Alterspriorität*). Es können an einem Grundstück mehrere dingliche Rechte begründet werden (z.B. ein Wegrecht und ein Pfandrecht). Diese verschiedenen Rechte können sich *vertragen* oder nicht (*kollidieren*). So verträgt sich zum Beispiel ein Weg- mit einem Pfandrecht. Zwei Pfandrechte hingegen nur, wenn die Summe nicht hoch ist. Bei Pfandrecht und Dienstbarkeit mindert Letztere u.U. den Pfanderlös. Es gilt hier das Prinzip "wer zuerst kommt mahlt zuerst" (Art. 972 Abs. 1 ZGB). Unter Umständen muss das nachstehende Recht reduziert oder gar aufgehoben werden.

#### Das relative Eintragungsprinzip

Das Wort "Soweit ..." in Art. 971 Abs. 1 ZGB sieht eine Ausnahme zum absoluten Eintragungsprinzip vor. Das Gesetz lässt es also zu, dass dingliche Rechte an Grundstücken auch ohne Eintragung in das Grundbuch entstehen. Man spricht vom relativen Eintragungsprinzip (Art. 963 Abs. 2 ZGB). Der Eintrag ist nur deklaratorisch.

In gewissen Fällen gibt also das Grundbuch – zu einer bestimmten Zeit – über das betreffende dingliche Recht nicht richtig Auskunft. Dennoch ist freilich der die Eintragung nicht bedeutungslos. So kann nach Art. 973 Abs. 1 ZGB dieser unrichtige Eintrag einem gutgläubigen Dritten Rechte verschaffen.

## II. Die positive Rechtskraft des Grundbuchs

Die positive Rechtskraft des Grundbuchs betrifft die "Grundbuchwirkung zugunsten eines gutgläubigen Dritten", wie sie in Art. 973 ZGB niedergelegt ist.

*Gutglaubensschutz – Eintrag schafft Recht.*

### Die Voraussetzungen

*Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 973 Abs. 1 ZGB sind:*

- Ein Recht ist zu *Unrecht ins Grundbuch eingetragen* worden oder der Grundbucheintrag ist nachträglich unrichtig geworden. (Der gute Glaube setzt diesen Rechtsmangel stillschweigend voraus). Ungerechtfertigt ist ein Eintrag gem. Art. 974 Abs. 2 ZGB (unter anderem!) wenn er ohne Rechtsgrund oder aus einem unverbindlichen Rechtsgeschäft erfolgt ist.
- Eine Person hat sich in gutem Glauben auf diesen (falschen) Eintrag im Grundbuch verlassen und gestützt darauf Eigentum oder ein anderes dingliches Recht erworben (Art. 973 Abs. 1 ZGB). Auf Art. 973 ZGB kann sich nur die Dritte berufen, also eine Person, die an den Umständen, die zum falschen Eintrag geführt haben, nicht beteiligt ist.
- Diese Dritte muss *gutgläubig* sein.
- Die gutgläubige Dritte muss das fragliche *dingliche* Recht tatsächlich *erworben* haben (buchlich oder ausserbuchlich), und zwar im Vertrauen auf den (objektiv unrichtigen) Grundbucheintrag.

### Die Wirkungen

Art. 973 Abs. 1 ZGB ordnet die *Rechtsfolge* an, die Erwerberin sei in ihrem gutgläubigen Erwerb zu schützen. Das bedeutet:

- Die Dritte erwirbt das Eigentum oder das beschränkte dingliche Recht (so, wie es im Grundbuch steht). Das Grundbuch verschafft mithin Rechte, die sonst eigentlich gar nicht existieren würden.
- Das (zu Unrecht) *nicht* oder nicht richtig eingetragene *Recht* des wirklichen Berechtigten *geht* durch den Schutz der gutgläubigen Dritten *unter*. Allenfalls hat der ursprünglich Berechtigte einen Schadenersatzanspruch gegen den Staat.  
Bsp.: Wurde also eine Dienstbarkeit auf dem belasteten Grundstück in ungerechtfertigter Weise gelöscht, so erwirbt die gutgläubige Dritte das Grundstück ohne diese Dienstbarkeitsbelastung.
- Die positive Rechtskraft gilt nur *zu Gunsten* der Dritten.

### Beispiele

Siehe S/H, Nr. 596!

## III. Weitere Wirkungen des Grundbuchs

### Die negative Publizitätswirkung

Art. 970 Abs. 3 ZGB ordnet an, die Einwendung, dass jemand eine Grundbucheintragung (genauer: einen Grundbucheintrag) nicht gekannt hat, sei ausgeschlossen. Es wird also von Gesetzes wegen unwiderlegbar vermutet (fingiert), der Eintrag sei bekannt. Darin besteht die negative Publizitätswirkung des Grundbuchs.

## IV. Wichtige grundbuchrechtliche Rechtsbehelfe

### Die Grundbuchbeschwerde (Art. 956 Abs. 2 ZGB und Art. 102 ff. GBV)

Die Grundbuchbeschwerde ist nach Art. 956 Abs. 2 ZGB gegen die Amtsführung des Grundbuchverwalters und gegen "Anstände bezüglich der eingereichten oder einzureichenden Belege und Erklärungen" möglich, "sofern nicht gerichtliche Anfechtung vorgesehen ist". Sie ist an die Aufsichtsbehörde (in letzter Instanz an das BGer im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren) zu richten und wird im Einzelnen in Art. 102 ff. GBV geregelt.

### Die Grundbuchberichtigungsklage (Art. 975 ZGB)

*Tatbestand:* Der Eintrag eines dinglichen Rechts im Grundbuch ist ungerechtfertigt, oder ein richtiger Eintrag ist in ungerechtfertigter Weise gelöscht oder verändert worden; dadurch wird eine Person in ih-

ren dinglichen Rechten verletzt (Art. 975 Abs. 1 ZGB). Bsp.: Ein Grundstückkauf, der als Basis für den Eigentümerwechsel dienen soll, erweist sich als ungültig, etwa wegen eines Formmangels.

*Rechtsfolge:* Nach Art. 975 Abs. 1 ZGB kann "jedermann, der dadurch in seinen dinglichen Rechten verletzt ist, auf Löschung oder Abänderung des Eintrags *klagen*". Das bedeutet vorweg, dass der Grundbucheintrag (für sich allein) keine heilende Wirkung zukommt. Aktivlegitimiert ist also, wer in seinen dinglichen Rechten verletzt ist, passivlegitimiert, wer dadurch profitiert.

Die Grundbuchberichtigungsklage ist eine *Feststellungsklage*. Sie unterliegt *keiner Verjährung*.

Man will *Übereinstimmung* zwischen dem bestehenden materiellen Recht und dem durch die Grundbucheintragung zum Ausdruck gebrachten Rechte herstellen; "Schein" und "Sein" in Einklang gebracht werden. Dies ist äusserst wichtig im Hinblick auf die positive Rechtskraft des Grundbuchs.

### **Die Löschung eines Eintrags nach Art. 976 ZGB**

Art. 976 ZGB beruht auf der Idee, das Grundbuch solle von bedeutungslosen Einträgen entlastet werden können, ohne dass jedes Mal ein Zivilprozess geführt werden muss. Das Gesetz sieht deshalb eine besondere Löschungsmöglichkeit vor.

Der Tatbestand von Art. 976 Abs. 1 ZGB setzt voraus, dass ein Eintrag jede rechtliche Bedeutung verloren hat. Das heisst:

- Ursprünglich hat ein gültiger Rechtsgrund bestanden, doch ist dieser inzwischen (vollkommen) bedeutungslos geworden.
- Es muss sich um einen "klaren Fall" handeln.
- Das Gesetz darf nicht den Weg der Grundbuchberichtigungsklage vorschreiben.

Als Rechtsfolge kann nach Art. 976 Abs. 1 ZGB der Belastete die Löschung des betreffenden Rechts verlangen; der Grundbuchverwalter darf die Löschung auch von Amtes wegen vornehmen.

Wer durch die Löschung in seinen Rechten verletzt wird, kann nach Art. 976 Abs. 3 ZGB auf Wiedereintragung klagen. Diese Klage ist unverjährbar.

### **Die Berichtigung eines unrichtigen Eintrags nach Art. 977 ZGB und Art. 98-100 GBV**

Die Berichtigung des Grundbuchs ist in Art. 977 ZGB geregelt, der durch Art. 98-100 GBV ergänzt wird. Zwei Fälle sind auseinander zu halten:

- einerseits die Berichtigung, die sich auf die (schriftliche) Einwilligung der Beteiligten oder auf eine gerichtliche Verfügung stützt (Art. 977 Abs. 1 ZGB)
- andererseits die Berichtigung blosser Schreibfehler (Art. 977 Abs. 3 ZGB).

*Voraussetzungen* sind:

- Der Eintrag war von Anfang an ungerechtfertigt.
- Die Belege sind vollständig und hätten einen korrekten Eintrag ermöglicht.
- Der ungerechtfertigte Eintrag geschah – gemäss Art. 98 Abs. 2 GBV – "aus Versehen".

Die *Rechtsfolge* hängt davon ab, ob durch die Berichtigung der Inhalt eines einzutragenden Rechts berührt wird oder nicht:

- Berührt die Berichtigung den Inhalt des einzutragenden Rechts, so darf der Grundbuchverwalter sie grundsätzlich nur mit schriftlicher Einwilligung der Beteiligten oder – mangels einer solchen Einwilligung – auf gerichtliche Verfügung hin vornehmen (Art. 977 Abs. 1 ZGB; Art. 98 Abs. 3 und 4 GBV).
- Berührt die Berichtigung den Inhalt des einzutragenden Rechts nicht, so darf der Grundbuchverwalter nach Art. 99 GBV "die Berichtigung jederzeit von sich aus vornehmen".

### 3. Kapitel: Das Eigentum

Eigentum ist nach dem Gesagten das dingliche Vollrecht, also das (grundsätzlich) umfassende Herrschaftsrecht an einer Sache. Neben den privatrechtlichen Vorschriften wird das Eigentum wesentlich von den Regeln des öffentlichen Rechts normiert (Art. 26 BV).

#### 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen (Art. 641-654a ZGB)

Die folgenden Regeln sind von "allgemeiner Tragweite", gelten also für Mobilien und Immobilien. Es sind aber Einzelfallbezogenen Regeln zu berücksichtigen, welche die allgemeinen Regeln verdrängen.

## § 12 Der Inhalt des Eigentums

### I. Allgemeines

Im Gesetz gibt es keine Legaldefinition von "Eigentum". Unter *Eigentum* (i.S.v. Eigentumsrecht) versteht man *jenes Recht, das seinem Träger die umfassende und ausschliessliche (Sach-)Herrschaft über eine Sache einräumt*. Es handelt sich dabei um ein verfügen *dürfen*. Man hat die Bestimmungsmöglichkeit über eine Sache. Wobei öffentlichrechtliche (Schranken der Rechtsordnung) und privatrechtliche (Rechtsgeschäfte) *Schranken* gelten. Die Bestimmung des Art. 641 ZGB räumt dem Eigentümer verschiedene Rechte ein. Es sind dies einerseits die *Verfügungsrechte* und die *Klagerechte*.

Das Eigentum ist vermutungsweise umfassend.

Das Gesetz sagt nichts über die möglichen Eigentümer als Subjekte. Dies folgt aus Art. 11 ZGB, wonach grundsätzlich jedermann Eigentümer sein kann. Wie sieht es mit Ausländern aus? Hier gibt es die momentan in der Politik diskutierte "lex koller". Danach bestehen für Ausländer Einschränkungen bezüglich Grundeigentum in der Schweiz in Form der Bewilligungspflicht.

### II. Die einzelnen Rechte des Eigentümers nach Art. 641 ZGB

#### Das Verfügungsrecht nach Art. 641 Abs. 1 ZGB

Art. 641 Abs. 1 ZGB setzt im *Tatbestand* voraus, dass jemand *Eigentümer* einer (beweglichen oder unbeweglichen) Sache ist.

Als Rechtsfolge ordnet das Gesetz an, dass der Eigentümer über die Sache *in den Schranken der Rechtsordnung beliebig verfügen kann*. Das Verfügungsrecht wird auch als die *positive Seite der Eigentumsherrschaft* bezeichnet. Der Eigentümer kann *über die Sache verfügen*. Und zwar *tatsächlich* (Gebrauch, Verbrauch, Zerstörung) wie auch *rechtlich* (Vermietung der Wohnung, Einräumung eines Baurechts).

#### Schutz des Eigentums [Vorlesungsnotizen]

*Gegen Eingriffe des Gemeinwesens (Schutz durch das öffentliche Recht)*

Art. 26 BV. In Abs. 1 wird die Institutsgarantie erläutert, in Abs. 2 die Wertgarantie.

*Gegen Eingriffe Privater (Schutz des klassischen Sachenrechts)*

Dabei gilt der Grundsatz des Privatrechts: "Wo kein Kläger, da kein Richter". Es muss also nicht geklagt werden, sondern es darf. Unter Umständen ist es intelligenter, nicht zu klagen. Bsp.: Streitereien unter Nachbarn.

- *Klage auf Herausgabe* (siehe unten)
- *Abwehrklage* (siehe unten)
- *Eigentumsfeststellungsklage*

Es besteht eine Unsicherheit über eine Rechtslage. Bsp.: Jemand behauptet, (eigentlicher) Eigentümer zu sein; jemand behauptet, er habe ein beschränktes, dingliches Recht an einer Sache (des Eigentümers). Bsp.: Wegrecht.

Ziel der Eigentumsfeststellungsklage ist die *autoritative* Feststellung, dass Eigentum zu Recht besteht, oder dass ein das Eigentum beschränkendes Recht nicht besteht.

Die ersten zwei Rechtsbehelfe zielen nicht (nur) auf eine solche Feststellung ab, sondern auf einen Befehl des Gerichtes. Die Feststellung kann in diesen Prozessen u.U. eine Vorfrage sein.

Die Auswirkungen der Eigentumsfeststellungsklage betreffen z.B. das SchKG und das Immobiliarsachenrecht:

- SchKG (Widerspruchsklage): Zahlt ein Schuldner nicht, so kann er ausgepfändet werden. Dabei dürfen nur Sachen in seinem Eigentum gepfändet werden. Besitzt er etwas, das nicht in seinem Eigentum steht, so kann dessen Eigentümer sich gegen diese Pfändung mittels Widerspruchsklage wehren.
- Immobiliarsachenrecht (Grundbuchberichtigungsklage): Ein unrichtiger Grundbucheintrag wird beseitigt/korrigiert.

### Die Klagerechte nach Art. 641 Abs. 2 ZGB

Zum Schutz des Eigentums wird dem Eigentümer gewisse Rechte eingeräumt. Auch als *negative Seite der Eigentumsherrschaft* bezeichnet. Es handelt sich aber nicht (wie beim Besitzrecht) um ein recht auf Selbsthilfe, sondern um ein *Klagerecht*.

- Entweder wird die Sache dem Eigentümer *vorenthalten*. Dann kann er herausverlangen.
- Oder es erfolgt eine *ungerechtfertigte Einwirkung* auf die Sache. Dann kann er diese abwehren.

#### *Die Herausgabeklage (Vindikation, Eigentumsklage, "rei vindicatio")*

Art. 641 Abs. 2 ZGB setzt als Tatbestand voraus, dass die Sache *vorenthalten* wird und zwar *widerrechtlich*. Der Eigentümer hat den Besitz an der Sache also nicht (mehr). Die faktische Herrschaft ist (also) bei einem Dritten. Bsp.: Nach Ablauf der Mietzeit gibt der Entleiher das Auto nicht mehr zurück.

Als Rechtsfolge ordnet die Bestimmung an, dass der Eigentümer *die Sache herausverlangen* ("vindizieren") kann. Es besteht ein dinglicher Herausgabeanspruch ("Vindikationsanspruch"). Wird dies aussergerichtlich nicht erreicht, kann auf dem Klageweg (*Herausgabeklage*) vorgegangen werden. Es handelt sich um eine *Leistungsklage*.

- *Aktivlegitimiert* ist dabei jeder (Mit-)Eigentümer.
- *Passivlegitimiert* ist diejenige Person, die im Zeitpunkt der Klageerhebung Besitzerin der Sache ist.
- Der Kläger hat *keine Klagfrist* einzuhalten, da unverjährbar (ev. aber Ersitzung).
- Klägerisches *Beweisthema*: Der Kläger muss beweisen, dass er Eigentümer ist.
- Die Beklagte hat folgende *Verteidigungsmöglichkeiten*:
  - Einwand, dass der Kläger nie Eigentümer war;
  - Einwand, dass dieser (allenfalls) Eigentümer war, sie nun aber die Sache gültig zu Eigentum erworben hat;
  - Einwand, dass dieser (allenfalls) Eigentümer ist, sie nun aber einen gültigen Titel zum Besitz hat.
- Der Herausgabeklage kommt folgende Bedeutung zu: erweist sich ein Grundgeschäft als ungültig, ist das Eigentum nicht gültig auf den "Erwerber" übergegangen, so kann dieser (Noch-Eigentümer) vindizieren.

#### *Die Eigentumsfreiheitsklage (Abwehrklage, Negatorienklage, "actio negatoria")*

Art. 641 Abs. 2 ZGB setzt als Tatbestand voraus, dass jemand *ungerechtfertigterweise auf die Sache des Eigentümers einwirkt*. Der Eigentümer hat also Besitz an der Sache, wird aber darin gestört, insbesondere durch Immissionen (vgl. Art. 679 und 684 ZGB). Dabei kann es sich um physische und psychische Gründe handeln.

- Eine fremde Person (Störer) wirkt auf die Sache ein. Bsp.: Störer deponiert Müll auf Grundstück oder bebaut es gar.
- Die Einwirkung muss *ungerechtfertigt*, also *widerrechtlich* sein. Das ist z.B. bei einem gesetzlichen Wegrecht (Art. 695 ZGB) oder auf Zustimmung des Berechtigten nicht der Fall.
- Die Störung muss *bestehen oder unmittelbar drohen*.
- Die Störung darf nicht von der Ausübung des Eigentumsrechts an einem Nachbargrundstück ausgehen. Dazu Art. 679 ZGB als *lex specialis*.

Als Rechtsfolge hat der Eigentümer das Recht, jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren. Also ein dinglicher Abwehranspruch bzw. ein Unterlassungsanspruch gegenüber dem Störer. Wird dies nicht aussergerichtlich erreicht, kann der Eigentümer die *Eigentumsfreiheitsklage* einwenden.

- Je nach Art der Störung handelt es sich um eine *Beseitigungsklage* oder eine *Unterlassungsklage*.

- *Aktivlegitimiert* ist der Eigentümer
- *Passivlegitimiert* ist der Störer oder ein Dritter, der die Störung veranlasst, toleriert oder gar erst ermöglicht.
- Die Klage ist grundsätzlich *unverjährbar*. Rechtsmissbrauchsverbot als Schranke.
- Klägerisches Beweisthema: Der Kläger muss beweisen, dass er Eigentümer ist.
- An Verteidigungsmöglichkeiten steht dem Beklagten namentlich der Nachweis eines Rechtfertigungsgrundes offen.

*Exkurs: weitere mögliche Behelfe des Eigentümers*

### III. Die Schranken des Eigentumsrechts (Übersicht)

#### Gesetzliche (objektive) Schranken

Es handelt sich um generell-abstrakte Verhaltensnormen. Können sowohl aus dem öffentlichen Recht (z.B. Bauverbot aus raumplanerischen Gründen) oder auf Privatrecht (z.B. Verbot übermässiger Immissionen) beruhen. *Allgemeine Schranken* sind solche, die das ganze Privatrecht betreffen (z.B. Art. 2 Abs. 2 ZGB). *Besondere Schranken* sind solche, die nur für das Eigentum gelten.

#### Gewillkürte (subjektive) Schranken

Sind kraft Privatautonomie zulässig. Es können obligatorische (Miete) oder dingliche (Wegrecht, Nutzniessung<sup>2</sup>) sein.

#### Unterscheidungen [Vorlesungsnotizen]

- ◁ allgemein: Verbot Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Bsp.: Neidbau
- ◁ spezifisch: Privat- und öffentlich-rechtlich
- ◁ entschädigungspflichtig: Enteignung (Eigentumsgarantie, Art. 26 BV)
- ◁ entschädigungslos:
  - gewillkürte (individuelle): z.B. Pfandrechte

### V. Fälle

Siehe S/H, Nr. 691.

## § 13 Der Umfang des Eigentums

Bei Grundstücken und Fahrnis stellt sich die allgemeine *Frage, wie weit das Eigentumsrecht reicht*. Einzelne Sachen, sowie einzelne Sachen einer Sachgesamtheit haben ihr eigenes rechtliches Schicksal. Schwieriger ist es bei Zwischensituationen. Für Zusammengesetzte Sachen finden sich in Art. 642-645 ZGB Regeln.

### I. Der Bestandteil

#### Begriff

Nach Art. 642 Abs. 2 ZGB ist "Bestandteil einer Sache [...] alles, was nach der am Orte üblichen Auffassung zu ihrem Bestand gehört und ohne ihre Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung nicht abgetrennt werden kann."

- Es bedarf also einer dauerhaften, *materiellen (physischen) Beziehung*. Bsp.: eine an ein Haus genagelte Leiter, nicht aber eine angelehnte.
- Es muss *intellektuell (gedanklich)* eine Beziehung bestehen nach ortsüblicher Auffassung. Bsp.: Bei uns gehört das Dach zum Haus.

<sup>2</sup> Der Eigentümer, der einem Dritten sein Eigentum zur Nutzniessung überlassen hat, kann temporär mit dieser Sache nichts mehr "anfangen".

Von Gesetzes wegen (ohne Rücksicht auf Art. 642 Abs. 2 ZGB) sind natürliche Früchte Bestandteil, ebenso grundsätzlich alle Bauten, Pflanzen und Quellen auf einem Grundstück und bewegliche Sachen bei Verbindung oder Vermischung.

### Rechtsfolgen der Bestandteileigentümerschaft

Gem. Art. 642 Abs. 1 ZGB hat derjenige, der Eigentümer einer Sache ist, auch das Eigentum an allen Bestandteilen. Getrenntes Eigentum ist nicht möglich. Das Bestandteil teilt also das rechtliche Schicksal "seiner" Hauptsache (Ausfluss des Akzessionsprinzips). Die Durchbrechung (etwa in Art. 675 ZGB) dieses Grundsatzes ist aber möglich. Im Falle einer Trennung erhält der Bestandteil ein eigenes rechtliches Schicksal.

### Die natürlichen Früchte insbesondere

Art. 643 Abs. 2 ZGB: "Natürliche Früchte sind die zeitlich wiederkehrenden Erzeugnisse und die Erträge, die nach der üblichen Auffassung von einer Sache ihrer Bestimmung gemäss gewonnen werden." Namentlich z.B. Äpfel, Milch, Tiernachwuchs.

## II. Die Zugehör

### Begriff

Zugehör sind nach Art. 644 Abs. 2 ZGB: "die beweglichen Sachen, die nach der am Orte üblichen Auffassung oder nach dem klaren Willen des Eigentümers der Hauptsache dauernd für deren Bewirtschaftung, Benutzung oder Verwahrung bestimmt und durch Verbindung, Anpassung oder auf andere Weise in die Beziehung zur Hauptsache gebracht sind, in der sie ihr zu dienen haben." Bsp.: Hotelwäsche.

- Also eine *bewegliche* Sache.
- Stets eine *Hauptsache* vorausgesetzt.
- Bedarf *räumlicher Beziehung*, die für Dritte erkennbar sein muss (Publizitätsprinzip).
- Muss der Hauptsache *auf Dauer dienen* (vgl. Art. 645 ZGB e contrario).

### Rechtsfolgen der Zugehörigenschaft

Gemäss Art. 644 Abs. 1 ZGB bezieht sich die Verfügung über eine Sache, wenn keine Ausnahme gemacht wird, auch auf ihre Zugehör. Das Gesetz *vermutet* also, die *Zugehör teile das rechtliche Schicksal der Hauptsache* (obwohl es ein eigenes rechtliches Schicksal haben könnte). Die Hotelwäsche könnte also einzeln verpfändet werden (im Gegensatz zum Dach des Hotels als Bestandteil).

- Die gesetzliche Vermutung kann durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden. Bei Zugehör ist also getrenntes Eigentum möglich (Geige und Bogen). Der Eigentümer kann eine (Haupt-)Sache *samt Zugehör* veräussern (so wie vermutet) oder aber *getrennt*, wobei er dies klar zum Ausdruck bringen muss.

Eine vorübergehende Trennung von der Hauptsache vermag die Zugehörigkeit gem. Art. 644 Abs. 3 ZGB nicht zu nehmen.

## § 14 Gemeinschaftliches Eigentum

### I. Allgemeines

In der Regel herrscht eine Alleineigentumsrecht. Es kann aber angezeigt sein, dass mehrere Personen zusammen Eigentümer an der gleichen Sache sind, wobei alle Berechtigten (qualitativ) auf der gleichen Stufe stehen. Das Gesetz sieht abschliessend zwei Arten gemeinschaftlichen Eigentums vor: *Miteigentum* (das Gemeinsame ist die *Sache*) oder *Gesamteigentum* (das Gemeinsame ist das *Grundverhältnis*, z.B. Ehe, Erbgemeinschaft). Weder beim Mit- noch beim Gesamteigentum besteht ein hierarchisches Verhältnis zwischen den Eigentümern. Sie sind auf der selben Stufe.

Auch bei gesamtschaftlichem Eigentum bezieht sich das Eigentumsrecht jedes Eigentümers auf die *ganze* Sache. Bei feststehendem gemeinschaftlichen Eigentums wird *im Zweifel Miteigentum* (nicht Gesamteigentum) *vermutet*.

Beim Miteigentum spricht man vom *individuellen Zug* (jeder hat eine ideelle Quote), beim Gesamteigentum von der *kollektiven Tendenz* (keine Quoten, alle zusammen). Der wesentliche Unterschied zwischen diesen beiden Eigentumsarten liegt in der *Rechtsausübung*.

## II. Das Miteigentum

### Grundtatbestand und Erscheinungsformen

Das Gesetz regelt den Grundtatbestand des Miteigentums in Art. 646 Abs. 1 ZGB. Danach sind Miteigentümer Personen, die "eine Sache nach Bruchteilen und ohne äussere Abteilung in ihrem Eigentum" haben. Das bedeutet, dass nicht die Sache selber, sondern vielmehr die *Ausübung des Eigentums* daran *geteilt* ist. Das Miteigentum kommt in *zwei* Erscheinungsformen vor:

- *Gewöhnliches Miteigentum* (Art. 646-651 ZGB) an beweglichen oder unbeweglichen Sachen.
- Stockwerkeigentum (Art. 712a-712t ZGB).

Miteigentum bedarf *kein* vorbestehendes Grundverhältnis und jeder Miteigentümer hat über seine ideelle (rechnerische, nicht sichtbare) *Quote* freies Verfügungsrecht.

### Die Entstehung des (gewöhnlichen) Miteigentums

- *Rechtsgeschäftlich* wird eine Sache zu Miteigentum erworben, wenn mehrere Rechtssubjekte, die keine besondere Gemeinschaft bilden, die Sache gemeinsam zu Eigentum erwerben. Bsp.: Studenten kaufen Auto (Achtung: ev. einfache Gesellschaft); Kinder finden Fussball. Es sind also im Gegensatz zum Gesamteigentum keine speziellen Voraussetzungen notwendig um Miteigentum zu begründen.
- *Von Gesetzes wegen*. Bsp.: Art. 200 Abs. 2 und 248 Abs. 2 ZGB (Ehegüterrecht).
- Durch *gerichtliches Urteil* zugesprochen.

### Die Stellung des Miteigentümers bezüglich seines Anteils (1. Rechtskreis)

Der Miteigentümer hat nur einen Bruchteil der Sache, die äusserlich nicht geteilt ist. Das Recht des einzelnen Miteigentümers geht im Umfang seiner Quote *auf die ganze Sache*. So beispielsweise für Erlöse, Versicherungsleistungen, aber auch für Kosten, Lasten, die ebenfalls im Verhältnis der Quote zu tragen sind. Ebenfalls wichtig sind die Quoten bei Mehrheitsbeschlüssen. Diese Quoten können von den Miteigentümern frei bestimmt werden (oft im Verhältnis zum finanziellen Betrag). Sie sind mathematisch fixiert. *Vermutungsweise* sind die *Bruchteile aller Miteigentümer gleich gross* (Art. 646 Abs. 2 ZGB). Dies für den Fall, dass nichts abgemacht wird. Der Nachweis des Gegenteils bleibt vorbehalten.

Jeder Miteigentümer hat gemäss Art. 646 Abs. 3 ZGB für *seinen Anteil* die Rechte und Pflichten eines Eigentümers

#### *Das Verfügungsrecht*

Der Miteigentümer kann mit seiner Quote *rechtsgeschäftlich handeln*. Seinen Anteil veräussern oder verpfänden. Tut er dies, tritt der Rechtsnachfolger an die Position des Veräusserers. Dies lässt sich von den (restlichen) Miteigentümern grundsätzlich nicht verhindern. Das Verfügungsrecht ist jedoch gewissen *Schranken* unterworfen, so etwa durch das gesetzliche Vorkaufsrecht bei Grundstücken (Art. 682 Abs. 1 und 682a ZGB). Ebenfalls überlagern gewisse Sondernormen des Eherechts jene des Sachenrechts. Bsp.: Art. 201 Abs. 2 ZGB.

#### *Die Klagebehelfe*

Dritten gegenüber stehen dem Miteigentümer *alle Klagen eines Alleineigentümers* (Abwehr, Feststellung, Eigentum) zu. Den übrigen Miteigentümern gegenüber hat der Miteigentümer *alle Eigentumsklagen sowie Feststellungsklagen*.

### Die Stellung des Miteigentümers bezüglich der gemeinsamen Sache (2. Rechtskreis)

Art. 647-649a ZGB handeln von der rechtlichen und tatsächlichen Verfügung über die gemeinsame Sache.



### Die Vertretung der Sache

Art. 648 Abs. 1 ZGB räumt dem Miteigentümer das Recht ein, die Sache zu vertreten, soweit es "mit den Rechten der andern verträglich ist". Es geht bei "vertreten" darum, gewisse aus dem Eigentum resultierende Ansprüche gerichtlich oder aussergerichtlich geltend zu machen.

### Die Nutzung und Verwaltung

Es gibt drei Arten von Normen:

- **Zwingende Normen (Art. 647 Abs. 2 ZGB)**  
Sie schützen namentlich den einzelnen vor einem unüberlegten Verzicht auf grundlegende Bedürfnisse. Ziff. 1 für *notwendige* Verwaltungshandlungen und Ziff. 2 für *notwendige* (rettende) Sofortmassnahmen.
- **Abgemachte Ordnung (Parteiwille, Art. 647 Abs. 1 ZGB)**  
Ermöglicht erheblichen Spielraum. Es kann bestimmt werden, welche Nutzungs- und Verwaltungsordnung zwischen den Miteigentümern gelten soll. Zum Erlass solcher Ordnungen bedarf es Einstimmigkeit der Miteigentümer. Eine so getroffene Ordnung ist auch für einen Rechtsnachfolger eines Miteigentümers verbindlich
- **Dispositives Recht (Art. 647a-647e ZGB)**  
Gelten für *Verwaltungshandlungen*:
  - Art. 647a ZGB betreffend *gewöhnlichen* Verwaltungshandlungen, zu welchen grundsätzlich jeder Miteigentümer befugt ist. Bsp.: Vornahme von Ausbesserungen.
  - Art. 647b ZGB für die so genannten *wichtigeren* Verwaltungshandlungen, wo Zustimmung der Mehrheit der Miteigentümer erforderlich ist.

In Bezug auf *bauliche Massnahmen*:

- Art. 647c ZGB betreffend *notwendigen* Massnahmen, also insbesondere Unterhalts-, Wiederherstellungs- und Erneuerungsmassnahmen. Bedarf dem einfachen Mehr. Bsp.: Reparatur von Glasbruch.
- Art. 647d ZGB betreffend *nützlichen* Massnahmen, also Erneuerungs- und Umbauarbeiten. Bedarf qualifizierte Mehrheit (Mehrheit an Personen und Quoten). Bsp.: Einbau eines Aufzugs.
- Art. 647e ZGB betreffend *luxuriösen* Massnahmen. Bedarf Zustimmung aller. Bsp.: Einbau Whirlpool.

Die Abgrenzung fällt natürlich nicht immer leicht.

### Die rechtliche Verfügung und Zweckänderung

Soweit nicht einstimmig eine andere Ordnung vereinbart wird, bedarf es nach Art. 648 Abs. 2 ZGB der *Übereinstimmung aller Miteigentümer* für die *Veräusserung* der Sache und die *Belastung* der Sache oder die *Änderung der Zweckbestimmung*.

### Die Tragung der Kosten und Lasten

Art. 649 ZGB befasst sich mit der Tragung der Kosten und Lasten im *Innenverhältnis*. Dispositiv gilt nach Art. 649 Abs. 1 ZGB, dass Verwaltungskosten, Steuern und andere Lasten, die aus dem Miteigentum entstehen von den Miteigentümern *im Verhältnis ihrer Anteile* getragen wird (keine Solidarhaftung). Leistet einer über seinen Anteil hinaus, kann der diesen von den anderen zurückfordern (Abs. 2).

Das *Aussenverhältnis* verhält sich regelmässig gemäss OR.

### Das gesetzliche Vorkaufsrecht bei Grundstücken im Miteigentum (Art. 682 Abs. 1 ZGB)

Besteht an einem Grundstück Miteigentum und hat einer der Miteigentümer seinen Anteil veräussert (Tatbestand), so besteht für die Miteigentümer die Befugnis, nach Eintritt des Vorkaufsfalles ihr Vorkaufsrecht geltend zu machen ("auszuüben"). Dies durch Ausübung einer *Gestaltungserklärung*, wodurch sie jene Rechtslage herbeiführen können, die bestünde, wenn der Verkäufer ihnen diesen Anteil verkauft hätte.

Diese Regelung ist dispositiv. Eine Änderung bedarf aber öffentlicher Beurkundung. Das Vorkaufsrecht ist untrennbar mit dem Miteigentumsanteil (*nicht* aber Stockwerkeigentum) verknüpft.

### Der Ausschluss aus der Gemeinschaft

Dies ist nach Art. 649b ZGB möglich, jedoch nur als *Ultima Ratio*. Der Auszuschliessende muss ein Verhalten zu Tage gelegt haben oder Mitberechtigten verletzt haben, dass die Fortsetzung der Gemeinschaft unzumutbar erscheint. Dies kann auch von Familienangehörigen des Auszuschliessenden ausgehen.

Als Rechtsfolge ordnet das Gericht an, den Miteigentümer auszuschliessen. Er wird verpflichtet, seinen Anteil zu veräussern.

### Der Untergang des Miteigentums

#### *Im Allgemeinen*

Der Untergang kann entweder nur für einen einzelnen Miteigentümer untergehen, z.B. durch Veräusserung, Verzicht oder Zwangsvollstreckung. Oder aber für alle Miteigentümer, z.B. durch Verlust oder Untergang der Sache (auch infolge Rechtsgeschäfts). Dieser Untergang ist möglich, da an das Miteigentum kein persönliches Grundverhältnis wie beim Gesamteigentum geknüpft ist.

#### *Die Aufhebung auf Verlangen eines Miteigentümers insbesondere*

- *Der Aufhebungsanspruch nach Art. 650 ZGB*  
Miteigentum ist *nicht auf Dauer angelegt*. Jeder kann nach Art. 650 Abs. 1 ZGB *grundsätzlich jederzeit* die Aufhebung des Miteigentums verlangen. Als Einschränkungen gilt, dass dies nicht zu Unzeit verlangt werden darf und dass der Teilungsanspruch für Sachen mit dauerndem Zweck (z.B. gemeinschaftliche Mauern) nicht gilt.
- *Die Art der Teilung (Art. 651 ZGB)*  
Im Vordergrund steht die *einverständliche* Teilung. Es kann aber auch das Gericht darüber bestimmen. Es steht die Realteilung, der Verkauf aus freier Hand (mit anschliessender anteilmässiger Verteilung des Erlöses) und die Versteigerung offen.

## III. Das Gesamteigentum

### Die Voraussetzungen des Gesamteigentums

Gesamteigentum nach Art. 652 ZGB setzt eine (*gesamthänderische*<sup>3</sup>) *Gemeinschaft* voraus. Diese Gemeinschaft ist persönlich vorgegeben und das Gesamteigentum ist eine Reflexion darauf. Diese Gemeinschaft kann auf Grund Gesetz oder Vertrag begründet sein. Es besteht ein Numerus clausus. Wichtige Anwendungsfälle sind die Gütergemeinschaft (Art. 222 Abs. 2 ZGB), Erbengemeinschaft (Art. 602 Abs. 2 ZGB) und die einfache Gesellschaft (Art. 544 Abs. 1 OR).

| Vertragliche Gemeinschaft  | Gesetzliche Gemeinschaft   |
|--|--|
| Bsp.: Gütergemeinschaft (Art. 222 ZGB)<br>Abs. 2 verdeutlicht die Reflexwirkung,<br>Abs. 3 umschreibt eigentlich das Gesamteigentum und dessen Wirkungen.<br>Die Liquidation ist in Art. 241 ff. ZGB geregelt. | Bsp.: Erbengemeinschaft (Art. 602 ZGB)<br>Stellt einen vom Gesetzgeber begründeten Zwangsverband dar.<br>Abs. 2 verdeutlicht das Gesamteigentum. |

### Die Wirkungen des Gesamteigentums (ungeteilte Gesamtberechtigung)

Gemäss Art. 653 Abs. 1 ZGB richten sich die Rechte und Pflichten der Gesamteigentümer nach den Regeln, unter denen ihre gesetzliche oder vertragsmässige Gemeinschaft steht. Diese Artikel ist also eine reine Verweisungsnorm (Bsp.: Art. 227 ff. ZGB für die Gütergemeinschaft). Grundsätzlich bedarf es für Ausübung des Eigentums und insbesondere über die Verfügung der Sache *Einstimmigkeit* der Gesamteigentümer nach Art. 653 Abs. 2 und 800 Abs. 2 ZGB. Es bestehen keine Quoten der Eigentümer, über welche sie selbst entscheiden könnten. Es lässt sich also eine *negative* und eine *positive* Seite der Wirkung des Gesamteigentums ausmachen: positiv: keiner kann hinter dem Rücken der anderen etwas entscheiden; negativ: jeder Einzelne kann als Querulant die gesamte Gemeinschaft blockieren, was zur Schwerfälligkeit der Gesamteigentümerschaft führt. Jedoch kann für solche Fälle vorgesorgt werden (Art. 653 Abs. 2 ZGB: "Besteht keine andere Vorschrift, ...").

Solange die Gemeinschaft dauert, ist ein Recht auf *Teilung* oder die Verfügung über einen Bruchteil der Sache *ausgeschlossen* (Art. 653 Abs. 3 ZGB).

3 Die Hände der Gesamteigentümer sind zusammengebunden. Symbolisch.

### Die Aufhebung des Gesamteigentums

Das Gesetz sieht in Art. 654 Abs. 1 ZGB zwei Fälle vor:

- entweder die Veräusserung der Sache, oder
- das Ende der Gemeinschaft. Das Ende der Gemeinschaft kann auch gesetzliche Gründe haben. Es leitet aber nur ein und bedarf anschliessend noch einer Liquidation.

Gemäss Art. 654 Abs. 2 ZGB geschieht die Teilung unter Vorbehalt besonderer Vorschriften nach den Regeln über das Miteigentum (Art. 651 ZGB).

## IV. Schema

Siehe *S/H*, Nr. 803!

## 2. Abschnitt: Das Grundeigentum (Art. 655-712t ZGB)

### § 15 Der Gegenstand des Grundeigentums

Gegenstand des Grundeigentums sind gemäss Art. 655 Abs. 1 ZGB die Grundstücke. Das Gesetz bietet für "Grundstücke" eine *Legaldefinition* in Art. 655 Abs. 2 ZGB. Dabei bezieht es sich nur auf jene Grundstücke, die *dem Privatrecht unterstehen*.

Den *Gegenbegriff* zu den Grundstücken bildet die *Fahrnis*.

#### I. Die Grundstücke

In Art. 655 Abs. 2 ZGB definiert das Gesetz den Begriff der "Grundstücke". Die Umschreibung wird Art. 943 Abs. 1 ZGB wider aufgegriffen, wo es um die Aufnahme der Grundstücke in das Grundbuch geht. Grundstücke sind *pro memoria*:

- Liegenschaften;
- in das Grundbuch aufgenommene selbständige und dauernde Rechte;
- Bergwerke; und
- Miteigentumsanteile an Grundstücken.

Was den wichtigen Fall der *Liegenschaft* betrifft – also das was ein juristischer Laie unter Grundstücke versteht – so sei auf folgende Punkte hingewiesen:

- Eine "Liegenschaft" ist ein (dreidimensionaler) Körper, nicht bloss eine (zweidimensionale) Fläche (Art. 667 Abs. 1 ZGB). Dies muss betont werden, zumal Art. 3 Abs. 2 GBV ungenau lautet: "Liegenschaft ist jede Bodenfläche, mit genügend bestimmten Grenzen". Auch private Gewässer, wie Seen, Flüsse und Teiche können mit dem Seeboden oder Flussbett eine Liegenschaft sein.
- Das Eigentum an einer Liegenschaft bezieht sich gemäss Art. 642 Abs. 1 ZGB auf alle Bestandteile dieser Liegenschaft (inkl. Bäume, Pflanzen, Quellen; Art. 667 Abs. 2 ZGB).
- Das gleiche Schicksal wie die Liegenschaft erleidet grundsätzlich auch die Zugehör (Art. 644 Abs. 1 ZGB).

### § 16 Erwerb und Verlust des Grundeigentums

#### I. Der Erwerb des Grundeigentums

##### Übersicht

Das Gesetz regelt den Erwerb des Grundeigentums in den Art. 656-665 ZGB. Vorweg muss Folgendes betont werden:

- Für das Grundeigentum ist das *Grundbuch* von entscheidender Bedeutung, dient es doch – wie der Besitz bei der *Fahrnis* – der *Publizität*. Es gilt das *Eintragungsprinzip* (Art. 656 ZGB).

- Die Art. 657-663 ZGB enthalten Bestimmungen über verschiedene *Erwerbsarten*.

Der Erwerb von Grundeigentum unterliegt verschiedenen *gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Beschränkungen*.

### Das Eintragungsprinzip (Art. 656 ZGB)

Das Eintragungsprinzip besagt, dass für den Erwerb von dinglichen Rechten an Grundstücken – namentlich für den Eigentumserwerb – die *Eintragung in das Grundbuch* erforderlich ist. Das ZGB folgt diesem System ausnahmslos bei rechtsgeschäftlichem Erwerb unter Lebenden (*absolutes Eintragungsprinzip*), sieht aber bei anderen Erwerbsarten Ausnahmen vor (*relatives Eintragungsprinzip*):

- Art. 656 Abs. 1 ZGB ordnet an, dass es zum Erwerb des Grundeigentums der Eintragung in das Grundbuch bedarf. Es hat *konstitutive* Wirkung. Zu unterscheiden ist:
  - der *Erwerbsakt*: die Eintragung in das Grundbuch gestützt auf eine ordnungsgemässe Anmeldung, welche aus der Perspektive des Veräusserers gesehen das *Verfügungsgeschäft* darstellt.
  - der *Erwerbsgrund* (die "causa"), also das *Verpflichtungsgeschäft*: jenes Rechtsgeschäft, durch welches sich der Veräusserer zur Eigentumsübertragung verpflichtet hat.

Hauptfall: Grundstückskaufvertrag nach Art. 216 Abs. 1 OR als *Verpflichtungsgeschäft*. Die Anmeldungserklärung beim Grundbuchamt ist das *Verfügungsgeschäft* und die Eintragung der *Erwerbsakt*.

- Art. 656 Abs. 2 ZGB sieht Ausnahmen der Eintragungspflicht vor (*relatives Eintragungsprinzip*): Das Gesetz nennt Aneignung, Erbgang, Enteignung, Zwangsvollstreckung und gerichtliches Urteil. Die Eintragung ins Grundbuch hat hier rein *deklaratorischen* Charakter.

### Die Erwerbsarten (Art. 657-663 ZGB)

Zu unterscheiden sind wie schon im Besitzrecht der *derivative Erwerb*, bei dem die Erwerberin ihr Eigentum vom vorherigen Eigentümer ableitet (Hauptfall: Übereignung in Erfüllung eines Grundstückskaufvertrags) und der *originäre Erwerb*, bei dem die Erwerberin ihr Eigentum eben gerade nicht von einem Vorgänger ableitet (Hauptfall: Ersitzung).

#### Der derivative Eigentumserwerb

Hier ist zu unterscheiden, ob die Eintragung ins Grundbuch erforderlich ist oder nicht, also ob das absolute Eintragungsprinzip gilt oder nicht.

- *Derivativer Eigentumserwerb durch Eintragung des Erwerbers ins Grundbuch*  
Beim rechtsgeschäftlichen Erwerb von Grundeigentum (unter Lebenden) gilt das absolute Eintragungsprinzip gemäss Art. 656 Abs. 1 ZGB. Erwerb unter Lebenden ist nur durch *Eintragung in das Grundbuch* zu erreichen - hier stellt die Eintragung den *Erwerbsakt* dar. (*Genauer gesagt geht das Eigentum im Zeitpunkt der Eintragung in das Hauptbuch auf die Erwerberin über, jedoch mit zeitlicher Rückwirkung auf die Tagebucheinschreibung gem. Art. 972 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 948 ZGB.*)  
Der soeben beschriebene Erwerbsakt setzt einen Erwerbsgrund voraus: einen Rechtsgrund ("causa"), der die Verfügung rechtfertigt. Regelmässig handelt es sich um einen schuldrechtlichen Vertrag auf Eigentumsübertragung (Verpflichtungsgeschäft). Hauptfall ist der Grundstückskaufvertrag. Der Erwerbsgrund (bedarf *rechtskräftiges* Rechtsmittel) gibt der Erwerberin gemäss Art. 665 Abs. 1 ZGB gegen den Eigentümer einen persönlichen Anspruch (eine Forderung) auf Eintragung bei Weigerung des Eigentümers ein Recht auf gerichtliche Zusprechung. Pro memoria: der Erwerbsgrund (Kaufvertrag) verschafft als Verpflichtungsgeschäft der Käuferin nur obligatorische (persönliche), nicht aber dingliche Rechte.

Art. 657 Abs. 1 ZGB sieht eine praktisch bedeutsame Formvorschrift vor: Diese Verträge bedürfen zu ihrer Verbindlichkeit der *öffentlichen Beurkundung*. Vereinzelt wird dieser Beurkundungszwang jedoch durchbrochen, beispielsweise in Art. 634 Abs. 2 ZGB für den Erbteilungsvertrag.

- *Zweck*: Schutz der Vertragsparteien vor Übereilung, Beweissicherung und zuverlässige Grundlage für Grundbucheintrag.
- *Was* zu beurkunden ist, bestimmt sich nach der Meinung von S/H abschliessend nach Bundesrecht.
- *Wie* zu beurkunden ist, welches Verfahren und welche Organisationsregeln also einzuhalten sind, bestimmen grundsätzlich die Kantone.

Erwerbsakt und Erwerbsgrund hängen, wie angedeutet, eng zusammen: Entsprechend dem *Kausalitätsprinzip* geht das Eigentum nur dann wirksam auf die Erwerberin über, wenn ein gültiger Rechtsgrund für die Veräusserung – ein wirksames Verpflichtungsgeschäft – besteht.

- *Derivativer Eigentumserwerb ohne Eintragung ins Grundbuch*

Beruhet der Erwerb des Grundeigentums nicht auf Rechtsgeschäft, so ist für den Eigentumsübergang die Eintragung in das Grundbuch nicht erforderlich. Art. 656 Abs. 2 ZGB nennt als Fall des derivativen Eigentumserwerbs ohne Eintragung in das Grundbuch lediglich den Erbgang. Nötig ist hier bloss noch die formelle Anpassung des Grundbuchs an die materiell schon bestehende Rechtslage.

*Der originäre Eigentumserwerb*

Anwendbare Bestimmungen; siehe S/H, Nr. 851!

*Die Ersitzung insbesondere*

- *Übersicht*

Das Gesetz regelt die Ersitzung in den Art. 661-663 ZGB. Es geht hierbei um den Erwerb eines Rechts an einer Sache als Folge eines langen und unangefochtenen (sowie regelmässig gutgläubigen) Besitzes. Es kann also gesagt werden, dass der Zeitablauf eine gewisse "heilende Wirkung" ausübt.

Das schweizerische Recht kennt zwei Arten der Ersitzung:

- Die *ordentliche Ersitzung* (Tabularersitzung). Sie beruht darauf, dass jemand – wenn auch zu Unrecht – im Grundbuch eingetragen ist.
- Die *ausserordentliche Ersitzung* (Extratabularersitzung). Sie ist der Rechtserwerb des nicht eingetragenen langjährigen Besitzers an einem Grundstück.

In der *Praxis* spielt die Ersitzung keine grosse Rolle.

- *Die ordentliche Ersitzung (Tabularersitzung; Art. 661 ZGB)*
- *Die ausserordentliche Ersitzung (Extratabularersitzung; Art. 662 ZGB)*

## II. Der Verlust des Grundeigentums

Das Gesetz regelt den Verlust des Grundeigentums in Art. 666 ZGB: "Das Grundeigentum geht [erst] unter mit der Löschung des Eintrages [...]". Abs. 1 setzt im Tatbestand voraus:

- entweder die *Löschung des Eintrags*;
- oder den *vollständigen Untergang des Grundstücks*. Gedacht ist hier vor allem an Erdbewegung oder schwere Überschwemmungen.
- Im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt aber dennoch zulässig ist die sog. *Dereliktion*: Darunter versteht man ein einseitiges Rechtsgeschäft (Willenserklärung), durch welches der Eigentümer sein Eigentum am Grundstück aufgibt, ohne es auf einen anderen zu übertragen.

Als Rechtsfolge ordnet Art. 666 Abs. 1 ZGB den *Verlust des Eigentums* im Moment der Löschung bzw. des Untergangs an.

## § 17 Der Umfang des Grundeigentums

### I. Allgemeines

Das Gesetz regelt den Umfang des Grundeigentums in den Art. 667-678 ZGB (Beachte die ungenauen Marginalien im deutschen Gesetzestext).

Wie bereits erwähnt ist eine Liegenschaft ein *Körper*; sie ist also dreidimensional und muss daher *gegen den Aussenbereich* – gegen die Nachbargrundstücke – *abgegrenzt* werden. Das Gesetz regelt daher:

- die *horizontale* Ausdehnung der Liegenschaft (Art. 668 ff. ZGB);
- die *vertikale* Ausdehnung der Liegenschaft (Art. 667 Abs. 1 ZGB).

Weiter hat das Gesetz zu bestimmen, welche Objekte innerhalb dieser vertikalen Grenzen vom Eigentumsrecht des Grundeigentümers erfasst werden. Hier gilt grundsätzlich das in Art. 667 Abs. 2 ZGB

geregelt Akzessionsprinzip, wonach das Grundeigentums unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken die mit dem Grund und Boden verbundenen Bauten, Pflanzen und Quellen umfasst.

## II. Die horizontale Ausdehnung (Art. 668 ff. ZGB)

### Die Grenzen einer Liegenschaft

Art. 668 Abs. 1 ZGB bestimmt, dass die (horizontalen) Grenzen durch die *Grundbuchpläne* (rechtliche Grenzen) und durch die Abgrenzung *auf der Liegenschaft selber* (tatsächliche Grenzen) bezeichnet werden. Es besteht somit eine doppelte Abgrenzung.

Stimmen Grundbuchpläne und Abgrenzung nicht miteinander überein, so wird nach Art. 668 Abs. 2 ZGB die *Richtigkeit der Grundbuchpläne vermutet*. Die Vermutung ist widerlegbar.

### Die Abgrenzungspflicht

Für den Fall, dass eine Grenze ungewiss ist, verpflichtet Art. 699 ZGB den Grundeigentümer, auf Begehren seines Nachbarn bei der Feststellung der Grenze mitzuwirken. Daraus werden zwei Klagen abgeleitet:

- *Abgrenzungsklage*, wenn einer der beteiligten Eigentümer seine Mitwirkung verweigert. Dann legt das Gericht die Grenze fest, bzw. ordnet die Anbringung der Grenzzeichen an.
- *Grenzscheidungsklage*, wenn keiner der beiden Eigentümer den Grenzverlauf beweisen kann und keine vertragliche Einigung darüber zustande kommt. Dann legt das Gericht in einem Gestaltungsurteil die Grenzen fest, die anschliessend nur (aber immerhin) nach Art. 668 ZGB als richtig *vermutet* werden – dies im Gegensatz zur Eigentumsfeststellungsklage, welche die Grenzen definitiv festlegt.

### Die Grenzvorrichtungen

Art. 670 ZGB wird bei Vorrichtungen, die der Abgrenzung von Grundstücken dienen und auf der Grenze stehen (Mauern, Hecken, Zäune), *Miteigentum* der beiden Nachbarn vermutet. Dies bezieht sich aber nur auf die Abgrenzung und nicht auf den darunter liegenden Boden.

## III. Die vertikale Ausdehnung (Art. 667 ZGB)

Die *Grundregel* von Art. 667 ZGB legt in Abs. 1 fest, dass das Grundeigentum sich nach oben und unten erstreckt, soweit es für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht.

### Das geschützte Interesse

Nach der Regel von Art. 667 Abs. 1 ZGB erstreckt sich das Grundeigentum in vertikaler Hinsicht nicht schrankenlos "in den Himmel". Es bestehen gewisse *Beherrschungsinteressen* wie auch *Abwehrinteressen* des Eigentümers.

Soweit ein Interesse bejaht wird, kann der Eigentümer – in den Schranken des Gesetzes – namentlich sein *Abwehrrecht gegen Dritte* geltend machen, also nach Art. 641 Abs. 2 ZGB jede ungerechtfertigte Einwirkung abwehren.

Bsp.: Eigentumsverletzung bei Überfliegen des Grundstücks durch Flugzeuge? Massgebend ist das *Ausübungsinteresse*.

### Das Akzessionsprinzip

Nach Art. 667 Abs. 2 ZGB (und Art. 671 Abs. 1 ZGB) bestehendes *Prinzip*: Unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken *umfasst das Grundeigentum alle Bauten, Pflanzen und Quellen*.

Das Gesetz enthält in den Art. 671-678 und 704 ZGB *Sonderregeln* bezüglich Bauten, Pflanzen und Quellen. Diese Normen bestätigen zum Teil das Akzessionsprinzip, zum Teil durchbrechen oder korrigieren sie es aber:

#### *Bauten auf dem Grundstück*

- *Der Einbau (Art. 671-674 ZGB)*  
Grundtatbestand des Art. 671 Abs. 1 ZGB: Es wird Material eingebaut auf einem Grundstück, wobei Grundeigentümer einerseits und Materialeigentümer andererseits nicht identisch sind. *Rechtsfolgen*:
  - Als Grundsatz gilt das Akzessionsprinzip: Das eingebaute Material wird Bestandteil des Grundstücks (Art. 671 Abs. 1 ZGB in fine) und somit Eigentum des Grundeigentümers.

- Unter gewissen Voraussetzungen sieht das Gesetz einen Trennungsanspruch vor (Art. 671 Abs. 2 und 3 ZGB).
- Findet keine solche Trennung statt, so hat der Grundeigentümer für das Material eine angemessene Entschädigung zu leisten (Art. 672 Abs. 1 ZGB).

Beachte: diese Regel des Art. 671 Abs. 1 ZGB gilt *nur* dort, wo zwischen den beiden Parteien keine vertragliche Beziehung besteht. Es handelt sich also eigentlich um einen *Ausnahmetatbestand*.

- **Die überragenden Bauten (Art. 674 ZGB)**  
(Grund-)*Tatbestand* setzt voraus, dass Bauten oder andere Vorrichtungen von einem Grundstück auf ein anderes hinübertagen – direkt auf der Bodenfläche, darüber oder darunter. *Rechtsfolgen*:
  - Hat der Grundeigentümer des Grundstücks, von dem die überragende Baute ausgeht, ein *dingliches Recht* auf ihren Bestand (Überbaurecht als [Grund-]Dienstbarkeit, Art. 674 Abs. 2 ZGB), so verbleibt auch der überragende Teil der Baute *Bestandteil des Ausgangsgrundstücks* (Art. 674 Abs. 1 ZGB); das Akzessionsprinzip wird demnach durchbrochen.
  - *Fehlt* ein entsprechendes *dingliches Recht* (Dienstbarkeit), muss die überragende Baute grundsätzlich entfernt werden (Art. 674 Abs. 3 e contrario i.V.m. Art. 641 Abs. 2 ZGB). Den Berechtigten trifft allerdings – zumindest gegenüber dem gutgläubigen Überbauer – die Obliegenheit, rechtzeitig Einspruch zu erheben.
  - Erhebt der Verletzte nicht rechtzeitig Einspruch gegen den erkennbar unberechtigten Überbau, so regelt Art. 674 Abs. 3 ZGB zu Gunsten des gutgläubigen Überbauenden die Ansprüche *nach Billigkeit*.
- **Das Baurecht (Art. 675 ZGB)**  
Art. 675 Abs. 1 ZGB sieht die Möglichkeit des Baurechts vor, bei dem das Eigentum am Boden und das Eigentum an der darauf stehenden Baute *auseinanderfallen*, das Akzessionsprinzip also *durchbrochen* wird. Voraussetzung dafür ist, dass das Baurecht als Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist.
- **Die Leitungen (Art. 676 ZGB)**
- **Sonderfall: Die Fahrnisbauten (Art. 677 ZGB)**  
Bauten "ohne Absicht bleibender Verbindung". Es macht keinen Sinn, dass z.B. Festzelte (vorübergehend) in das Eigentum des Grundeigentümers fallen.

*Die Pflanzen (Art. 678 ZGB)*

*Die Quellen (Art. 704 ZGB)*

## § 18 Die Beschränkungen des Grundeigentums

### I. Allgemeines

Das Eigentum kann – formal betrachtet – als das *unbeschränkte* Sachenrecht bezeichnet werden. Dennoch ist es verschiedenen Schranken unterworfen. Die *tatsächlichen* Schranken lassen sich unterteilen nach ihrem *Entstehungsgrund* und nach ihren *Wirkungen*:

- Nach dem *Entstehungsgrund* sind gesetzliche und gewillkürte (rechtsgeschäftliche) Eigentumsbeschränkungen auseinander zu halten:
  - **Gesetzliche Beschränkungen:** Art. 641 Abs. 1 ZGB bestimmt als Grundnorm, dass der Eigentümer über seine Sache nur "in den Schranken der Rechtsordnung" verfügen darf. Praktisch relevant sind vor allem das gesetzliche Vorkaufsrecht im Miteigentumsverhältnis und das Nachbarrecht.
  - **Gewillkürte Beschränkungen:** Regelung ausserhalb des 19. Titels im ZGB und im OR geregelt. Besonders von Bedeutung sind hier die vertraglichen Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufrechte. Es muss dabei beachtet werden, dass die Höchstens 25 Jahre betragen kann. Ebenso für die Vormerkungen im Grundbuch.
- Nach ihren *Wirkungen* lassen sich hauptsächlich zwei Arten von Eigentumsbeschränkungen unterscheiden: Verfügungs- und Nutzungsbeschränkungen. Die (gesetzlichen und gewillkürten) Beschränkungen können demnach betreffen:

- entweder die Verfügung über das Eigentum (sog. *Verfügungsbeschränkungen*; Bsp.: gesetzliche Vorkaufsrechte nach Art. 682 und 682a ZGB);
- oder die Nutzung des Eigentums (sog. *Nutzungsbeschränkungen*; Bsp.: die Pflicht, nicht bis an die Grenze zu bauen und damit einen bestimmten Abstand einzuhalten, Art. 686 ZGB).

## II. Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen

### Arten

Neben den bereits genannten Unterscheidung von Verfügungs- und Nutzungsbeschränkungen lassen sich die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen nach dem Rechtsgebiet (Privatrecht oder öffentliches Recht) und nach der Wirkung (unmittelbare oder mittelbare Wirkung) näher gliedern. Im Einzelnen:

Gesetzliche Schranken können auf *Privatrecht* oder auf *öffentlichem Recht* beruhen:

- *Privatrechtliche* Beschränkungen liegen im Interesse einzelner Rechtssubjekte, etwa des Nachbarn. Sie ergeben sich primär aus Bundesrecht. Bsp.: Nachbarrecht, Art. 684 ff. ZGB.
- *Öffentlich-rechtliche* Beschränkungen des Privateigentums schützen überwiegend öffentliche Interessen. Bsp.: Baupolizei, Feuerpolizei.
- Die *Unterscheidung* zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen hat durchaus *praktische Bedeutung*: vgl. etwa Art. 680 Abs. 3 ZGB oder den Rechtsweg.
- Sonderfall: Doppelnormen. Bsp.: Zutrittsrecht zu Wald und Weiden nach Art. 699 ZGB.

Die gesetzlichen Schranken werden ausserdem unterteilt in *unmittelbare* und *mittelbare* Eigentumsbeschränkungen:

- Unmittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkungen sind kraft Gesetzes wirksam, ohne dass eine Person tätig werden muss. Bsp.: Verbot übermässiger Immissionen.
- Mittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkungen werden erst wirksam, nachdem eine bestimmte Person zur Erlangung eines Rechts die vorgeschriebenen Handlungen unternommen hat. Sie verleihen also einer Person bloss einen Anspruch darauf, dass ihr etwas gewährt/gestattet wird. Bsp.: Notwegrecht nach Art. 694 ZGB.

### Bestand, Abänderung und Aufhebung (Art. 680 ZGB)

Nach Art. 680 Abs. 1 ZGB *bestehen die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen ohne Eintrag im Grundbuch*:

- Das Prinzip des Art. 680 Abs. 1 ZGB gilt (nur) für die *unmittelbaren* gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen.
- Bei den *mittelbaren* gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen gilt nur der Anspruch kraft Gesetzes; für das Zustandekommen der Beschränkung ist hingegen eine Grundbucheintragung erforderlich. Bsp.: Notwegrecht.

Gemäss Art. 680 Abs. 2 ZGB bedarf es für eine *Aufhebung oder Abänderung einer gesetzlichen Eigentumsbeschränkung* durch Rechtsgeschäft der öffentlichen Beurkundung und der Eintragung in das Grundbuch. Dies gilt allerdings so nur für Dienstbarkeiten, die *unmittelbare gesetzliche Nutzungsbeschränkungen* abändern oder aufheben.

Art. 680 Abs. 3 ZGB.

### Gesetzliche Verfügungsbeschränkungen

Wie bereits erwähnt, begrenzen Verfügungsbeschränkungen die Möglichkeit des Eigentümers, über sein Grundstück zu verfügen, das heisst es zu veräussern oder mit bestimmten beschränkten dinglichen Rechten zu belasten.

#### Übersicht

Siehe S/H, Nr. 933 f.

#### Die gesetzlichen Vorkaufsrechte insbesondere (Art. 681 ff. ZGB)

Das *Vorkaufsrecht* ist ein *Gestaltungsrecht*. Es befähigt den Berechtigten, bei Eintritt des Vorkaufsfalls durch einseitige Willenserklärung die Übertragung des Eigentums an einer Sache zu verlangen (Gestaltungsrecht). Der Eigentümer darf zwar verkaufen, aber nicht an einen beliebigen Vertragspartner.



Zu den gesetzlichen Vorkaufsrechten stellt das Gesetz in den *Art. 681-681b ZGB* einige *allgemeine Regeln* auf:

- Zum *Bestand* und zur *Übertragbarkeit* der gesetzlichen Vorkaufsrechten ist Folgendes zu beachten:
  - Gemäss Art. 681 Abs. 2 ZGB entfällt das Vorkaufsrecht, wenn es sich beim Erwerber um eine Person handelt, die ein Vorkaufsrecht im gleichen oder in einem vorderen Rang hat.
  - Gesetzliche Vorkaufsrechte können weder vererbt noch abgetreten werden; sie gegen den vertraglichen Vorkaufsrechten vor (Art. 681 Abs. 3 ZGB).
- Für den *Vorkaufsfall* und die *Ausübung* der gesetzlichen Vorkaufsrechte gilt Folgendes:
  - Nach Art. 681 Abs. 1 ZGB können gesetzliche Vorkaufsrechte auch bei der Zwangsversteigerung ausgeübt werden, aber nur an der Steigerung selbst und zu den Bedingungen, zu denen das Grundstück dem Ersteigerer zugeschlagen wird.
  - Den Verkäufer eines Grundstücks, das mit einem gesetzlichen Vorkaufsrecht belastet ist, trifft beim Eintritt des Vorkaufsfalls eine Orientierungspflicht (Art. 681a Abs. 1 ZGB).
  - Der Berechtigte kann nach Eintritt des Vorkaufsfalls – innert der vorgeschriebenen Frist – sein Recht "gegenüber jedem Eigentümer des Grundstücks geltend machen" (Art. 681a Abs. 3 ZGB). Das gesetzliche Vorkaufsrecht wirkt mit anderen Worten gegenüber jedermann.
  - Das Vorkaufsrecht muss allerdings innerhalb der gesetzlichen Verwirkungsfrist ausgeübt werden (Art. 681a Abs. 2 ZGB).
  - Hat der Berechtigte sein Vorkaufsrecht fristgerecht ausgeübt, so besteht im Ergebnis die gleiche Rechtslage, wie wenn er mit dem Vorkaufsbelasteten einen Kaufvertrag abgeschlossen hätte.
- *Weitere Einzelfragen* sind in *Art. 681b und 682a ZGB* geregelt.

## Gesetzliche *Nutzungsbeschränkungen*

### *Das Nachbarrecht*

Das Nachbarrecht bezeichnet einen Komplex von Bestimmungen, welche die Freiheit des Grundeigentümers zu Gunsten seiner Nachbarn beschränken. Art. 684-698 und 706-710 ZGB.

- *Die beiden Grundnormen*
  - *Die materielle Grundlage: Art. 684 ZGB*

Art. 684 ZGB regelt unter dem Randtitel "Art der Bewirtschaftung" allgemein die Grenzen der Eigentumsausübung, indem er den Grundeigentümer verpflichtet, "sich aller übermässigen Einwirkungen auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten" (Abs. 1). Die Bestimmung enthält mithin den *Schutz der Nachbarn vor (übermässigen) Immissionen*. Im Einzelnen:

    - *Nachbarn* im Sinn dieser Bestimmung sind jedenfalls die Eigentümer der angrenzenden Grundstücken, aber auch die räumliche Betroffenheit einer Person reicht aus.
    - Mit *Immissionen* sind die indirekten Wirkungen gemeint, welche die Ausübung des Eigentums auf ein Nachbargrundstück haben kann. Nach der Rechtsprechung fallen darunter:
      - einerseits die "*positiven*" *Immissionen*, etwa Lärm, Rauch, Staub und ideelle Immissionen (Ekel, Angst);
      - andererseits die "*negativen*" *Immissionen*, etwa der Entzug von Sonne, Licht oder Aussicht.
    - Verpönt ist nicht jede Einwirkung, sondern nur (aber immerhin) *das Übermässige*. Siehe Art. 684 Abs. 2 ZGB. Ob die Einwirkung übermässig ist, entscheidet das Gericht nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB). Ein Verschulden auf Seiten des Störers ist *nicht* erforderlich. E contrario folgt aus der Regelung, dass der Nachbar (in privatrechtlicher Hinsicht) alle Einwirkungen, die *nicht übermässig* sind, *zu dulden* hat.
    - Vorbehalten bleiben die Normen des öffentlichen Rechts.
  - *Die Rechtsbehelfe: Art. 679 ZGB*

Die Bestimmung von Art. 684 ZGB wird durch die Norm von Art. 679 ZGB ergänzt. Diese befasst sich mit den konkreten *Rechtsbehelfen der (geschädigten oder bedrohten) Nachbarn*:

    - Art. 679 ZGB setzt im Tatbestand voraus, dass "jemand dadurch, dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet, geschädigt oder mit Schaden bedroht" wird.
    - Eine Überschreitung des Eigentumsrechts liegt vor, wenn auf Grund menschlichen Verhaltens durch die Nutzung des Grundstücks die das Eigentum beschränkenden Normen des

Nachbarrechts verletzt werden. Das trifft namentlich auf Eigentümer zu, die Art. 684 ZGB zuwiderhandeln, also übermässige Immissionen verursachen.

- Art. 679 ZGB gibt nicht "jemand[em]" Recht, sondern *nur* dem Nachbarn. Dieser Nachbar wird durch die Überschreitung *geschädigt* oder *mit Schaden bedroht*.
- Zwischen der Überschreitung und dem Schaden besteht ein (natürlicher und adäquater) Kausalzusammenhang.
- Als Rechtsfolge räumt die Bestimmung dem Geschädigten mehrere Behelfe ein: Eine Klage auf Beseitigung der Schädigung, auf Schutz gegen drohenden Schaden und eine auf Schadenersatz.
- Einzelfragen:
  - Passivlegitimiert ist nicht nur der Grundeigentümer, sondern auch jener, welcher ein beschränktes dingliches Recht oder ein obligatorisches Recht an der Immissionsquelle hat.
  - Störung des Nachbargrundstücks durch Bauarbeiten werden vom BGer in Korrektur zum Wortlaut von Art. 684 ZGB nicht als widerrechtlich angesehen. Trotzdem werden u.U. Entschädigungen zugesprochen.
- Siehe auch Art. 685, 687 und 694 ZGB.

### Die Notrechte

*Der Notweg insbesondere (Art. 694 ZGB)*

Der Notweg ist in der Praxis das relevanteste Notrecht. *Art. 694 Abs. 1 ZGB* setzt im *Tatbestand* voraus, dass ein Grundeigentümer keinen genügenden Weg auf eine öffentliche Strasse hat (Wegnot). Im Einzelnen:

- Ein Weg ist dann nicht genügend, wenn die bestimmungsgemässe Nutzung des Grundstücks einen Zugang zu einer öffentlichen Strasse erfordert und dieser Zugang entweder ganz fehlt oder aber nicht den gegenwärtigen Bedürfnissen entspricht.
- "Öffentlich" ist eine Strasse, wenn sie von jedermann in einem den Bedürfnissen des wegbedürftigen Grundstücks entsprechenden Umfang benutzt werden kann.

Als *Rechtsfolge* räumt die Bestimmung dem Grundeigentümer gegenüber den Nachbarn einen *Anspruch* auf Einräumung eines Notweges gegen volle Entschädigung ein. Im Einzelnen:

- Das Notwegerecht entsteht erst mit der *Geltendmachung* des Anspruchs und der anschliessenden *Eintragung ins Grundbuch*.
- Kommen *mehrere* Grundstücke in Frage gibt Art. 694 Abs. 2 ZGB die Antwort.
- Es ist jeweils auf *beidseitige Interessen* Rücksicht zu nehmen (Abs. 3).

### III. Gewillkürte Eigentumsbeschränkung

Gewillkürte Eigentumsbeschränkungen können – wie die gesetzlichen – entweder die Verfügung über das Grundeigentum oder dessen Nutzung beeinträchtigen:

- Verfügungsbeschränkungen
- Nutzungsbeschränkungen

#### Vorkaufsrecht

Durch das (rechtsgeschäftliche) Vorkaufsrecht räumt der Eigentümer einer anderen Person das (*Gestaltungs-*)*Recht* ein, bei Eintritt des *Vorkaufsfalls* durch *einseitige Willenserklärung* (Gestaltungserklärung) die Übertragung des Grundstücks zu Eigentums zu beanspruchen. Damit wird also jene Rechtslage herbeigeführt, die bestände, wenn die betreffenden Parteien einen Kaufvertrag über das Grundstück abgeschlossen hätten. Generell ist das vertragliche Vorkaufsrecht vorwiegend in *Art. 216-216e OR* geregelt.

#### Kaufs- und Rückkaufsrecht

Die Behandlung des Kaufrechts und des Rückkaufsrechts gehören ebenfalls ins *Obligationenrecht*:

Das *Kaufrecht* ist das Recht, durch einseitige Willenserklärung (Ausübung eines Gestaltungsrechts) einen Kaufvertrag perfekt zu machen.

Durch das *Rückkaufsrecht* erhält der Veräusserer des Grundstücks die Befugnis, unter gewissen festgesetzten Bedingungen durch einseitige Erklärung die entgeltliche Rückübertragung vom Erwerber zu verlangen.

## § 19 Das Stockwerkeigentum

### I. Allgemeines

Das Stockwerkeigentum war ursprünglich gar nicht vorgesehen im ZGB, da man im kantonalen Stockwerkeigentumsrecht viele Probleme feststellte.

Beim Stockwerkeigentum handelt es sich um *besonders ausgestaltetes Miteigentum*; im Gegensatz zum gewöhnlichen Miteigentum ist jedoch beim Stockwerkeigentum mit dem Miteigentumsanteil ein *Sonderrecht* zur ausschliesslichen Nutzung und baulichen Ausgestaltung bestimmter Gebäudeteile verbunden (Art. 712a Abs. 1 ZGB).

Vom Sonderrecht zu unterscheiden sind die *gemeinschaftlichen Teile*, das heisst jene Teile, die nicht zu Sonderrecht ausgeschieden sind. Diese stehen grundsätzlich sämtlichen Stockwerkeigentümern zur Verfügung.

In der Praxis: *erst das Reglement konsultieren*, erst dann die Art. 712a-t ZGB!

### II. Der Inhalt des Stockwerkeigentums (Art. 712a ZGB)

Jeder Stockwerkeigentümer hat Miteigentum am gesamten Grundstück. Er verfügt über eine *bestimmte Wertquote* (Art. 712e Abs. 1 ZGB).

Der Stockwerkeigentumsanteil wird im Rechtsverkehr als eigenes Grundstück behandelt (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 und Art. 943 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB).

Art. 712a Abs. 2 ZGB.

Die Grundsätze von Art. 684 ZGB (Nachbarrecht) sind auch zwischen den Stockwerkeigentumsanteilen zu beachten.

### III. Der Gegenstand des Sonderrechts (Art. 712b ZGB)

Einzelne Stockwerke oder Teile davon können Gegenstand des Sonderrechts sein, sofern sie als Wohnung oder als Einheiten von Räumen *mit eigenem Zugang in sich abgeschlossen* sind (Abs. 1).

Gewisse Bauteile und Anlagen stellen zwingend gemeinschaftliche Teile dar, namentlich der Boden der Liegenschaft (Abs. 2). Das Reglement kann jedoch Abweichendes vorsehen.

### IV. Begründung und Untergang des Stockwerkeigentums

#### Begründung (Art. 712d ZGB)

Nach Art. 712d Abs. 1 ZGB entsteht das Stockwerkeigentum durch die *Eintragung in das Grundbuch*. Es muss dabei ein *Rechtsgrund* vorliegen. Dazu in Frage kommt Art. 712d Abs. 2 Ziff. 1 und 2 ZGB. Es bedarf den *Willen*, Stockwerkeigentum zu begründen; die *Abgrenzung* der einzelnen Einheiten; und die *Wertquote*.

#### Der Untergang (Art. 712f ZGB)

Im Gegensatz zum gewöhnlichen Miteigentum (Art. 650 ZGB) ist Stockwerkeigentum auf Dauer angelegt. Seine Auflösung wird daher vom Gesetz erschwert. Art. 712f Abs. 1 ZGB sieht Untergang vor:

- mit dem Untergang der Liegenschaft;
- mit dem Untergang des Baurechts;
- mit der Löschung im Grundbuch.

Zur Löschung im Allgemeinen (Art. 712f Abs. 2 ZGB): Dies kann geschehen einerseits auf Grund einer *Aufhebungsvereinbarung* im Willen aller Stockwerkeigentümer, andererseits im Fall, das ein Stockwerkeigentümer alle Anteile in seiner Hand vereinigt (*Aufhebungserklärung*).

## V. Die Verfügung über den Stockwerkeigentumsanteil (Art. 712c ZGB)

Der einzelne Berechtigte kann Grundsätzlich verfügen *wie ein Alleineigentümer* (Veräusserung, Verpfändung, Pfändung durch die Gläubiger).

Ein wichtiger Unterschied zum gewöhnlichen Miteigentum besteht darin, dass der Stockwerkeigentümer nach Art. 712c Abs. 1 ZGB von Gesetzes wegen *kein Vorkaufsrecht* gegenüber einem Dritten besitzt. Art. 712c ZGB lässt aber gewisse Vereinbarungen zu.

## VI. Die gemeinsame Verwaltung und Benutzung

Nach Art. 712a Abs. 2 ZGB ist der einzelne Stockwerkeigentümer bei der Verwaltung und Benutzung *seiner eigenen Räume* frei. Anders liegt der Fall, wenn es um die Verwaltung und Benutzung *des ganzen Grundstücks* geht.

### Die anwendbaren Bestimmungen (Art. 712g ZGB)

Verweisungsnorm auf Art. 647-647e ZGB. Von den nicht zwingenden Normen kann dabei im Begründungsakt *abgewichen* werden.

Von grosser praktischer Bedeutung ist das in Art. 712g Abs. 3 ZGB vorgesehene *Reglement über die Verwaltung und Benutzung*. Es entspricht der Nutzungs- und Verwaltungsordnung beim gewöhnlichen Miteigentum (vgl. Art. 647 ZGB).

### Die gemeinschaftlichen Kosten und Lasten (Art. 712h ff. ZGB)

Art. 712h ZGB bestimmt in Abs. 1, dass die Stockwerkeigentümer die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der gemeinschaftlichen Verwaltung nach Massgabe ihrer Wertquoten zu übernehmen haben. Dieser Kostenschlüssel ist dispositiv.

Abs. 3 besagt, dass bei Kosten, welche nicht für alle denselben Nutzen haben (z.B. Lift für EG-Stockwerkeigentümer), dies bei der Verteilung zu beachten ist.

Art. 712i ZGB räumt einen *Anspruch auf Errichtung eines Pfandrechts* ein. Es handelt sich dabei um eine mittelbares gesetzliches Pfandrecht, das erst mit der Eintragung ins Grundbuch entsteht.

### Die Stockwerkeigentümerschaft (Art. 712l ZGB)

Die Stockwerkeigentümer bilden in ihrer Gesamtheit die Stockwerkeigentümerschaft. Es handelt sich nicht um eine juristische Person; es fehlt ihr die Rechtsfähigkeit.

Art. 712l ZGB räumt jedoch eine *beschränkte Vermögens- und Handlungsfähigkeit* – samt entsprechenden Prozess- und Betreibungsfähigkeit – ein.

## VII. Die Organisation

### Die Versammlung der Stockwerkeigentümer (Art. 712m ff. ZGB)

Die Versammlung ist das *oberste "Organ" der Gemeinschaft*. Sie dient hauptsächlich der Willensbildung.

Aus Art. 712m Abs. 2 ZGB ergibt sich, dass die *Beschlüsse* der Versammlung *angefochten* werden können.

### Der Verwalter (Art. 712q ff. ZGB)

Der Verwalter ist gewissermassen die "Exekutive"; ihm kommt faktisch eine sehr grosse Bedeutung zu. Er führt nach Art. 712s ZGB die Beschlüsse der Stockwerkeigentümerversammlung aus.

Der Verwalter wird von der Versammlung der Stockwerkeigentümer bestellt und beaufsichtigt (Art. 712m Abs. 1 und 2 ZGB).

Es kann sich um eine natürliche oder juristische Person handeln.

## 3. Abschnitt: Das Fahrniseigentum (Art. 713-729 ZGB)

Für den *Inhalt* und die *Beschränkungen* des Fahrniseigentums muss auf die allgemeine Regel von Art. 641 ZGB zurückgegriffen werden, da das Gesetz – anders als beim Grundeigentum – keine besonde-

ren Bestimmungen aufstellt. Auf das *gemeinschaftliche Eigentum* an Fahrnissachen sind die Art. 646-654 ZGB anwendbar, soweit sie sich nicht ausschliesslich auf Grundstücke beziehen.

## § 20 Der Gegenstand des Fahrniseigentums [Art. 713 ZGB]

### I. Die beweglichen körperlichen Sachen

Bewegliche körperliche Sachen ("Mobilien") sind solche, *die sich ohne wesentliche Substanzveränderungen von einem Ort an einen anderen transportieren lassen*. Bsp.: Auto, Wein in einem Fass, komprimierte Luft.

Das Gesetz umschreibt Fahrnis teilweise *e contrario aus dem Grundeigentum* ("nicht zu den Grundstücken gehören"). Bewegliche Sachen sind auch die *Zugehör* (Art. 644 f. ZGB). Sie folgen jedoch – wenn keine Ausnahme gemacht wird – dem Schicksal der (beweglichen oder unbeweglichen) Hauptsache (Art. 644 Abs. 1 und Art. 805 Abs. 1 ZGB).

### II. Die Naturkräfte

Fahrniseigentum umfasst gemäss Art. 713 ZGB auch die *rechtlich beherrschbaren Naturkräfte*. Gedacht ist namentlich an Energien hydraulischer, chemischer oder nuklearer Natur.

Die Regeln des Fahrniseigentums sind auf Grund der Besonderheiten der Naturkräfte nur *analog* anwendbar.

### III. Sonderfälle

Bei *Wertpapieren*: An sich liegt zwar eine bewegliche Sache ("in Blatt Papier") vor. Der "Papierwert" selber ist jedoch gering. Es kommt vielmehr auf das im Papier verurkundete Recht an. Vorrang hat das Wertpapierrecht.

## § 21 Erwerb und Verlust des Fahrniseigentums

### I. Der Erwerb des Fahrniseigentums

#### Der derivative Eigentumserwerb

Beim derivativen Erwerb wird das Eigentum von einer Person auf eine andere übertragen. Der neue Eigentümer leitet daher sein Fahrniseigentum aus dem Eigentum des früheren Berechtigten ab ("tradition").

#### *Der Erwerb des Fahrniseigentums durch Besitzübertragung (oder Surrogate)*

Gemäss Art. 714 Abs. 1 ZGB bedarf es zur Übertragung des Fahrniseigentums "des Übergangs des Besitzes auf den Erwerber":

- Voraussetzung für den Eigentumserwerb ist zunächst ein *Rechtsgrund* (ausserhalb Wortlaut von Art. 714 ZGB). Regelmässig handelt es sich um ein (*Verpflichtungs-*)*Vertrag unter Lebenden* (Modellfall: *Kaufvertrag*). Dieser Vertrag muss *gültig* sein, also darf an keinem Mangel leiden. Dies folgt aus dem *Kausalitätsprinzip* von Art. 974 Abs. 2 ZGB, welcher gem. BGER auch für das Fahrniseigentum gilt.
- Sodann muss der Besitz an der Sache "*übergeben*" werden. Dies geschieht durch *Tradition* oder durch ein *Traditionssurrogat*. Statt der effektiven Besitzübertragung sind nämlich grundsätzlich auch die entsprechenden Übertragungssurrogate des Besitzrechts zulässig:
  - Übertragung der offenen Besitzlage ("longa manu traditio");
  - ("brevi manu traditio");
  - Besitzeinweisung;
  - "constitutum possessorium".

### Der Erwerb unter Eigentumsvorbehalt

- **Die wirtschaftliche Idee und die rechtlichen Grundlagen des Eigentumsvorbehalts**  
Wie oben dargelegt, geht beim Vorliegen eines Rechtsgrundes mit der Übertragung des Besitzes grundsätzlich auch das Eigentum an der Sache auf den Erwerber über. Erfolgt die Bezahlung vereinbarungsgemäss erst nach Übertragung des Kaufgegenstandes (*Kreditkauf*), so besteht für den Verkäufer im Fall des Konkurses des Käufers ein *Verlustrisiko*.  
Als Ausweg sieht Art. 715 f. ZGB das *Institut des Eigentumsvorbehalts* vor: Der Verkäufer behält sich bis zur Bezahlung des Kaufpreises das Eigentum an der verkauften Sache vor. *Der Verkäufer bleibt mit anderen Worten trotz der Besitzübertragung Eigentümer der verkauften Sache, bis der Kaufpreis vollständig bezahlt ist.*  
Durch dieses Rechtsinstitut wird nun zwar der *Verkäufer* geschützt. Doch können durch die Anerkennung des Eigentumsvorbehalts *Dritte* geschädigt werden, wenn sie den Käufer als Eigentümer einer Sache – z.B. eines Luxusautos – ansehen und ihn daher (zu Unrecht) für kreditwürdig halten. Wegen dieser Gefahr schreibt das Gesetz vor, dass der Eigentumsvorbehalt zu seiner Wirksamkeit in ein *Register* eingetragen werden muss.
- **Die Voraussetzungen für die Entstehung eines Eigentumsvorbehalts**
  - Ein entgeltlicher Veräusserungsvertrag f'über eine bewegliche Sache, regelmässig ein Kreditkauf;
  - Die Besitzübertragung (nebst Surrogaten);
  - **Die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts zwischen den Parteien;**  
Die Vereinbarung zwischen den Parteien – i.d.R. Verkäufer und Käufer – hat nach dem Gesagten zum Inhalt, dass das *Eigentum* an der verkauften (und übergebenen) Sache nicht mit der Aushändigung an den Käufer übergeht, sondern erst dann, *wenn der gesamte Kaufpreis bezahlt ist* (eigentliche *Suspensivbedingung*). Bedarf keiner besonderen Form. Nach bundesgerichtlicher Praxis muss der Eigentumsvorbehalt vereinbart sein, *bevor die Sache dem Käufer ausgehändigt wird.*
  - **Die Eintragung in das Register;**  
Ausfluss des *Publizitätsprinzips*. Erforderlich ist eine Eintragung in das Eigentumsvorbehaltsregister (Art. 713 Abs. 1 ZGB), wobei für die Eintragung keine Frist vorgesehen ist gem. ZGB. Zur *Wirkung* des Registereintrags:
    - Ohne Registereintrag hat der Eigentumsvorbehalt keine dingliche Wirkung, weder unter den Parteien noch Dritten gegenüber (Art. 715 Abs. 1 ZGB). Anders gesagt: Das Eigentum an der Kaufsache (bis zur Abzahlung) verbleibt nur dann beim Verkäufer, wenn der Vorbehalt im Register eingetragen ist (*Konstitutive Wirkung* der Eintragung).
    - Die Eintragung hat keine "heilende" Wirkung, wenn der Veräusserungsvertrag oder die Eigentumsvorbehalts-Vereinbarung mangelhaft ist.
    - Dem Registereintrag kommt kein öffentlicher Glaube zu.
    - Sodann wird die Kenntnis des Registereintrags nicht vermutet/fingiert.
- **Die Wirkung des Eigentumsvorbehalts**  
Der Eigentumsvorbehalt *hemmt* nach dem Gesagten zunächst einmal (vorläufig) *den Eigentumsübergang*, bewirkt also, dass das Eigentum trotz Besitzübertragung erst dann auf den Käufer übergeht, wenn der Restkaufpreis bezahlt worden ist.  
Der Eigentumsvorbehalt dient der Sicherung des Restkaufpreises und ist deshalb ein *Nebenrecht zur Kaufpreisforderung*.
- **Der Untergang des Eigentumsvorbehalts**  
Der Eigentumsvorbehalt kann aus folgenden Gründen untergehen:
  - Der Schuldner tilgt den Restkaufpreises, oder die Schuld erlischt aus einem anderen Grund;
  - Verzicht des Veräusserers auf sein Eigentum;
  - Vollständiger Untergang der Sache;
  - Erwerb des Eigentums durch einen Dritten;
  - Wohnsitzwechsel des Erwerbers;
  - Streichung des Vorbehalts im Rahmen einer Registerbereinigung.

### *Der Erwerb des Fahrniseigentums ohne Besitzesübergang*

#### **Der originäre Eigentumserwerb**

Grundsätzlich aus den Gesetzesartikeln ersichtlich....

*Aneignung (Okkupation) (Art. 718 f. ZGB)*

*Fund (Art. 720-724 ZGB)*

*Zuführung (Art. 725 ZGB)*

*Verarbeitung (Art. 726 ZGB)*

*Verbindung und Vermischung (Art. 727 ZGB)*

*Ersitzung (Art. 728 ZGB)*

#### *Sonderfälle*

- *Der Erwerb des Fahrniseigentums von einem Unberechtigten*  
Art. 714 Abs. 2 ZGB verweist für den Fall, dass der Veräußerer zu Eigentumsübertragung nicht befugt war, auf Art. 933 ff. ZGB.
- *Weitere Fälle*

## **II. Der Verlust des Fahrniseigentums**

Das Gesetz regelt den Verlust des Fahrniseigentums nur sehr summarisch in Art. 729 ZGB. Der Eigentümer verliert sein Eigentum:

- wenn er sein Recht aufgibt (Dereliktion; einseitige Aufgabe des Besitzes an einer Fahrnissache in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten);
- wenn ein anderer in der Folge das Eigentum erwirbt;
- vom Gesetz nicht genannt wird der Untergang der Sache, der das Eigentumsrecht des vormaligen Eigentümers ebenfalls erlöschen lässt.

*Merke:* Wer ein Fahrnis *verliert*, hat nur den Besitz verloren, nicht aber das Eigentum daran!

## **III. Internationale Vereinheitlichungstendenzen**

## 4. Kapitel: Die beschränkten dinglichen Rechte

### § 23 Die beschränkten dinglichen Rechte im Allgemeinen

#### I. Begriff und Arten

Das Gesetz kennt keine Definition der beschränkten dinglichen Rechte. Sie sind geregelt in Art. 730-915 ZGB und dem Eigentum gegenübergestellt.

##### Der Begriff

Fasst man die beschränkten dinglichen Rechte als Gegenbegriff zum Eigentum auf, so lassen sie sich umschreiben als (*dingliche*) Rechte, welche dem Berechtigten nicht ein umfassendes Herrschaftsrecht an einer Sache (wie beim Eigentum), sondern *nur eine begrenzte Zahl einzelner Herrschaftsbefugnisse gewähren*. Die beschränkten dinglichen Rechte vermitteln dem Berechtigten also lediglich die Herrschaft über die Sache in bestimmter (beschränkter) Hinsicht:

- Es geht einerseits um *dingliche* Rechte. Das bedeutet, dass sich die Rechte (grundsätzlich) auf *Sachen* beziehen. Dingliche Rechte gehören zu den *absoluten* Rechten: Sie sind jedermann gegenüber wirksam, also von jedermann zu respektieren.
- Andererseits sind diese dinglichen Rechte beschränkt: Im Gegensatz zum Eigentum vermitteln sie dem Berechtigten nur die Sachherrschaft in bestimmter Richtung, namentlich die Nutzung und den Gebrauch sowie (unter bestimmten Voraussetzungen) die Verwertung.

Dogmatisch kann man das Eigentum (das Vollrecht) als das stärkere bzw. umfassendere Recht ansehen. Praktisch hat jedoch *das beschränkte dingliche Recht* den Vorrang, denn es *beschneidet die Befugnisse des Eigentümers* – genauer: jene Befugnisse, die der Eigentümer ohne die Belastung der Sache hätte.

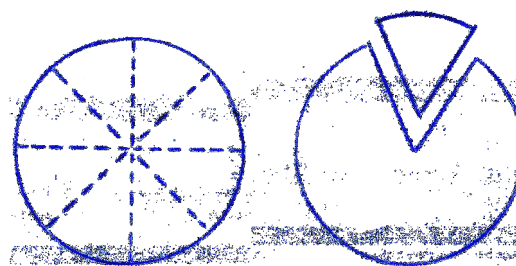
Wer Eigentümer ist, hat namentlich die Befugnisse und Behelfe aus Art. 641 Abs. 1 und 2 ZGB. Sein Abwehrrecht nach Art. 641 Abs. 2 ZGB beschränkt sich aber auf "ungerechtfertigte" Einwirkungen. Wer indessen ein beschränktes dingliches Recht an einer fremden Sache hat und dessen Schranken beachtet, handelt rechtmässig. Der Eigentümer muss demnach die entsprechende Rechtsausübung dulden.

Zur Terminologie: Da das Recht selbst und nicht die Dinglichkeit) beschränkt ist, handelt es sich um beschränkte dingliche Rechte.

Die beschränkten dinglichen Rechte genießen den verfassungsrechtlichen Schutz der *Eigentumsgarantie* nach Art. 26 BV.

Nach der Teilungstheorie ist der Eigentümer damit einverstanden, dass sein Nachbar das Auto auf seinem Grundstück parkiert.

Das Bedürfnis an beschränkten dinglichen Rechten besteht dann, wenn der Nachbar das Vollrecht (Eigentum am Nachbargrundstück) nicht erwerben will oder kann, jedoch doch Interesse daran hat. Es genügt ihm eine Einzelbefugnis (eben z.B. die Parckerlaubnis).



##### Die Arten

Für die beschränkten dinglichen Rechte gilt ein *Numerus clausus*. Innerhalb dieses geschlossenen Rahmens besteht aber immerhin eine sehr weit gehende Freiheit.

Das ZGB gliedert die beschränkten dinglichen Rechte wie folgt:

- Die *Dienstbarkeiten* (Art. 730-781 ZGB) vermitteln dem Berechtigten die Befugnis, die Sache zu gebrauchen und zu nutzen. Dienstbarkeiten bestehen hauptsächlich an Grundstücken, nur ausnahmsweise an Fahrnis. *Dienstbarkeiten als dingliche Rechte wirken 'erga omnes' und nicht nur gegenüber dem Vertragspartner wie bei den obligatorischen Nutzungsrechten!*
- Bei den *Pfandrechten* (Art. 793-915 ZGB) ist die Sache dem Berechtigten "verhaftet"; er hat ein Verwertungsrecht, um persönliche Ansprüche zu sichern. Es lassen sich je nach Pfandgegenstand Grundpfand und Fahrnispfand unterscheiden.



- Als *Sonderfall* zu nennen sind die *Grundlasten*. Bsp.: Pflicht zur Lieferung von Milch aus einem auf dem belasteten Grundstück geführten Landwirtschaftsbetrieb.

Siehe Schema, S/H, Nr. 1165.

## 1. Abschnitt: Die Dienstbarkeiten und Grundlasten

### [ § 24 Die Dienstbarkeiten im Allgemeinen

Dienstbarkeiten (Servituten) sind beschränkte dingliche Rechte an einer Sache, die dem Berechtigten die Befugnis vermitteln, die Sache *in bestimmter Hinsicht zu gebrauchen und zu nutzen*. Es handelt sich also um *Nutzungs- und Gebrauchsrechte*. Es ist eine Anwendung des Modells der Eigentumssplitter (siehe oben). Der Dienstbarkeitsvertrag ist nirgends geregelt im Gesetz. Es handelt sich also um einen Innominatkontrakt.

#### I. Verschiedene rechtliche Gestaltungen von Nutzungen an einer Sache

Für eine Sachnutzung sind neben der Einräumung eines beschränkten dinglichen Rechts (Dienstbarkeit) auch andere Gestaltungen denkbar. Einige von ihnen führen zu *Nutzungsrechten*, andere nur zu *Nutzungsmöglichkeiten*.

- *Prekaristische Gestattung*: Eine Person erlaubt einer anderen auf Zusehen hin und mit dem Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs, eine Sache zu benutzen. Es handelt sich um eine blossen Nutzungsmöglichkeit. Solange der Eigentümer die Nutzung jedoch zulässt, ist sie immerhin nicht widerrechtlich.
- *Obligatorisches (persönliches) Rechtsverhältnis*, namentlich Gebrauchsleihe oder Miete: Rechte und Pflichten der Vertragsparteien sind durch den Vertrag und durch die Bestimmungen des Obligationenrechts festgelegt. Der Entlehner oder Mieter genießt hier ein Nutzungsrecht, das sich allerdings – als obligatorisches Recht – einzig gegen den Vertragspartner richtet.
- *Vorgemerktes obligatorisches Verhältnis*: Gemäss Art. 959 Abs. 1 ZGB können – wenn im Gesetz vorgesehen – persönliche (obligatorische) Rechte im Grundbuch vorgemerkt werden. Das trifft namentlich auf Miete und Pacht zu. Die Vormerkung hat eine Verstärkung des obligatorischen Rechts zur Folge; sie wirkt "gegenüber jedem später erworbenen Rechte" (Art. 959 Abs. 2 ZGB). Das entstehende Rechtsverhältnis wird als *Realobligation* bezeichnet. Siehe Art. 261b Abs. 2 OR.
- *Beschränkte dingliche Berechtigung*: Die stärkste Rechtsstellung erhält der Sachenbenützer, dem ein beschränktes dingliches Nutzungsrecht eingeräumt wird. Hauptfall ist die Dienstbarkeit. Als (beschränktes) dingliches Recht gilt die Dienstbarkeit grundsätzlich auch dann weiter, wenn die Sache veräussert oder in eine Zwangsvollstreckung einbezogen wird.

#### II. Inhalt, Gegenstand und Arten der Dienstbarkeiten

##### Inhalt und Gegenstand

Zur Entstehung von Dienstbarkeiten bedarf es *stets zweierlei*: Ein Rechtsgrund (Verpflichtungsgeschäft) und ein Verfügungsgeschäft. Das Letztere als Ausfluss des Publizitätsprinzips, z.B. in der Form der Besitzesübertragung (Fahnis) oder des Grundbucheintrags (Grundstück). Das Verpflichtungsgeschäft kann entweder durch Vertrag begründet sein oder aber auch durch das Gesetz (z.B. Art. 694 ZGB; Notwegrecht)

*Typischer Inhalt* jeder Dienstbarkeit ist – aus Sicht des Belasteten – *ein Dulden oder Unterlassen*. Die Verpflichtung zu einem positiven Tun kann nicht Hauptinhalt einer Dienstbarkeit bilden. Im Übrigen können Dienstbarkeiten sehr verschiedene Inhalte haben. Lehre und Rechtsprechung nehmen folgende Zweiteilung vor:

- Eine *affirmative* (auch: *positive*) *Dienstbarkeit* liegt vor, wenn der Belastete sich bestimmte Eingriffe des Berechtigten *gefallen lassen muss*. Bsp.: Der Wegberechtigte betritt das Grundstück.
- Mit einer *negativen Dienstbarkeit* hat man zu tun, wenn der Belastete die Ausübung seines Eigentumsrechts in gewisser Hinsicht *zu unterlassen hat*. Der Berechtigte darf also etwas verbieten. Bsp.: Dass auf dem belasteten Grundstück keine Bäckerei oder Konditorei betrieben werden darf.

Im Bezug auf den *Gegenstand* einer Dienstbarkeit ist Folgendes zu beachten: Die *Nutzniessung* kann als einzige Dienstbarkeit *sowohl Grundstücke als auch Fahrnis* belasten. *Sämtliche anderen Dienstbarkeiten (und sämtliche Grundlasten) betreffen immer nur Grundstücke*, nicht auch Fahrnis.

### Arten

Die *grundlegenden gesetzlich Unterteilung* der Dienstbarkeiten beruht auf dem Kriterium, ob neben dem belasteten Grundstück ein sogenanntes *herrschendes Grundstück* besteht oder nicht:

- Bei den *Grunddienstbarkeiten* (Prädialservituten, Art. 730-744 ZGB) *existiert ein solches herrschendes Grundstück*. Siehe Art. 730 Abs. 1 ZGB. Die Grunddienstbarkeit besteht zu Gunsten eines anderen Grundstücks, bzw. von dessen *jeweiligen Eigentümer*.
- Bei den *Personaldienstbarkeiten* (Art. 745-781 ZGB) *fehlt ein herrschendes Grundstück*. Berechtig ist eine beliebige Person, die nicht Grundeigentümerin sein muss. Zu den Personaldienstbarkeiten gehören die Nutzniessung, das Wohnrecht, das Baurecht und andere. Es wird weiter unterschieden:
  - *Reguläre* (das heisst nicht übertragbare) *Personaldienstbarkeiten* sind die Nutzniessung sowie das Wohnrecht. Hier ist die Dienstbarkeit untrennbar mit der Person des berechtigten verknüpft.
  - *Irreguläre* (das heisst übertragbare) *Personaldienstbarkeiten* sind demgegenüber das Baurecht und das Quellenrecht. Sie sind grundsätzlich übertragbar und vererblich. Immerhin können die Parteien etwas anderes vereinbaren (vgl. Art. 779 Abs. 2 und Art. 780 Abs. 2 ZGB).

Siehe Schema, S/H, Nr. 1216.

### Das Fehlen eines "allgemeinen Teils" des Dienstbarkeitsrechts

## III. Die Legalservituten

Dienstbarkeiten beruhen im Normalfall auf *Vertrag*. In Ausnahmefällen kann aber jemand auf eine Einräumung einer Dienstbarkeit angewiesen sein, weil er sonst in eine Notlage geraten würde. Hier sieht das *Gesetz einen obligatorischen Anspruch auf Einräumung einer Dienstbarkeit* vor. Bsp.: Überbau-recht, Durchleitungsrecht, Notwegrecht, befristetes Wohnrecht des geschiedenen Ehegatten.

Eine Legalservitut stellt eine *gesetzliche Eigentumsbeschränkung* dar. Diese Beschränkung ist *mittelbar*, das heisst das Gesetz gibt dem Berechtigten lediglich einen Anspruch auf Einräumung; die Dienstbarkeit selber entsteht grundsätzlich erst mit der Eintragung in das Grundbuch.

- Der Anspruch richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer eines bestimmten (zu belastenden) Grundstücks.
- Kommt der Belastete seiner Pflicht zur Einräumung der Legalservitut nicht nach, so kann der Berechtigte an das Gericht gelangen, welches die gerichtliche Zusprechung der Dienstbarkeit (mit konstitutiver Wirkung) erwirkt.
- Legalservitute können *nur gegen Entschädigung* eingeräumt werden.
- Legalservitute dauern nur so lange wie ihre gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

## IV. Der rechtliche Schutz des Dienstbarkeitsberechtigten

Es kommen verschiedene Abwehrbehelfe in Betracht:

### Besitzerschutz

#### *Selbsthilfe*

Art. 737 Abs. 1 ZGB gibt dem Berechtigten die Befugnis, *alles zu tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit notwendig ist*. Er ist also unter Umständen auch zu *Selbsthilfehandlungen* befugt (Art. 926 ZGB), wobei diese nach der hier vertretenen Auffassung *nur in engem Rahmen* zulässig sind.

#### *Besitzeschutzklagen*

Der Berechtigte hat bei den *affirmativen Dienstbarkeiten* (also wenn er gewisse Nutzungsrechte ausüben darf) die tatsächliche Gewalt über die Sache (vgl. Art. 919 Abs. 1 ZGB). Es stehen ihm daher gegen verbotene Eigenmacht ohne weiteres *sämtliche Behelfe des Besitzschutzes* nach Art. 926-929

ZGB zur Verfügung, also (zusätzlich zur Selbsthilfe) auch die Besitzschutzklage. Bsp.: Vereitelung der Belasteten eines Wegrechts durch dessen Bebauung.

Bei den *negativen Dienstbarkeiten* (also wenn der Verpflichtete die Ausübung seines Eigentumsrechts in gewisser Hinsicht unterlassen muss) hat der Berechtigte hingegen keine tatsächliche Gewalt über die Sache. Das Gesetz setzt jedoch in Art. 919 Abs. 2 ZGB für die Grundstücksdienstbarkeit (und Grundlasten) die tatsächliche Ausübung des Rechts mit dem Sachbesitz gleich.

### Rechtsschutz

Im Recht der Dienstbarkeiten (und Grundlasten) ist eine Befugnis nach Art. 641 ZGB nicht ausdrücklich verankert; immerhin ist der Grunddienstbarkeitsberechtigte nach Art. 737 Abs. 1 ZGB befugt, "alles zu tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit nötig ist":

- Feststellungsklage zur Feststellung einer bestrittenen Dienstbarkeit.
- Eine der eigentumsrechtlichen Herausgabeklage nachgebildete Vindikationsklage bezüglich der Dienstbarkeit, wenn der Berechtigte an der Ausübung seines dinglichen Rechts völlig gehindert wird.
- Eine der eigentumsrechtlichen Negatorienklage nachgebildete Abwehrklage, die "actio confessoria" oder Dienstbarkeitsklage. ]

## § 25 Die Grunddienstbarkeiten

### I. Die Errichtung

Das Gesetz behandelt die Errichtung der Grunddienstbarkeiten in den *Art. 731-733 ZGB*. Wie beim Erwerb von Grundeigentum wird auch hier unterschieden zwischen dem Erwerbgrund (dem Titel, auf dem der Erwerb beruht) und dem Erwerbsakt (dem Vorgang, der die Dienstbarkeit als dingliches Recht entstehen lässt). Soweit nicht anderes bestimmt ist, gelten dafür gemäss Art. 731 Abs. 2 ZGB die *Bestimmungen über das Grundeigentum*.

#### Die Errichtung durch Eintragung in das Grundbuch

Art. 731 Abs. 1 ZGB verlangt für die Errichtung einer Grunddienstbarkeit die Eintragung in das Grundbuch (konstitutive Wirkung der Eintragung). Dieses absolute Eintragungsprinzip gilt – wie beim Erwerb von Grundeigentum – für jene Dienstbarkeiten, die durch Rechtsgeschäft begründet werden.

Die Eintragung setzt einen gültigen Rechtsgrund voraus. Hauptfall der Begründung einer Grunddienstbarkeit durch Rechtsgeschäft ist der "Vertrag über Errichtung einer Grunddienstbarkeit" (Art. 732 ZGB), also der *Dienstbarkeitsvertrag*. Es handelt sich um einen *Schuldvertrag*, welcher ("*nur*") der *schriftlichen Form* bedarf.

#### Die Entstehung ohne Eintragung in das Grundbuch

Wie das Grundeigentum können auch Grunddienstbarkeiten in Ausnahmefällen ohne Eintragung in das Grundbuch entstehen; die Eintragung hat dann rein deklaratorischen Charakter (relatives Eintragungsprinzip). Das Gesetz erwähnt lediglich die Ersitzung in Art. 731 Abs. 3 ZGB, gem. Abs. 2 sind aber auch etwa Aneignung, Enteignung, Urteil usw. denkbar.

Grunddienstbarkeiten können unter den gleichen Bedingungen wie das Grundeigentum ersessen werden (ordentliche oder ausserordentliche Ersitzung).

### II. Der Inhalt

#### Art. 730 Abs. 1 ZGB als Grundnorm

Siehe Art. 730 Abs. 1 ZGB! Im Einzelnen:

- Bei einer Grunddienstbarkeit sind immer zwei Grundstücke betroffen; auf der einen Seite das *dienende Grundstück*, auf der anderen Seite das *herrschende Grundstück*.
- Das dienende Grundstück wird zum Vorteil des herrschenden Grundstücks belastet, und zwar in der Weise, dass sein Eigentümer entweder bestimmte Eingriffe des Eigentümers des anderen

Grundstücks dulden muss (*affirmative Grunddienstbarkeit*) oder zu dessen Gunsten in gewisser Hinsicht sein Eigentumsrecht nicht ausüben darf (*negative Grunddienstbarkeit*). Also *kein Tun*.

- Da nur Personen Rechte und Pflichten haben können, liegt die *Berechtigung beim jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks*.

### Der zulässige Inhalt

#### *Der Grundsatz: freie Gestaltung*

Als Grundsatz gilt, dass die Parteien den Inhalt einer Grunddienstbarkeit frei festlegen können. Der bereits erwähnte Numerus clausus bezieht sich lediglich auf die zulässigen Arten von beschränkten dinglichen Rechten.

#### *Die Schranken*

Einerseits die allgemeinen *Schranken der Inhaltsfreiheit* nach Art. 20 OR. Gewisse Schranken ergeben sich namentlich aus dem Grundsatz der *Typenfixierung* (siehe ev. S/H, Nr. 1262 f.).

Wie dargelegt, trifft den Eigentümer des belasteten Grundstücks nach Art. 730 Abs. 1 ZGB eine *Duldungs- oder eine Unterlassungspflicht*. Niemals ein Tun.

Der Berechtigte muss ein *vernünftiges Interesse* an der Dienstbarkeit haben.

Inhalt einer Grunddienstbarkeit kann nur ein *begrenzt* Nutzungsrecht sein. Der Eigentümer darf nach dem sog. *Grundsatz der Beschränktheit der Belastung* nicht von jeder Nutzung ausgeschlossen und auch sonst in seiner Dispositionsfreiheit nicht übermässig eingeschränkt sein.

Durch die Grunddienstbarkeit muss der Eigentümer des belasteten Grundstücks in der *Ausübung von Eigentumsbefugnissen* und nicht nur in der Betätigung seiner persönlichen Handlungsfreiheit (Verpflichtung Bier eine bestimmten Brauerei auszuschenken) eingeschränkt werden.

Eine Dienstbarkeit ist eine *auf Dauer* angelegte Belastung. Einmalige Benutzungshandlungen können daher grundsätzlich nicht Inhalt einer Dienstbarkeit sein.

#### *Beispiele von Grunddienstbarkeiten*

Siehe S/H, Nr. 1274.

### Die Feststellung des Inhalts

Der Inhalt einer Grunddienstbarkeit kann streitig sein (oder werden). Für diesen Fall stellt das Gesetz in den Art. 738 und 740 ZGB einige Regeln auf:

- Sind Rechte und Pflichten deutlich ersichtlich, bestimmt sich der Inhalt der Dienstbarkeit ausschliesslich nach dem Eintrag (Art. 738 Abs. 1 ZGB).
- Steht nur ein Stichwort (Bsp.: "Fusswegrecht" oder "Fusswegrecht gemäss Beleg"), sind nach Art. 738 Abs. 2 ZGB weitere Erkenntnismittel beizuziehen.

### Das Verbot der Mehrbelastung

Art. 739 ZGB sieht vor, dass dem Verpflichteten *keine Mehrbelastung* zugemutet werden darf. Die Mehrbelastung muss (*objektiv*) *erheblich* sein

## III. Die Ausübung der Grunddienstbarkeiten

Nach Art. 737 Abs. 1 ZGB darf der Berechtigte *alles* tun, was zur *Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit notwendig* ist.

Art. 737 Abs. 2 ZGB hält den Berechtigten allerdings dazu an, sein Recht möglichst *schonend* auszuüben (nicht rechtsmissbräuchlich).

Nach Art. 737 Abs. 3 ZGB darf der Belastete *die Ausübung der Dienstbarkeit nicht verhindern oder erschweren*. Mit anderen Worten: "Was der Berechtigte zu tun befugt ist, darf der Belastete nicht hindern".

## IV. Änderung und Untergang der Grunddienstbarkeiten

### Die Änderung der Grunddienstbarkeiten

Die Änderung einer Grunddienstbarkeit ist jederzeit zulässig; sie setzt immerhin grundsätzlich das Einverständnis beider Parteien, also einen Vertrag der Beteiligten (sowie gegebenenfalls eine Änderung des Grundbucheintrags) voraus. Das Gesetz sieht nun aber in den *Art. 742-744 ZGB* für bestimmte Fälle auch die Möglichkeit einer Änderung *ohne die Zustimmung der berechtigten Partei* vor. Im Einzelnen:

- *Verlegung, Art. 742 ZGB*: Wird für die Ausübung der Dienstbarkeit nur ein Teil des Grundstücks beansprucht, kann der Eigentümer des belasteten Grundstücks nach Art. 742 Abs. 1 ZGB die Verlegung der Dienstbarkeit verlangen.
- *Teilung, Art. 743 und 744 ZGB*: grundsätzlich besteht die Grunddienstbarkeit bei einer Teilung für alle Teile weiter.

### Der Untergang der Grunddienstbarkeiten

*Die Untergangsgründe nach Art. 734-736 ZGB*

- *Die Löschung des Grundbucheintrags*  
Nach Art. 734 Abs. 1 ZGB in initio geht eine Grunddienstbarkeit unter mit der *Löschung des Grundbucheintrags*. Dazu bedarf es gemäss Art. 964 Abs. 1 ZGB der schriftlichen Erklärung der aus dem Eintrag berechtigten Personen.
- *Der Untergang eines Grundstücks*  
Nach Art. 734 ZGB in fine erlischt eine Grunddienstbarkeit mit dem *vollständigen Untergang des belasteten oder des berechtigten Grundstücks*.
- *Die Vereinigung*  
Unter "Vereinigung" versteht Art. 735 ZGB den Fall, da der Berechtigte Eigentümer des belasteten Grundstücks oder umgekehrt wird.
- *Die Ablösung durch den Richter*  
Art. 736 ZGB sieht zwei Fälle der Ablösung einer Grunddienstbarkeit durch das Gericht vor:
  - Nach Art. 736 Abs. 1 ZGB kann der Belastete die Löschung verlangen, wenn die Dienstbarkeit für *das berechnete Grundstück alles Interesse verloren* hat. Bsp.: Wegrecht ist nicht mehr nötig, weil das Grundstück des Berechtigten durch eine öffentliche Strasse angeschlossen wird.
  - Gemäss Art. 736 Abs. 2 ZGB kann die Dienstbarkeit gegen Entschädigung ganz oder teilweise abgelöst werden, wenn ein Interesse des Berechtigten zwar noch besteht, aber im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung ist. Bsp.: Stück Wiese wird in Bauzone umgezont, aber es weiden (Weiderecht) noch ein paar Ziegen darauf, deren Wert weit unter jener des Baulandwerts liegt.

*Weitere Untergangsgründe*

Siehe ev. S/H, Nr. 1315.

## § 26 Die Personaldienstbarkeiten

### I. Allgemeines

#### Inhalt und Gegenstand

*Typischer Inhalt* einer Personaldienstbarkeit ist – wie bei den Grunddienstbarkeiten – ein *Dulden oder Unterlassen*.

Der in Art. 730 Abs. 2 ZGB für die Grunddienstbarkeiten ausgesprochene Grundsatz, wonach eine Dienstbarkeit nicht – jedenfalls nicht zur Hauptsache – in einer positiven Leistung bestehen kann, gilt auch für die Personaldienstbarkeiten.

Mit einer Personalservitut *belastet* ist regelmässig ein Grundstück. Nur eine einzige Art von Personaldienstbarkeit, nämlich die Nutzniessung, kann auch an Fahrnis bestellt werden (Art. 745 Abs. 1 ZGB).

*Berechtigt* durch die Personaldienstbarkeit ist stets *eine bestimmte Person*. Sie *muss* jedoch *nicht Eigentümerin eines bestimmten Grundstücks* sein.

### Arten [Numerus clausus]

- *Nutzniessung* (Art. 745-775 ZGB);
- *Wohnrecht* (Art. 776-778 ZGB);
- *Baurecht* (Art. 779-779I ZGB);
- *Quellenrecht* (Art. 780 ZGB);
- "*Andere*" *Dienstbarkeiten* (Art. 781 ZGB).

Mit dem Typenzwang (Numerus clausus) geht auch eine Typenfixierung einher. Die einzelnen Typen von Personaldienstbarkeiten werden nach ihrer *Übertragbarkeit* in zwei Kategorien eingeteilt:

- *Nicht übertragbare* (reguläre) *Personaldienstbarkeiten* sind die Nutzniessung und das Wohnrecht. Hier ist die Servitut untrennbar mit der Person des Berechtigten verknüpft.
- *Übertragbare* (irreguläre) *Personaldienstbarkeiten* sind – unter Vorbehalt anderer Vereinbarungen – das Baurecht und das Quellenrecht. Die Servitut ist also nicht untrennbar an die Person des Berechtigten gebunden, sondern grundsätzlich übertragbar und vererblich.

Schema siehe S/H, Nr. 1326.

### Zu den selbständigen und dauernden Rechten

Gewisse Personaldienstbarkeiten, namentlich das Baurecht und das Quellenrecht können als selbständige und dauernde Rechte vereinbart werden. Dafür müssen sie folgende Voraussetzungen erfüllen:

- *Selbständigkeit*: Wenn die Dienstbarkeit weder zu Gunsten eines herrschenden Grundstücks noch ausschliesslich zu Gunsten einer bestimmten Person errichtet wird. Grunddienstbarkeiten und unübertragbare Personaldienstbarkeiten (Nutzniessung, Wohnrecht) scheiden damit aus.
- *Dauerhaftigkeit*: Begründung auf wenigstens 30 Jahre.

Die selbständigen und dauernden Rechte sind zunächst einmal nichts anderes als beschränkte dingliche Rechte, die einer Person eine bestimmte Nutzung des belasteten Grundstücks erlauben. Sie können aber als Grundstücke in das Grundbuch aufgenommen werden (vgl. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2, Art. 799 Abs. 3, Art. 780 Abs. 3, Art. 943 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Im Einzelnen:

- Erforderlich sind:
  - die Eintragung einer entsprechenden Personaldienstbarkeit in das Grundbuch;
  - Ausgestaltung dieser Dienstbarkeit als selbständig und dauernd;
  - schriftliches Begehren der zurzeit aus der Dienstbarkeit berechtigten Person. Nicht erforderlich ist demgegenüber die Zustimmung des Eigentümers des belasteten Grundstücks oder der Pfandgläubiger und anderen Dienstbarkeitsberechtigten.
- Die Aufnahme als Grundstück *bewirkt*, dass das betreffende Recht grundsätzlich den Bestimmungen über das Grundeigentum unterliegt. Insbesondere kann es mit öffentlich beurkundetem Vertrag (Art. 216 Abs. 1 OR) verkauft oder mit Grundpfandrechten belastet werden. Immerhin bleibt es dabei, dass solche Rechte grundsätzlich Dienstbarkeiten sind und lediglich vom Gesetz in bestimmter Hinsicht wie Grundstücke behandelt werden.
- Schema siehe S/H, Nr. 1334.

## II. Die Nutzniessung

Die Nutzniessung ist in den Art. 745-775 ZGB relativ ausführlich geregelt.

### Begriff und Kennzeichen

Mit dem Inhalt der Nutzniessung befasst sich in allgemeiner Form Art. 745 Abs. 2 ZGB. Daraus ergibt sich folgende *Begriffsbestimmung*: Nutzniessung ist die Dienstbarkeit, welche einer bestimmten Person den *vollen Genuss* einer Sache oder eines Rechts (Besitz, Gebrauch und Nutzung) verleiht, jedoch *unter Wahrung der Substanz*. Im Einzelnen:

- Nutzniessung als Personaldienstbarkeit ist ein beschränktes dingliches Recht. Beteiligt sind als berechnigte Person der *Nutzniesser* und als "belastete" Person der Eigentümer.
- *Voller Genuss*, sofern nicht etwas anderes abgemacht ist.
- Das Recht auf Besitz, Gebrauch und Nutzung einer Sache nach Art. 755 Abs. 1 ZGB hat zur Folge, dass der Nutzniesser selbst über die Art der Bewirtschaftung und Verwaltung der Nutzniessungsob-

jekte entscheiden kann und die Sache selbst vermieten oder einen Dritten mit der Verwaltung beauftragen kann.

- Der Berechtigte ist nach Art. 764 Abs. 1 ZGB zur *Erhaltung des Gegenstandes* verpflichtet.

Gemäss Art. 745 Abs. 1 ZGB kann die Nutzniessung nicht nur Grundstücke, *sondern auch* bewegliche Sachen, Rechte oder ein Vermögen zum Gegenstand haben. Dies ist die Unterscheidung zu sämtlichen anderen Dienstbarkeiten, welche *nur* Grundstücke betreffen.

Die Nutzniessung ist eine *reguläre Dienstbarkeit*, das heisst sie ist *als solche* nicht übertragbar. Die *Ausübung* kann jedoch nach Art. 758 Abs. 1 ZGB übertragen werden. *Unvererblichkeit* nach Art. 749 Abs. 1 ZGB.

### Entstehung und Untergang

*Entstehung* ist in Art. 746 ZGB grundsätzlich unter Hinweis auf die Vorschriften über den Erwerb von Eigentum geregelt.

- Im Normalfall ist der *Erwerbsgrund* ein Rechtsgeschäft. Für den Erwerb sowie für die Eintragung verweist Art. 746 Abs. 2 ZGB bei beweglichen Sachen und bei Grundstücken auf die Bestimmungen über das Eigentum.
- Art. 746 Abs. 1 ZGB verlangt in Bezug auf den *Erwerbsakt* für bewegliche Sachen oder Forderungen die Übertragung auf den Berechtigten. Bei Grundstücken den Grundbucheintrag.

*Untergang* gemäss Art. 748 ZGB:

- Nach Art. 748 Abs. 1 ZGB erlischt die Nutzniessung unmittelbar mit dem vollständigen Untergang ihres Gegenstandes, bei Grundstücken ausserdem mit der Löschung des Eintrags.
- Art. 748 Abs. 2 ZGB bestimmt, dass andere Untergangsgründe, wie Zeitablauf, Verzicht oder Tod des Berechtigten, bei Grundstücken dem Eigentümer lediglich einen Anspruch auf Löschung des Eintrags geben.

Die Beendigung hat verschiedene *Folgen*: So muss der Berechtigte nach Art. 751 ZGB die Sache dem Eigentümer zurückgeben. Sofern er sich nicht exkulpieren kann, haftet er nach Art. 752 ZGB für den Minderwert, der durch nicht ordnungsgemässen Gebrauch eingetreten ist, sowie für den Untergang der Sache.

### Einzelfragen

Verschiedene Aufsichts- und Sicherstellungsbehelfe in den Art. 759 ff. ZGB.

Hauptanwendungsfall in der Praxis ist die Nutzniessung zu Gunsten des überlebenden Ehegatten.

## III. Das Wohnrecht

### Begriff und Kennzeichen

Art. 776-778 ZGB. Gemäss Art. 776 Abs. 1 ZGB ist das Wohnrecht die (*dingliche*) *Befugnis, in einem Gebäude oder in einem Teil eines solchen Wohnung zu nehmen*. Das Wohnrecht kommt der Nutzniessung relativ nahe (Art. 776 Abs. 3 ZGB). Unterschiede sind:

- Ein Wohnrecht kann nur *zu Lasten eines Grundstücks* (nicht zu Lasten beweglicher Sachen) eingeräumt werden.
- Das Wohnrecht vermittelt dem Berechtigten nur eine *beschränkte Nutzung*, nämlich nur die Befugnis zu *wohnen*. Dagegen verleiht die Nutzniessung dem Berechtigten grundsätzlich den vollen Genuss.
- Das Wohnrecht ist nach der zwingenden Vorschrift von Art. 776 Abs. 2 ZGB *strikt unübertragbar und unvererblich*; es stellt also eine reguläre Personaldienstbarkeit dar.

Inhalt und Umfang des Wohnrechts bemessen sich gemäss Art. 777 Abs. 1 ZGB im Allgemeinen nach den *persönlichen Bedürfnissen* des Berechtigten.

### Entstehung und Untergang

Es kommen die Vorschriften über die Nutzniessung zur Anwendung (Art. 776 Abs. 3 ZGB).

### Einzelfragen

Gemäss Art. 778 ZGB hat der Wohnberechtigte die Lasten des gewöhnlichen Unterhalts zu tragen. Im Fall eines blossen Mitbenützungsrechts fallen die Unterhaltskosten dem Eigentümer an (Abs. 2).

*Problem der Rechtsanwendung:*

- Art. 737 Abs. 3 ZGB.
- Miete und Wohnrecht unterscheiden sich hauptsächlich dadurch, dass Ersteres auf einem obligatorischen, Letzteres auf einem dinglichen Rechtsverhältnis beruht.

## IV. Das Baurecht

### Begriff und Arten

#### *Der Begriff*

Das Gesetz regelt das Baurecht vor allem in den Art. 674-676 ZGB und Art. 779-779I ZGB.

Nach Art. 779 Abs. 1 ZGB ist ein Baurecht die Dienstbarkeit, welche einer Person das dingliche Recht gibt, auf oder unter einer im fremden Eigentum stehenden Bodenfläche ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten.

Das (gültig zustande gekommene) Baurecht bewirkt nach Art. 675 Abs. 1 ZGB dass Bauwerkeigentümer und Bodeneigentümer nicht identisch sind: *Durchbrechung des Akzessionsprinzips* (Art. 667 und 671 ZGB). Der Bauberechtigte nimmt demnach eine Doppelstellung ein:

- Er ist einerseits Dienstbarkeitsberechtigter mit Bezug auf das Baugrundstück.
- Er ist andererseits Eigentümer des kraft des Baurechts errichteten Bauwerks.

#### *Die Arten*

Siehe S/H, Nr. 1371 ff.!

### Das Objekt der Belastung

Objekt, auf dem die Baurechtsdienstbarkeit lastet, ist stets ein Grundstück (Art. 779 Abs. 1 ZGB). Es kann auch nur Teile des Grundstücks betreffen, nicht aber Teile an Gebäuden (Art. 675 Abs. 2 ZGB).

"Grundstücke" und damit taugliche Belastungsobjekt ist auch ein (als Grundstück) in das Grundbuch aufgenommenes selbständiges und dauerndes Recht.

### Entstehung, Übertragung und Untergang

#### *Die Entstehung*

Auf die Entstehung eines Baurechts (verstanden als Personaldienstbarkeit) finden grundsätzlich die Regeln über die Entstehung von Grunddienstbarkeiten sinngemäss Anwendung.

Das Baurecht entsteht als dingliches Recht erst mit der *Eintragung in das Grundbuch* (Art. 731 Abs. 1 ZGB).

Der *Vertrag auf Errichtung eines Baurechts*, der als Rechtsgrund für die Grundbucheintragung dient, ist ein Innominatkontrakt.

#### *Die Übertragung*

Gemäss Art. 779 Abs. 2 ZGB ist das Baurecht, sofern es nicht anders vereinbart wird, übertragbar und vererblich. Es wird unterschieden, ob das Baurecht dabei als Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist oder nicht. Siehe S/H, Nr. 1386 ff.

#### *Der Untergang*

Auf den *Untergang* eines Baurechts sind ebenfalls die Regeln über die Grunddienstbarkeiten anwendbar (vgl. Art. 734 ff. ZGB).

An "*Folgen des Ablaufs der Dauer*" (Art. 779c ff. ZGB) sind zu nennen:

- Die bestehenden Bauwerke werden nach Art. 779c ZGB Bestandteile des belasteten Grundstücks (sog. *Heimfall*).
- Nach Art. 779d Abs. 1 ZGB hat der Grundeigentümer für die heimfallenden Bauwerke eine angemessene *Entschädigung* zu zahlen.



- Wird die Entschädigung nicht bezahlt oder sichergestellt: Art. 779d Abs. 2 ZGB.

### Der Baurechtszins

Der Bauberechtigte verspricht dem Grundeigentümer regelmässig als *Gegenleistung* für die Einräumung des Baurechts einen sogenannten Baurechtszins. Zu diesem Thema sind zahlreiche Fragen *streitig*.

Die Zinsschuld stellt sich nach der hier vertretenen Auffassung eine persönliche Schuld des Bauberechtigten dar: Sie verbleibt bei einer Übertragung des Baurechts beim ehemaligen Berechtigten.

### Einzelfragen

Das Gesetz regelt den Inhalt des Baurechts in Art. 779 ZGB nur sehr allgemein. Die Einzelheiten ergeben sich aus dem Baurechtsvertrag (Art. 779b ZGB).

Für den Fall, dass der Bauberechtigte sein dingliches Recht in *grober Weise* überschreitet oder vertragliche Verpflichtungen verletzt, sieht Art. 779f ZGB den sogenannten vorzeitigen Heimfall vor. Wobei eine angemessene Entschädigung ausgerichtet werden muss (Art. 779g Abs. 1 ZGB).

## V. Das Quellenrecht

### Begriff und Arten

Geregelt in Art. 704 Abs. 2 und Art. 780 ZGB. Gemäss Art. 780 Abs. 1 ZGB geht es um das dingliche Recht an einer Quelle auf fremdem Grundstück, das heisst also um die *Befugnis, auf fremdem Grund und Boden Wasser sich anzueignen und abzuleiten*. Darin eingeschlossen ist nach h.L. das Recht, das vorquellende Wasser ordnungsgemäss zu fassen (inkl. Errichtung der dazu erforderlichen Anlagen). Diese Tätigkeit muss der Grundstückeigentümer dulden. Der Quellberechtigte wird dabei nicht Eigentümer der Quelle, jedoch Eigentümer des abgeleiteten Wassers (Fahrniseigentum).

Ähnlich wie beim Baurecht sind verschiedene Arten von Quellenrechten denkbar:

- Einerseits als Grunddienstbarkeit und andererseits als Personaldienstbarkeit. Bei Letzterem kann es nach Art. 780 Abs. 3 ZGB als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden.

### Entstehung, Übertragung und Untergang

In Bezug auf die *Entstehung* des Quellenrechts kommen die Regeln über die Grunddienstbarkeiten (Art. 731 f. ZGB) zur Anwendung: Eintragung in das Grundbuch, wobei die schriftliche Form ausreicht und die Errichtung "ewiger" Quellenrechten zulässig ist.

Sofern es nicht anders vereinbart wurde, ist das Quellenrecht nach Art. 780 Abs. 2 ZGB als selbständiges Recht ausgestaltet, mithin *übertragbar und vererblich*. Zur *Übertragung*:

- Ist es nicht als Grundstück im Grundbuch aufgenommen, kommen die Regeln über die Abtretung von Forderungen (Art. 165 OR) analog zur Anwendung.
- Ist es im Grundbuch, bedarf es öffentlicher Beurkundung und der Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch.

Auch auf den *Untergang* eines Quellenrechts sind die Regeln über die Grunddienstbarkeiten sinngemäss anwendbar (vgl. Art. 734 ff. ZGB). Im Vordergrund steht der Untergang durch Löschung des Grundbucheintrags (Art. 734 ZGB).

## VI. Die "anderen" Dienstbarkeiten nach Art. 781 ZGB

### Der Begriff

Die sogenannten "anderen" Personaldienstbarkeiten im Sinn von Art. 781 ZGB nehmen eine Zwischenstellung zwischen den Grund- und den Personaldienstbarkeiten ein. Nach *Art. 781 Abs. 1 ZGB* lassen sich zu Gunsten einer beliebigen Person oder Gemeinschaft an Grundstücken bestellen, so oft diese *in bestimmter Hinsicht jemandem zu Gebrauch dienen können*.

Grundsätzlich kann jede Belastung, die als Grunddienstbarkeit möglich ist, auch als Dienstbarkeit im Sinn von Art. 781 ZGB begründet werden. Als Inhalt einer solchen Personaldienstbarkeit kommt also jede Gebrauchsmöglichkeit eines Grundstücks, jedes Duldenmüssen des Grundeigentümers in Betracht.

Der Unterschied zu den Grunddienstbarkeiten liegt in der Umschreibung des Berechtigten: Die "anderen" Dienstbarkeiten stehen nicht dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks, sondern regelmässig einer bestimmten Person zu; es handelt sich daher um Personaldienstbarkeiten. Bsp.: Recht eines Fussballvereins, im Herbst auf einer Wiese zu trainieren.

### Entstehung, Übertragung und Untergang

Art. 781 Abs. 3 ZGB legt fest, dass "im übrigen" die Bestimmungen über die Grunddienstbarkeiten Anwendung finden.

Die anderen Dienstbarkeiten sind gemäss Art. 781 Abs. 2 ZGB *grundsätzlich unübertragbar*; die Parteien können aber etwas anderes vereinbaren.

## § 27 Die Grundlasten

### I. Begriff und Inhalt

Das Gesetz regelt die Grundlasten in den Art. 782-792 ZGB. Nach Art. 782 Abs. 1 ZGB wird der jeweilige Eigentümer eines Grundstücks durch die Grundlast zu einer *Leistung an den Berechtigten verpflichtet, für die er ausschliesslich mit dem Grundstück haftet*. Die Grundlast umfasst also zwei Elemente: einerseits eine Leistungsverpflichtung einer Person und andererseits die Belastung dieses Grundstücks mit einer Haftung. Im Einzelnen:

- Es handelt sich um die *Verpflichtung zu einer Leistung* (positives Tun). Bsp.: Unterhalt einer Weide; Wasserlieferungspflicht der jeweiligen Eigentümerin eines Quellgrundstücks.
- *Schuldner* dieser Leistung ist der *jeweilige* Eigentümer des belasteten Grundstücks (Art. 792 Abs. 1 ZGB).
- Beim *Berechtigten* handelt es sich entweder um eine beliebige Person (*Personalgrundlast*) oder aber um den jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks (vgl. Art. 782 Abs. 2 ZGB, *prädiäre Grundlast oder Realgrundlast*).
- Die Verbindlichkeit ist besonderer Natur: Der Gläubiger der Grundlast hat *keine persönliche Forderung* gegen den Schuldner. Er hat nur (aber immerhin) ein *Recht auf Befriedigung aus dem Wert des belasteten Grundstücks* (Art. 791 Abs. 1 ZGB). Also grundsätzlich eine *blasse Sachhaftung*.

Art. 782 Abs. 3 ZGB schränkt den zulässigen Inhalt einer Grundlast ein:

- Leistungen, die sich aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstücks ergeben. Bsp.: Lieferung von Früchten.
- Leistungen, die für die wirtschaftlichen Bedürfnisse eines berechtigten Grundstücks bestimmt sind. Bsp.: Pflicht zum Unterhalt einer Mauer.

Die Grundlast nimmt auf Grund ihrer gesetzlichen Ausgestaltung eine *Zwischenstellung zwischen Dienstbarkeit und Pfandrecht* ein:

- Siehe *S/H, Nr. 1451 f.*! Die Grundlast ist mit anderen Worten als dingliches Recht ein *Wertrecht*, kein Nutzungsrecht.

### II. Entstehung und Untergang

Die Grundlast *entsteht* als dingliches Recht mit der Eintragung in das Grundbuch. Für den Erwerb gelten grundsätzlich die Regeln über das Grundeigentum (Art. 783 Abs. 3 ZGB).

*Untergang* gem. Art. 786 ff. ZGB. Löschung des Eintrags; vollständiger Untergang des belasteten Grundstücks; Aus Verzicht oder Ablösung besteht lediglich ein Anspruch auf Löschung (Art. 786 Abs. 2 ZGB).

*Ablösung* wird als Aufhebung der Grundlast gegen Erstattung des Wertes an den Berechtigten verstanden. Gem. Art. 787 ff. ZGB steht diese Möglichkeit dem Gläubiger und dem Schuldner zu.

### III. Einzelfragen

Art. 790 Abs. 1 ZGB besagt, dass die Grundlast selbst keiner *Verjährung* unterliegt. Hingegen verjähren die einzelnen Leistungen von dem Zeitpunkt an, in welchem sie zur persönlichen Schuld des Pflichtigen werden (Art. 790 Abs. 2 ZGB).

## 2. Abschnitt: Die Pfandrechte

### § 28 Einleitung und Übersicht

Es gibt grob gesagt zwei Arten von Sicherheiten. Einerseits die *Personensicherheiten* (z.B. Bürgschaft) oder die *Realsicherheiten* (Sicherheit an Dingen, Pfandrechte).

Ein Pfandrecht ist die Berechtigung am Wert einer Sache (*Wertrecht*). Die Funktion besteht in der Sicherung einer Forderung. Es ist eigentlich eine Art Reserve: solange alles rund läuft, merkt man vom Pfandrecht eigentlich nichts. Erst wenn demjenigen, dem ein Pfandrecht entgegengehalten wird insolvent wird, kann der Pfandgläubiger die Sache verwerten und sich aus dem Erlös für eine bestimmte Forderung bezahlt machen. Pfandrechte treten in Zusammenhang mit Kreditgeschäften auf.

Die Entstehung von Pfandrechten basiert einerseits auf einem Rechtsgrund *und* einem Verfügungsgeschäft. Der Rechtsgrund kann entweder aus *Gesetz* oder aus einem *Rechtsgeschäft* (z.B. Pfandvertrag (als Innominatkontrakt)) bestehen. Letzteres bedarf:

- zweier Vertragsparteien (Gläubiger und Pfandgeber, wobei dieser der Schuldner sein *kann*, aber nicht muss));
- eines Verpfändungswillens;
- eines Pfandobjekts; und
- der Festlegung der Höhe des Pfandbetrages.

Das Verfügungsgeschäft besteht in der *Übergabe* des Pfandgegenstandes (zwecks "sicherer" Erhaltung desselben).

Der Rechtsgrund aus Gesetz kennt zwei Arten von Pfandrechten:

- *unmittelbare* gesetzliche Pfandrechte. Sie entstehen bei Erfüllung der Voraussetzungen "automatisch". Bsp.: Gestützt auf *Art. 836 ZGB* kann das kantonale Recht für öffentliche Abgaben wie Abfallgebühren oder Grundstücksgewinnsteuern gesetzliche Pfandrechte vorsehen.
- *mittelbare* gesetzliche Pfandrechte. Durch das Gesetz wird *nur der Anspruch* begründet. Beim Bauhandwerkerpfandrecht muss der Handwerker das Pfand innert dreier Monate noch im Grundbuch eintragen lassen, ansonsten er den gesetzlichen Pfandanspruch verwirkt. Das Gesetz ersetzt also den Rechtsgrund, nicht aber den Grundbucheintrag.

Das Gesetz unterscheidet Grundpfand- und Fahrnispfandrechte. Pfandrechte sichern eine Forderung und lassen sich allgemein wie folgt charakterisieren:

- Pfandrechte sind *beschränkte dingliche Rechte*. Sie beziehen sich entweder auf eine unbewegliche oder auf eine bewegliche *Sache*.
- Pfandrechte sind *Sicherungsrechte* (Verwertungsrechte, auch Wertrechte genannt): Die Berechtigte hat die Befugnis, im *Fall der Nichtbezahlung einer Schuld die verpfändete Sache verwerten zu lassen und sich aus dem Erlös zu befriedigen* (Art. 816 Abs. 1 und Art. 891 Abs. 1 ZGB).

Das Gesetz enthält keine allgemeinen Bestimmungen, dennoch lassen sich folgende *allgemeinen Aussagen* über Pfandrechte machen:

- Zulässig sind nur jene Pfandrechtsarten, welche das Gesetz vorsieht (*Numerus clausus*).
- Der Grundsatz der Alterspriorität wird bei den Grundpfandrechten (teilweise) durch das System der festen Pfandstellen (Art. 813 ff. ZGB) durchbrochen.
- Pfandrechte können einen vertraglichen oder einen gesetzlichen Entstehungsgrund haben.
- Pfandrechte bestehen grundsätzlich an fremden Sachen.
- Grundpfandrechte weisen inhaltliche Bezugspunkte zu den Grundlasten auf, da auch dort der leistungspflichtige Eigentümer "mit dem Grundstücke haftet" (Art. 782 Abs. 1 ZGB).

Zur Zweiteilung siehe S/H, Nr. 1469 f. und *Schema* (S/H, Nr. 1471).

## 1. Unterabschnitt: Die Grundpfandrechte

### § 29 Allgemeines

#### I. Grundlagen: Begriff, Rechtsquellen und Aufgaben des Grundpfandrechts

##### Der Begriff des Grundpfandrechts

Das Grundpfandrecht ist jenes beschränkte dingliche Recht, welches seiner Inhaberin unter gewissen Voraussetzungen die Befugnis verleiht, das Grundstück, welches Gegenstand des Pfandrechts bildet, zu verwerten bzw. verwerten zu lassen, um sich aus dem Erlös die Bezahlung der sichergestellten Forderung zu erhalten:

- Das Pfandrecht dient der *Sicherung einer Forderung*. In den meisten Fällen handelt es sich um ein auf lange Zeit gewährtes Darlehen.
- Es ist ein Pfandrecht an einem *Grundstück* im Sinn von Art. 655 Abs. 2 ZGB zu begründen
- Dieses Verwertungsrecht aktualisiert sich gemäss Art. 816 Abs. 1 ZGB "im Falle der Nichtbefriedigung":
  - Dabei ist das Verwertungsrecht geradezu das "Wesensmerkmal" des Pfandrechts.
  - Das Verwertungsrecht richtet sich einzig auf den Verwertungserlös; die Gläubigerin muss also die Verwertung durchführen (lassen). Sie tut dies regelmässig durch Betreibung auf Pfandverwertung.
  - Die Pfandgläubigerinnen haben im Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den Schuldner in mehrfacher Hinsicht den Vorrang vor den übrigen Gläubigerinnen.

##### Die Rechtsquellen des Grundpfandrechts

Es spielen eine Mehrzahl von Rechtsquellen eine Rolle.

##### Die [zwei Haupt-] Aufgaben des Grundpfandrechts

- Im Vordergrund steht die Sicherungsfunktion: Eine Forderung soll durch ein (beschränktes dingliches) Verwertungsrecht gesichert werden.
- Hinzutreten kann jedoch der Gedanke der Mobilisierung des Bodenwertes. Er kann Dritten als Kapitalanlage zugänglich gemacht werden.

##### Die Gliederung des ZGB und die Darstellung des Stoffs

Siehe ev. S/H, Nr. 1485.

#### II. Der Numerus clausus der Grundpfandrechte: Grundpfandverschreibung, Schuldbrief und Gült (Übersicht)

Nach der Grundbestimmung von Art. 793 ZGB kann ein Grundpfandrecht nur als Grundpfandverschreibung, als Schuldbrief oder als Gült bestellt werden (Abs. 1). Es besteht insofern ein *Numerus clausus* (Abs. 2).

Zur Übersicht siehe S/H, Nr. 1491 ff. *Schema* in S/H, Nr. 1494.

#### III. Rechtsgeschäftliche und gesetzliche Grundpfandrechte

*Entstehungsart* (und Entstehungsgrund) der Grundpfandrechte:

- Gewöhnlich werden Grundpfandrechte durch *Rechtsgeschäft* begründet. Dies geschieht in der Regel durch Vertrag (Art. 799 Abs. 2 ZGB).
- Gewisse Grundpfandrechte (nämlich Grundpfandverschreibungen) können jedoch auch ohne Rechtsgeschäft entstehen, das heisst eine gesetzliche Grundlage haben. Zwei Konstellationen sind möglich:
  - Unmittelbar kraft Gesetz. Man spricht von einem *unmittelbaren gesetzlichen Grundpfandrecht*. Die Eintragung in das Grundbuch ist in diesem Fall für die Entstehung des Pfandrechts nicht erforderlich.

- Beim *mittelbaren gesetzlichen Grundpfandrecht* hat eine Person einen (obligatorischen) Anspruch auf Errichtung eines Grundpfandrechts. Es bedarf demnach zur Entstehung eine Grundbucheintragung.
- Aus dem Gesagten ergibt sich folgendes *Schema*: S/H, Nr. 1501.

#### IV. Allgemeines Bestimmungen (Art. 793-823 ZGB)

##### Anforderungen an die gesicherte Forderung und an das belastete Grundstück

###### *Die gesicherte Forderung*

Auf die Forderung, die durch das Grundpfandrecht gesichert werden soll, gehen die Art. 794 und 795 ZGB ein. Sie legen namentlich ein Bestimmtheitsgebot fest:

Das Pfandrecht kann nur für eine *bestimmte Forderung* errichtet werden; das Gesetz verlangt die Angabe eines bestimmten Forderungsbetrags.

- Wird ein bestimmter Schuldbetrag ausgegeben, so liegt eine sog. *Kapitalhypothek* vor.
- Steht ein genauer Forderungsbetrag nicht fest, haben sie Parteien einen Höchstbetrag anzugeben, bis zu dem das Grundstück für alle Ansprüche der Gläubiger haftet (Art. 794 Abs. 2 ZGB). Dann liegt eine sog. *Maximalhypothek* vor.

Die *Zinsen* können innerhalb der Schranken des Rechts festgelegt werden (Art. 795 Abs. 1 ZGB).

###### *Das belastete Grundstück*

Ein Grundpfandrecht kann nur auf einem Grundstück errichtet werden, welches in das Grundbuch aufgenommen ist (Art. 796 Abs. 1 ZGB).

- Der Grundstücksbegriff bestimmt sich nach Art. 655 Abs. 2 ZGB. Grundpfandrechte können mit anderen Worten nicht bloss auf Liegenschaften (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB) errichtet werden.
- An öffentlichen Grundstücken, die zum Verwaltungsvermögen des Staates gehören, kann kein Pfandrecht bestellt werden. Diese Rechtsprechung ist vor allem für Bauhandwerkerpfandrechte von Subunternehmern bei zahlungsunfähigen Generalunternehmer bedeutsam.

Das Grundstück, das verpfändet wird, ist bei der Errichtung des Grundpfandrechts *bestimmt anzugeben* (Art. 797 Abs. 1 ZGB).

Mit der *Verpfändung mehrerer Grundstücke* (zur Sicherung einer einzigen Forderung) befasst sich Art. 798 ZGB, der *zwei* Fälle unterscheidet:

- *Gesamtpfandrecht*, wo jedes der Grundstücke die Gesamtsumme der Forderung sichert.
- In allen anderen Fällen ist gemäss Art. 798 Abs. 2 ZGB jedes der Grundstücke mit einem bestimmten Teilbetrag zu belasten. Es erfolgt mithin eine *Aufteilung der Pfandhaft*.

Besonderheiten ergibt sich im Fall von Miteigentum (gewöhnlichem Miteigentum oder Stockwerkeigentum): Ist ein Grundstück in Miteigentumsanteile aufgeteilt, so kommen als Pfandobjekte einerseits das Grundstück selber (die Stammparzelle) und andererseits die einzelnen Anteile (genauer: jeder einzelne Anteil) in Betracht:

- Seinen *Anteil* kann jeder Eigentümer selbständig verpfänden (Art. 646 Abs. 3 und Art. 800 Abs. 1 ZGB).
- Bestehen Grundpfandrechte (oder Grundlasten) an Miteigentumsanteilen eines Grundstücks, so können die Miteigentümer gemäss Art. 648 Abs. 3 ZGB die *Stammparzelle* selber nicht mehr mit solchen Rechten belasten.

Vorbehalten bleiben *Sonderregeln*, beispielsweise im BGBB.

##### Entstehung und Untergang von Grundpfandrechten

###### *Die Entstehung*

- *Die Entstehung durch Eintragung in das Grundbuch*  
Ein Grundpfandrecht entsteht *grundsätzlich* erst mit der *Eintragung in das Grundbuch* (Art. 799 Abs. 1 ZGB).

Als *Rechtsgründe* kommen Rechtsgeschäft und Gesetz in Betracht:

- Als Rechtsgeschäft im Vordergrund steht ein *Vertrag* (Art. 799 Abs. 2 ZGB). Er ist ein Verpflichtungsgeschäft zwischen dem derzeitigen oder künftigen Grundeigentümer (Pfandbesteller; Ver-

pfänder) und der Gläubigerin der zu sichernden Forderung (Pfandnehmerin). Wesentlicher Inhalt ist die Verpflichtung des Eigentümers, zu Gunsten der Gläubigerin ein Grundpfandrecht zu errichten. Dieser Vertrag bedarf der *öffentlichen Beurkundung*. Die *Pfandforderung* muss im Pfandbestellungsvertrag grundsätzlich so angegeben werden, dass sie *bestimmt oder bestimmbar* ist.

- Als rechtsgeschäftlicher Rechtsgrund denkbar ist sodann eine *Verfügung von Todes wegen* (Vermächtnis).
- Eine *einseitige Erklärung* (in Schriftform) reicht als Rechtsgrund aus für die Errichtung von Eigentümer- sowie Inhaberschuldbriefen und -gülden.
- *Gesetz* (vgl. namentlich Art. 837, 712i, 779d, 779 i-k ZGB sowie Art. 523 OR).

Der Grundbuchverwalter trägt das Grundpfandrecht nur auf schriftliche Anmeldung in das Grundbuch ein (Art. 963 Abs. 1 ZGB).

Die Grundbucheintragung setzt voraus, dass der Anmeldende verfügungsberechtigt ist. Steht das Grundstück im Miteigentum, so kann jeder Eigentümer seinen Anteil selbständig verpfänden (Art. 646 Abs. 3 und 800 Abs. 1 ZGB); Bei Gesamteigentum kann nur insgesamt und im Namen aller Eigentümer verpfändet werden (Art. 653 Abs. 2 und 800 Abs. 2 ZGB).

- *Die Entstehung ohne Eintragung in das Grundbuch*

Die in Art. 799 Abs. 1 ZGB gegenüber dem Eintragungsprinzip vorbehaltene gesetzlichen Ausnahmen betreffen vor allem die Fälle eines *unmittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechts* (vor allem kantonale Grundpfandrechte kraft Art. 836 ZGB; ferner Art. 808 Abs. 3 und 810 Abs. 2 ZGB).

#### *Der Untergang*

Das Gesetz nennt in Art. 801 ZGB verschiedene Vorgänge, die zum Untergang des Pfandrechts führen.

Das Grundpfandrecht geht hauptsächlich unter durch die Löschung des Eintrags im Grundbuch (Art. 801 Abs. 1 ZGB):

- Die Löschung setzt eine schriftliche Erklärung "der aus dem Eintrage berechtigten Person" voraus (Art. 964 Abs. 1 ZGB).
- Grund für die grundbuchliche Löschung ist hauptsächlich der Untergang der gesicherten Forderung (Art. 114 Abs. 1 OR).
- Art. 826 ZGB besagt, dass der Eigentümer des belasteten Grundstücks von der Pfandgläubigerin verlangen kann, dass sie die Löschung des Eintrags bewilligt, wenn die Forderung *getilgt* ist.

Ohne Löschung des Eintrags im Grundbuch kann ein Grundpfandrecht untergehen:

- mit dem vollständigen Untergang des Grundstücks (Art. 801 Abs. 1 in fine ZGB).
- im Fall der Enteignung (Art. 801 Abs. 2 ZGB).
- mit Rechtskraft eines gerichtlichen Urteils.
- im Fall der Zwangsverwertung des belasteten Grundstücks.

In all diesen Fällen hat die Löschung des Grundpfandrechts im Grundbuch *bloss deklaratorische* Wirkung.

### **Die Wirkung des Grundpfandrechts**

#### *Die Hauptwirkungen: Pfandhaftung und Verwertungsrecht*

Die Hauptwirkungen des Grundpfandrechts liegt in der *Haftung* des Grundstücks zur Sicherung einer Forderung, mithin im *Verwertungsrecht* der Gläubigerin: Diese hat gemäss Art. 816 Abs. 1 ZGB "ein Recht darf, im Falle der Nichtbefriedigung sich aus dem Erlöse des Grundstücks bezahlt zu machen".  
Einzelfragen:

- *Das Verwertungsrecht im Allgemeinen*

Voraussetzung für die Aktualisierung des Grundpfandrechts ist die *Nichterfüllung der gesicherten* und fälligen *Forderung* durch den Schuldner. Dann – und erst dann – kann die Pfandgläubigerin die Verwertung verlangen. Hingegen ist der Schuldnerverzug (Art. 102 OR) nicht erforderlich.

Die Gläubigerin über dieses Verwertungsrecht grundsätzlich durch Einleitung (und Fortsetzung) der Betreuung auf Pfandverwertung aus.

- Zulässig ist die Abrede, dass die Gläubigerin selber das verpfändete Grundstück privat – also ausserhalb des staatlichen Zwangsvollstreckungsverfahrens – verwertet. (Unter Herausgabe des Überschusses).

- Unzulässig ist demgegenüber nach Art. 816 Abs. 2 ZGB die "Abrede, wonach das Grundpfand dem Gläubiger, wenn er nicht befriedigt wird, als Eigentum zufällt".

Die pfandgesicherten Gläubigerinnen geniessen im Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den Schuldner in mehrfacher Hinsicht den Vorrang vor den übrigen Gläubigerinnen.

- *Der Umfang der Pfandhaft*

*Haftungssubstrat* ist gemäss Art. 805 f. ZGB:

- das zu verpfändende *Grundstück* mit allen seinen *Bestandteilen* (Art. 805 Abs. 1 ZGB; Art. 667 Abs. 2 ZGB).
- die *Zugehör* (Art. 805 Abs. 1 ZGB; Art. 644 f. ZGB). Nach Art. 805 Abs. 3 ZGB bleiben die Rechte Dritter an der Zugehör vorbehalten.
- Gewisse Miet- und Pachtzinsforderungen, wenn das Grundstück vermietet oder verpachtet ist (Art. 806 Abs. 1 ZGB).

- *Der Umfang der Sicherheit*

Das beschriebene Haftungssubstrat (Grundstück, Bestandteile, Zugehör, Miet- und Pachtzinsforderungen) bietet gemäss Art. 818 ZGB – für *Kapitalhypotheke* – der Gläubigerin *Sicherheit* für:

- die Kapitalforderung (Art. 818 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB);
- für Betreuungskosten und Verzugszinsen (Art. 818 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB);
- sowie in gewissem Umfang für verfallene Jahreszinsen und für den laufenden Zins (Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB).

- *Das Pfandstellensystem*

Die nachfolgenden Ausführungen über das Pfandstellensystem beziehen sich auf die *Stellung der Pfandgläubigerin im Verhältnis zu anderen Pfandgläubigerinnen*. Grundpfandrechte stehen immer auf einer besonderen *Pfandstelle* (in einem besonderen *Rang*). Die pfandrechtliche Sicherung ist auf die bei der Eintragung angegebene Pfandstelle beschränkt (Art. 813 Abs. 1 ZGB). Mit dem in Art. 813 ff. ZGB als Grundsatz angeordneten *System der festen Pfandstellen* hat sich der Gesetzgeber für eine Lösung entschieden, welche dem sachenrechtlichen *Grundsatz der Alterspriorität durchbricht*. Im Einzelnen:

- Der Rang eines (rechtsgeschäftlich begründeten) Grundbuchrechts bestimmt sich nicht nach dem Errichtungsdatum, sondern – unter Vorbehalt bereits vorhandener Pfandrechte – nach dem *Parteiwillen*. Möglich ist sodann, mehrere Grundpfandrechte im gleichen Rang zu errichten.
- Bei der Eintragung eines Grundpfandrechts kann ein bestimmter Betrag als *Vorgang* vorbehalten werden (Art. 813 Abs. 2 ZGB). So lässt sich namentlich ein Grundpfandrecht auch bei einem noch unbelasteten Grundstück auf den zweiten Rang setzen. Der erste Rang bleibt damit (vorerst) offen.
- Die *Ränge* der Grundpfandrechte bleiben *grundsätzlich konstant*.
- *Besondere Abreden*, die dieses System der festen Pfandstelle durchbrechen sind jedoch möglich:
  - Die Errichtung eines Grundpfandrechts, das vorhandenen Pfandrechten vorgehen soll, ist zulässig. Sie setzt jedoch voraus, dass die Inhaberinnen der vorhandenen Pfandrechte ihre Zustimmung dazu erteilen. Sog. *Rangrücktrittsregelung*. Bedarf *einfacher Schriftlichkeit*.
  - Ebenso kann für den Fall des Freiwerdens einer vorgehenden Pfandstelle ein *Nachrückrecht* eines oder mehrerer Pfandgläubigerinnen vereinbart werden. Bedarf *öffentlicher Beurkundung*. Erlangt gem. Art. 814 Abs. 3 ZGB nur Wirkung, wenn es im Grundbuch eingetragen ist. Einerseits wirkt das Nachrückrecht der Pfandgläubigerin auch gegenüber einem Dritten, dessen Pfandrecht vom Eigentümer – in Verletzung der Nachrückungsabrede – auf der freien Stelle errichtet worden ist (Grundbuchberichtigungsklage). Andererseits gilt das Nachrückrecht auch gegenüber jedem Erwerber des belasteten Grundstücks.
- Im Fall der *Pfandverwertung* wird der Erlös auf die Grundpfandgläubigerinnen nach ihrem Rang verteilt (Art. 817 Abs. 1 ZGB). Untereinander haben sie Anspruch auf gleichmässige (proportionale) Befriedigung (Art. 817 Abs. 2 ZGB).

#### *Nebenwirkungen*

Die Art. 808 ff. ZGB sehen verschiedene Sicherungsbefugnisse der Grundpfandgläubigerinnen bei Wertminderungen des Grundstücks vor:

- Vermindert der Eigentümer *schuldhaft* den Wert des Pfandgrundstücks, steht der Pfandgläubigerin eine Unterlassungsklage zu (Art. 808 Abs. 1 ZGB).
- Ist eine Wertminderung eingetreten, bietet das verpfändete Grundstück der Gläubigerin wenig Sicherheit. Sie kann Sicherung und Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen (Art. 809 Abs. 1 ZGB). Trifft den Eigentümer *kein Verschulden* (Bsp.: Naturkatastrophe), gilt Art. 810 Abs. 1 ZGB.
- Gemäss Art. 807 ZGB unterliegen Forderungen, für die (*im Grundbuch*) ein Grundpfandrecht eingetragen ist, *keiner Verjährung*.

## § 30 Die Grundpfandverschreibung

Die Grundpfandverschreibung, auch als "*Hypothek*" bezeichnet, ist in Art. 824-841 ZGB geregelt. Stets im Auge zu behalten bleiben jedoch auch die "Allgemeinen Bestimmungen" von Art. 793-823 ZGB.

### I. Die vertragliche Grundpfandverschreibung

#### Kennzeichen

Wesentliche Kennzeichen der Grundpfandverschreibung lassen sich aus Art. 824 ZGB gewinnen. Danach erweist sich die Grundpfandverschreibung als Mittel zur Sicherung einer beliebigen Forderung, und Drittpfandverhältnisse sind möglich. Im Einzelnen:

#### *Die zu sichernde Forderung im Allgemeinen*

Nach Art. 824 Abs. 1 ZGB kann durch die Grundpfandverschreibung "eine *beliebige*, gegenwärtige oder zukünftige oder bloss mögliche Forderung pfandrechtlich sichergestellt werden".

Der Gesetzgeber sieht darin einen *reinen Sicherungszweck*; zu einer Mobilisierung des Bodenwertes kommt es (grundsätzlich) nicht. Der Grundbuchauszug hat lediglich die Wirkung eines *Beweismittels* und *nicht* jene eines Wertpapiers (Art. 825 Abs. 2 und 3 ZGB). Der Grundbucheintrag schafft nach Art. 937 Abs. 1 ZGB nur (aber immerhin) eine Vermutung für den Bestand des Pfandrechts, nicht aber den Nachweis der gesicherten Forderung.

Gesichert werden kann eine *beliebige* Forderung, namentlich auch eine bloss (künftige) mögliche Forderung oder eine solche mit unbestimmtem oder wechselndem Betrag (Art. 825 Abs. 1 ZGB). In Betracht kommen sowohl eine Kapital- als auch eine Maximalhypothek (Art. 794 Abs. 1 und 2 ZGB).

Die Grundpfandverschreibung wird häufig als (im Verhältnis zur Forderung) "*akzessorisch*" bezeichnet. Damit ist gemeint, dass das Pfandrecht grundsätzlich der gesicherten Forderung folgt und in mehrfacher Hinsicht von ihr *abhängig* ist:

- Im Fall der Abtretung der gesicherten Forderung stellt die Grundpfandverschreibung ein Nebenrecht dar, das auf den Zessionar übergeht (Art. 170 Abs. 1 OR).
- Geht die gesicherte Forderung unter, so erlöschen grundsätzlich auch die Pfandrechte, die zur Sicherung dieser Forderung dienen (Art. 114 Abs. 1 OR).

In der Praxis eignet sich die Grundpfandverschreibung besonders zur Sicherung eines Bau- oder Hauskaufkredits.

#### *Die Sicherung einer fremden Schuld insbesondere (Drittpfandverhältnisse)*

Nach Art. 824 Abs. 2 ZGB braucht das verpfändete Grundstück nicht im Eigentum des Schuldners zu stehen. Sogenannte Drittpfandverhältnisse (Auseinanderfallen von Schuldnerschaft und Eigentum an der Pfandsache, die zur Sicherung der Forderung dient) sind also möglich. Sie werfen jedoch zahlreiche Rechtsfragen auf, wie z.B.:

- Aus dem Drittpfandverhältnis allein besteht *keine Verpflichtung des Pfandeigentümers, die Forderung des Schuldners zu bezahlen*; hierzu ist und bleibt nur der Schuldner verpflichtet. Doch muss der Pfandeigentümer die Zwangsvollstreckung in das Grundstück dulden, wenn der Schuldner die Gläubigerin nicht befriedigt.
- Art. 827 Abs. 1 ZGB; S/H, Nr. 1608; ????????
- Befriedigt der Drittpfandeigentümer die Gläubigerin, so geht die Forderung von Gesetzes wegen (Subrogation) auf ihn über (Art. 827 Abs. 2 ZGB).



- Übrige Vorschriften: siehe ev. S/H, Nr. 1610.

### Entstehung und Untergang

Für die *Entstehung* der (vertraglichen) Grundpfandverschreibung gilt *Art. 799 ZGB*. Für den *Untergang* ist neben *Art. 801 ZGB* auch *Art. 826 ZGB* zu beachten (Anspruch auf Zustimmung der Löschung).

### Der Wechsel eines Beteiligten

*Art. 832-835 ZGB* tragen den Randtitel "Wirkung". Die Hauptwirkung ist das Verwertungsrecht der Gläubigerin *analog Art. 816 ZGB*. Unter dem Gesichtspunkt des Wechsels eines Beteiligten werden im Folgenden nur noch behandelt:

#### *Die Abtretung der pfandgesicherten Forderung*

Die Abtretung einer Forderung, verstanden als Verfügungsvertrag, vollzieht sich nach den Regeln von *Art. 164 ff. OR*; gemäss *Art. 165 Abs. 1 OR* ist für die Verfügung die schriftliche Form erforderlich.

*Art. 835 ZGB* stellt klar, dass die Abtretung einer grundpfandgesicherten Forderung keiner Eintragung in das Grundbuch bedarf. Das führt dazu, dass dem Grundbuch nicht in zuverlässiger Weise zu entnehmen ist, wer bei einer Grundpfandverschreibung die jeweilige Gläubigerin ist.

#### *Die Veräusserung des pfandbelasteten Grundstücks*

- *Die gesetzliche Grundregel (Art. 832 Abs. 1 ZGB)*  
Der Eigentümer eines pfandbelasteten Grundstücks kann – wie jeder Eigentümer – sein Grundstück grundsätzlich *frei veräussern*. Die Übertragung des Grundstücks (für sich allein) ändert nichts an der pfandgesicherten Forderung oder an der Existenz des Pfandrechts. Nach *Art. 832 Abs. 1 ZGB* bleiben vielmehr die Haftung des Grundpfandes und des Schuldners unverändert, "wenn es nicht anders verabredet ist". Das Grundstück haftet also weiterhin für die pfandgesicherte Schuld, auch wenn es jetzt im Eigentum eines Dritten steht (Drittpfand).
- *Die vertragliche Schuldübernahme*  
*Abreden* betreffend eine Schuldübernahme sind möglich und *in der Praxis häufig*; sie zielen darauf ab, Drittpfandverhältnisse zu verhindern. Die *Art. 832 Abs. 2 und Art. 834 ZGB* fördern denn auch die Schuldübernahme. Im Einzelnen:
  - Allgemeine Regeln von *Art. 175 ff. OR*. Siehe S/H, Nr. 1620.
  - *Art. 832 Abs. 2 ZGB* knüpft an diese allgemeine Regel an: Ausgangspunkt ist regelmässig die Abrede zur (internen) Schuldübernahme (*Art. 175 OR*) zwischen dem Alteigentümer des verpfändeten Grundstücks und dem Käufer des Grundstücks. Regelmässig wird der Käufer dem Verkäufer (Alteigentümer) versprechen "dass er sich an seiner Statt mit Zustimmung des Gläubigers zu dessen Schuldner macht".
  - Diese von Seiten des Erwerbers dem Verkäufer geschuldete Willenserklärung (also die Offerte zum Abschluss eines externen Schuldübernahmevertrages) hat nun gemäss *Art. 834 Abs. 1 ZGB* der Grundbuchverwalter der Pfandgläubigerin mitzuteilen. Diese kann:
    - die *Offerte* zum externen Schuldübernahmevertrag *annehmen*. Dann kommt dieser Vertrag und damit die Schuldnerwechsel zustande.
    - die *Offerte* zum externen Schuldübernahmevertrag (schriftlich) *ablehnen*, also eine Beibehaltungserklärung abgeben. Alsdann kommt kein Schuldnerwechsel auf interne Schuldübernahme zustande (*Art. 832 Abs. 2 ZGB e contrario*). Kraft des Vertrages auf interne Schuldübernahme ist der Käufer jedoch verpflichtet, den Käufers "zu befreien" (*Art. 175 Abs. 1 OR*), das heisst bei Fälligkeit die Schuld an die Gläubigerin zu zahlen.

#### *Die Zwangsverwertung des pfandbelasteten Grundstücks*

Die *Art. 832 und 834 ZGB* über die Veräusserung finden auf die Zwangsverwertung des pfandbelasteten Grundstücks nicht unmittelbar Anwendung. Massgebend hierfür sind vielmehr die Regeln des Zwangsvollstreckungsrechts, also namentlich des SchKG und der VZG.

In der Betreibung auf Pfändung oder Pfandverwertung sind vor allem die *Art. 135 und 142a i.V.m. Art. 156 SchKG* bedeutsam:

- Es gilt das *Deckungsprinzip* (*Art. 126 und 156 Abs. 1 SchKG*).
- *Fällige* grundpfandgesicherte Schulden werden vorweg aus dem Verwertungserlös bezahlt (*Art. 135 Abs. 1 Satz 3 SchKG*).

In der Betreuung auf Konkurs sind vor allem die Art. 258 f. SchKG wichtig, die ihrerseits auf gewisse Bestimmungen der Pfändung oder Pfandverwertung verweisen:

- Das *Deckungsprinzip* ist im Konkurs *nicht anwendbar*.
- *Fällige* Grundpfandgesicherte Schulden werden vorweg aus dem Verwertungserlös bezahlt.

## II. Die gesetzliche Grundpfandverschreibung

Grundpfandverschreibungen können auch auf gesetzlicher Grundlage beruhen. Ein Pfandvertrag als Rechtsgrund ist in diesen Fällen entbehrlich. Zu unterscheiden sind zwei Arten:

### Die unmittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechte

Unmittelbare gesetzliche Grundpfandrechte kennzeichnen sich dadurch, dass das Gesetz ihre *Entstehung ohne Eintragung* in das Grundbuch anordnet. Sie kommen sowohl auf bundesrechtlicher wie auch auf kantonaler Stufe vor:

#### *Nach Bundesrecht*

Namentlich Art. 808 Abs. 3, Art. 810 Abs. 2 und Art. 819 ZGB.

#### *Nach kantonalem Recht*

Mit gesetzlichen Grundpfandrechten des kantonalen Rechts befasst sich Art. 836 ZGB.

Die Kantone sehen namentlich Grundpfandrechte zur *Sicherung ihrer Grundstücksgewinnsteuer-Forderungen* vor. Nach Lehre und Rechtsprechung darf das kantonale Recht auch den *Rang* derselben bestimmen. Immerhin gibt das Bundesrecht gewisse *Schranken* vor:

- Erfordernis der gesetzlichen Grundlage.
- Beschränkung auf den Pfandtypus der Grundpfandverschreibung (Art. 836 ZGB).
- Bedürfnis einer besonderen Beziehung zwischen der Forderung und dem belasteten Grundstück.

Solche Pfandrechte, die ohne Eintragung in das Grundbuch entstehen, stellen einen Einbruch in das sachenrechtliche Publizitätsprinzip dar und bringen Gefahren mit sich (z.B. Rechtssicherheit).

### Die mittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechte

Bei den mittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechten *entsteht* das Pfandrecht *erst mit der Eintragung in das Grundbuch*, doch hat eine bestimmte Person unter den gesetzlich umschriebenen Voraussetzungen einen (obligatorischen) *Anspruch auf Eintragung*.

#### *Die wichtigsten Fälle (im Bundesrecht)*

Forderungen des Verkäufers am verkauften Grundstück (Verkäuferpfandrecht; Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB);

Forderung der Miterben und Gemeinder aus Teilung an den Grundstücken die der Gemeinschaft gehören ( Art. 837 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB);

Forderung der Handwerker oder Unternehmer (Bauhandwerkerpfandrecht; Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)

Beitragsforderungen der Stockwerkeigentümerschaft (Art. 712i ZGB).

#### *Die Rechtslage*

- *Das Recht auf Eintragung als Forderung*  
Das Recht auf Eintragung eines mittelbaren gesetzlichen Pfandrechts ist ein obligatorischer (persönlicher, schuldrechtlicher) Anspruch, eine *Forderung*.
- *Die Verknüpfung mit dem Grundstück ("Realobligation")*  
Die Forderung auf Eintragung des Pfandrechts ist derart *mit einem bestimmten Grundstück verknüpft*, dass der Anspruch gegen den Eigentümer dieses Grundstücks geltend gemacht werden muss. Schuldner der Forderung auf Eintragung ist *der jeweilige Eigentümer* des betreffenden Grundstücks (sog. *Realobligation*). Dieser *muss die Eintragung erlauben/dulden*. So riskiert auch der gutgläubige Erwerber eines Grundstücks, dass dieses Grundstück mit einem Pfandrecht für eine fremde Schuld belastet wird (Drittpfandverhältnis).
- *Die Entstehung des Pfandrechts*  
Das Pfandrecht entsteht nicht schon mit der Geltendmachung des Anspruchs, sondern *erst mit der*

*Eintragung in das Grundbuch.* Der *Ausweis* ist gemäss dem Grundsatz von Art. 22 Abs. 1 GBV namentlich der öffentlich beurkundete Kaufvertrag. Einschränkungen:

- Es muss die regelmässig vorhandene Verwirklichungsfrist beachtet werden.
- Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bedarf der Mitwirkung des Eigentümers (oder des Gerichts).
- *Einzelfragen*  
Das Verbot des Vorausverzichts (Art. 837 ZGB) gilt kraft gesetzlicher Verweisungen auch für weitere mittelbare gesetzliche Grundpfandrechte.  
Einmal eingetragen, hat das gesetzliche Pfandrecht grundsätzlich die gleichen Wirkungen wie ein rechtsgeschäftlich begründetes.

### III. Das Bauhandwerkerpfandrecht insbesondere

#### Allgemeines

Das praktisch wichtigste mittelbare gesetzliche Grundpfandrecht ist das in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB geregelte Pfandrecht für gewisse Forderungen "der Handwerker oder Unternehmer", kurz als *Bauhandwerkerpfandrecht* bezeichnet. Es beruht auf folgenden *gesetzgeberischen Überlegungen*:

- Handwerker und Unternehmer tragen regelmässig zu einer *Wertvermehrung* von Grundstücken bei. Wegen des *Akzessionsprinzips* (Art. 667 ZGB) wird das dabei eingebaute Material unmittelbar Bestandteil des Grundstücks und fällt damit in das Eigentum des Grundeigentümers; ein Faustpfand- oder Retentionsrecht der Bauhandwerker an den eingebauten Teilen ist demnach nicht möglich.
- Mangels einer anderen Abrede ist der *Unternehmer* gemäss Art. 372 Abs. 1 OR hinsichtlich der ganzen Werkherstellung *vorleistungspflichtig*. Es ist ihm also faktisch unmöglich, eine besondere Sicherstellung zu verlangen.
- Zusammenfassen verlangten nach der Meinung des Bundesrats "die Verhältnisse ... nach einem Schutz für die redliche Arbeit" der Bauhandwerker.

Zum *Schutz der Bauhandwerker* stellte der Gesetzgeber in Art. 837 ff. ZGB besondere Bestimmungen auf, die folgende *Kennzeichen* aufweisen:

- Die Bauhandwerker erhalten ein *besonderes (mittelbares) gesetzliches Grundpfandrecht* (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Der Anspruch auf Pfanderrichtung ist *zwingend*; der Bauhandwerker kann nicht zum Voraus darauf verzichten (Art. 837 Abs. 2 ZGB).
- Die verschiedenen Bauhandwerker werden *bezüglich des Rangs* ihrer gesetzlichen Grundpfandrechte *gleichgestellt* (Art. 849 ZGB).
- Zum besonderen *Vorrecht* gem. Art. 841 ZGB später.

#### Die Voraussetzungen für die Errichtung des Bauhandwerkerpfandrechts

Die Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 839 Abs. 3 ZGB geben folgende materiellen Voraussetzungen: eine (bestimmte) Forderung eines Bauhandwerkers; ein (bestimmtes) Grundstück als Pfandobjekt; und (negativ) das Fehlen einer anderen "hinreichenden" Sicherheit.

##### *Die Forderung eines Bauhandwerkers*

- *Im Allgemeinen*  
*Anlass ("Grund")* der durch das Bauhandwerkerpfandrecht zu sichernden *Forderung* ist die Lieferung von Arbeit oder von Material und Arbeit für eine Baute oder ein anderes Werk auf dem betreffenden Grundstück.  
*Handwerker oder Unternehmer* im Sinn des Gesetzes sind Personen, die in selbständiger Stellung – regelmässig auf Grund eines Werkvertrages – Arbeiten auf dem Grundstück leisten, etwa Maurer, Gipser, aber auch Bau- oder Generalunternehmer. Unter "Arbeit" fallen *nicht* die Ansprüche blosser Verkäufer (Lieferanten).
- *Die Rechtsstellung des Subunternehmers im Besonderen*  
Als Bauhandwerker kommen auch Subunternehmer in Betracht. Sie werden von Gesetzeswortlaut ebenfalls erfasst. *Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 in fine ZGB* bezeichnet es nämlich als gleichgültig, ob die Bauhandwerker den Grundeigentümer oder einem Unternehmer – also namentlich den Generalunternehmer – zum Schuldner haben.  
Soweit der Subunternehmer Material und Arbeit oder Arbeit allein liefert und damit die Voraussetzungen von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB selber erfüllt, hat er einen eigenständigen *Anspruch auf*

### *Pfanderrichtung.*

Nach der *bundesgerichtlichen Praxis* hat ein Subunternehmer selbst dann einen Anspruch auf Pfanderrichtung, wenn der Grundstückseigentümer den Generalunternehmer bereits bezahlt hat. Aus dieser Rechtslage ergibt sich für den Bauherrn, der die Vergütung an den Generalunternehmer leistet, ein *Doppelzahlungsrisiko*.

- *Die Abtretung der Forderung im Besonderen*

Einen Anspruch auf Pfanderrichtung hat nur die Person, welcher die genannte Forderung (namentlich auf Werklohn) zusteht.

Tritt der Bauhandwerker vor der Geltendmachung des Anspruchs auf Pfanderrichtung seine Werklohnforderung an eine andere Person ab, so geht der Anspruch auf Pfanderrichtung auf den Zessionar über (als Nebenrecht der Forderung). Stellt alsdann der Bauhandwerker trotz der Forderungsabtretung ein Begehren um gerichtliche Anordnung der Eintragung des Pfandrechts, so ist dieses vom Gericht mangels Aktivlegitimation abzuweisen. Es geht sein Anspruch also unwiederbringlich verloren.

### *Das Grundstück*

Der Anspruch auf Pfanderrichtung besteht nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB "an diesem Grundstück".

- *Im Allgemeinen*

Der hauptsächliche gesetzgeberische Grund für die Schaffung des Bauhandwerkerpfandrechts bestand darin, dass die Bauhandwerker als schutzbedürftig angesehen wurden. Das Pfandrecht ist mit anderen Worten auf jedem Grundstück einzutragen, dem die Bauarbeiten zugute gekommen sind, auf welchem also der *Mehrwert* entstanden ist.

Das Grundstück muss sodann nach den allgemeinen Grundsätzen *als Pfandobjekt tauglich* sein. Es ergeben sich Sonderordnungen für gewisse Fälle, in denen ein *öffentliches Gemeinwesen* der *Bauherr* ist: Gehört das fragliche Grundstück zum *Finanzvermögen* des Staates, so ist die Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts möglich. Nicht jedoch auf solchen, die zum *Verwaltungsvermögen* gehören. Das BGer hat es bisher abgelehnt, dieses stossende Ergebnis zu korrigieren.

- *Sonderfälle*

- *Die Veräußerung des Grundstücks*

Aus dem Wortlaut von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB leitet die h.L. die Auffassung ab, der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts stelle eine *Realobligation* dar, welche der Eigentümerschaft am Grundstück folge: Der Anspruch auf Pfanderrichtung ist nach herrschender Meinung nicht an die Person des Bauherrn (Werkvertragspartner) gebunden, sondern an das Grundstück und die darauf erbrachten Arbeiten. *Schuldner* des Anspruchs auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist mit anderen Worten der *jeweilige Eigentümer des Grundstücks*.

- *Das Pfandobjekt bei Miteigentum und Stockwerkeigentum*

Wegleitend ist auch hier der Grundsatz, das Bauhandwerkerpfandrecht auf dem Grundstück einzutragen, das durch die Arbeiten und Materiallieferungen einen *Mehrwert* erfahren hat. Also je nach dem nur an einzelnen Stockwerkeigentumsanteilen oder an der Stammparzelle.

- *Das Pfandobjekt bei Gesamtüberbauungen*

### *Das Fehlen anderer hinreichender Sicherheiten*

Nach Art. 839 Abs. 3 ZGB kann die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts "nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit *leistet*". Das Bauhandwerkerpfandrecht ist also ein *subsidiäres Sicherungsmittel*. Ein Bauhandwerkerpfandrecht kann unerwünscht sein, weil gewisse Kreditgeber bei eingetragenen Bauhandwerkerpfand keine weiteren Kredite sprechen.

Die Sicherheit vermag jedoch den Anspruch auf Pfanderrichtung nur dann zu zerstören, wenn sie *hinreichend* ist. *Inhaltlich* ist die Sicherheit hinreichend, wenn sie nach menschlichem Ermessen umfassend ist, also die Forderung "voll und ganz" sichert. Namentlich bei anderen Realsicherheiten, Bürgschaften oder Bankgarantien.

Die *Wirkungen der Sicherheitsleistung* erschöpfen sich in der beschriebenen Zerstörung des Pfandrechtsanspruchs.

## Die Errichtung des Bauhandwerkerpfandrechts

### *Die Entstehung durch Eintragung in das Grundbuch*

Das Bauhandwerkerpfandrecht, ein mittelbares gesetzliches Pfandrecht, entsteht als beschränktes dingliches Recht erst mit der Eintragung in das Grundbuch (Art. 972 Abs. 1 und 2 ZGB). Es setzt ein Doppeltes voraus:

- erstens dass der Bauhandwerker sie rechtzeitig erwirkt – nicht zu früh (Art. 839 Abs. 1 ZGB) und insbesondere nicht zu spät (Art. 839 Abs. 2 ZGB); und
- zweitens dass die Verfahrensvoraussetzungen von Art. 839 Abs. 3 ZGB eingehalten werden.

### *Die Frist*

- *Rechtsnatur und Zweck der Frist von Art. 839 Abs. 2 ZGB*  
Verwirkungsfrist, welche weder gehemmt noch unterbrochen werden kann.
- *Der Fristbeginn*
- *Die Wahrung der Frist*  
Innerhalb dieser Frist muss nach dem deutschsprachigen Wortlaut von Art. 839 Abs. 2 ZGB die *Eintragung* (in das Grundbuch) *geschehen*.

### *Das Verfahren zur Eintragung*

Nach den allgemeinen Regeln muss der Eigentümer die Eintragung des Pfandrechts schriftlich beim Grundbuchamt anmelden (Art. 963 Abs. 1 ZGB). Art. 839 Abs. 3 ZGB ergänzt hierzu, dass die Eintragung nur erfolgen darf, "wenn die Forderung vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist". Zwei Fälle sind mithin auseinander zu halten:

- *Die Anerkennung der Pfandsumme durch den Grundeigentümer*  
Das bedeutet nach der hier vertretenen Auffassung: Er erklärt sich zuhanden des zuständigen Grundbuchamts schriftlich damit einverstanden, dass das Grundstück mit einem Pfandrecht bis zu einem bestimmten Betrag belastet wird.
- *Die gerichtliche Feststellung der Pfandsumme*  
Verweigert der Grundeigentümer die Anerkennung einer Pfandsumme, so ist die Eintragung in das Grundbuch nur dann möglich, wenn die Forderung als Pfandsumme gerichtlich festgestellt ist (Art. 839 Abs. 3 ZGB). Erforderlich ist mithin ein rechtskräftiges *Gerichtsurteil*, das die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anordnet.

## Die Wirkung des Bauhandwerkerpfandrechts

Mit der *Eintragung in das Grundbuch* wird das Bauhandwerkerpfandrecht als *beschränktes dingliches Recht* (Sicherungs- oder Verwertungsrecht) begründet. Die damit entstandene (mittelbare gesetzliche) Grundpfandverschreibung entfaltet grundsätzlich die gleichen Wirkungen wie eine vertraglich begründete Grundpfandverschreibung.

Als Grundpfandverschreibung *sichert* das Bauhandwerkerpfandrecht *die Forderung der Bauhandwerker* (Art. 824 Abs. 1 ZGB) im Sinn eines Verwertungsrechts: Art. 816 Abs. 1 ZGB. Es sind die *für die Grundpfandverschreibung geltenden Regeln* (Art. 793 ff. und 824 ff. ZGB) anwendbar. Der Umfang der Pfandhaft richtet sich nach Art. 805 ff. ZGB. Das Bauhandwerkerpfandrecht beschlägt namentlich das gesamte Grundstück und beschränkt sich nicht auf den vom betreffenden Bauhandwerker geschaffenen Mehrwert.

### *Besonderheiten:*

- Das Bauhandwerkerpfandrecht nimmt seinen Rang nach dem Datum seiner Eintragung (Art. 972 Abs. 1 und 2 ZGB) ein. Mehrere Bauhandwerkerpfandrechte untereinander sind gleichgestellt (Art. 840 ZGB).
- Kommen Bauhandwerker mit ihren Forderungen bei der Pfandverwertung zu Verlust, so haben sie nach Massgabe von Art. 841 ZGB ein besonderes Vorrecht.

## Das Vorrecht nach Art. 841 ZGB

### *Die Voraussetzungen*

Art. 841 Abs. 1 ZGB setzt für das Vorrecht ein Dreifaches voraus, nämlich zwei objektive und ein subjektives Element:

- Erstens müssen in *objektiver* Hinsicht die Bauhandwerker bei der Pfandverwertung zu *Verlust* gekommen sein, also nicht oder nicht in vollem Umfang befriedigt worden sein.
- Zweitens ist (ebenfalls in *objektiver* Hinsicht) vorausgesetzt, dass dieser Verlust *wegen der Pfandrechts der vorgehenden Pfandgläubigerinnen* entstanden ist.
- In *subjektiver* Hinsicht ist *Erkennbarkeit* der Benachteiligung erforderlich: Die den Bauhandwerkern nachteiligen Belastung muss in einer für die vorgehenden Pfandgläubigerinnen "erkennbaren Weise" geschehen sein.

#### *Die Wirkungen*

Sind die beschriebenen Voraussetzungen gegeben, so ist den Bauhandwerkern gemäss Art. 841 Abs. 1 ZGB "der Ausfall aus dem den Wert des Bodens übersteigenden Verwertungsanteil der vorgehenden Pfandgläubiger zu ersetzen". Den Bauhandwerkern, die einen Pfandausfall erlitten haben, steht mithin eine *Forderung gegen die vorgehenden Pfandgläubigerinnen* zu.

Das Vorrecht der Bauhandwerker richtet sich mit anderen Worten nur (aber immerhin) auf Befriedigung aus dem *von ihnen* geschaffenen *Mehrwert*.

## § 31 Der Schuldbrief

Der Schuldbrief regelt das Gesetz in den *Art. 842 ff. ZGB*, teils für sich allein (Art. 842-846 ZGB), teils in "gemeinsamen Bestimmungen", die sich auch auf die Gült beziehen (Art. 854-874 ZGB). Von der gesetzlichen Ausgestaltung her dient er nicht nur der Grundpfändlichen Sicherung einer Forderung (Art. 842 ZGB), sondern – als gesetzliches Wertpapier, das Forderung und Pfandrecht verbindet – auch der Mobilisierung des Bodenwerts. Insofern stellt der Schuldbrief ein "*Verkehrsgrundpfandrecht*" dar.

### I. Kennzeichen

#### **Begründung und Sicherung einer persönlichen Forderung**

Nach Art. 842 ZGB wird durch den Schuldbrief "*eine persönliche Forderung begründet, die Grundpfändlich sichergestellt ist*". Das bedeutet im Folgenden:

- Wie jedes Grundpfandrecht bezweckt der Schuldbrief die *Sicherung einer Forderung* (Art. 816 Abs. 1 ZGB).
- Die gesicherte Forderung ist eine "persönliche". Für sie haftet mit anderen Worten *nicht nur* das verpfändete Grundstück (Realsicherheit), sondern *das gesamte Vermögen des Schuldners* (Personalsicherheit).
- Die Forderung wird nach der gesetzlichen Formulierung "durch den Schuldbrief ... begründet":
  - Forderung und Pfandrecht sind untrennbar miteinander verbunden; sie werden gemeinsam im Pfandtitel verkörpert.
  - Art. 855 Abs. 1 ZGB: Liegt schon eine Forderung vor, welche die Parteien schuldbrieflich sichern wollen, so geht diese Forderung durch *Novation* unter und wird durch die Schuldbriefforderung ersetzt.

Die (im Schuldbrief verkörperte) Forderung darf nach Art. 854 ZGB "weder Bedingung noch Gegenleistung enthalten".

Wie sich aus Art. 845 ZGB ergibt, können Eigentümerschaft am pfandbelasteten Grundstück und Schuldnerschaft bezüglich der Forderung auseinander fallen. Auch beim Schuldbrief sind mit anderen Wirten *Drittpfandverhältnisse* möglich.

#### **Ausstellung eines Pfandtitels mit Wertpapiercharakter**

Bei der Errichtung eines Schuldbriefs "wird neben der *Eintragung in das Grundbuch* stets ein Pfandtitel ausgestellt" (Art. 856 Abs. 1 ZGB). Diesen Pfandtitel, eine besondere *Urkunde* (Art. 857 ZGB), hat das ZGB als Wertpapier im Sinn von Art. 965 OR ausgestaltet. Das ergibt sich aus *Art. 868 Abs. 1 ZGB und Art. 869 Abs. 1 ZGB*.

Als *Gläubiger* kann in diesem Wertpapier gemäss Art. 859 Abs. 1 ZGB entweder eine bestimmte Person (Ordrepapier) oder der Inhaber (Inhaberpapier) bezeichnet werden. Auch die Ausstellung auf den Namen des Grundeigentümers (Eigentümerschuldbrief) ist zulässig (Art. 859 Abs. 2 ZGB).

Weil der Schuldbrief von Gesetzes wegen als Wertpapier ausgestaltet ist, anerkennt der *Schuldner* mit der Ausstellung (bzw. Begebung) des Schuldbriefs, dass er nur auf Vorweisung der Urkunde leisten wird.

### **Besonderer Vertrauensschutz**

*Art 865 f. ZGB* sieht den Schuldbrief als *Wertpapier öffentlichen Glaubens*:

Die Forderung aus dem Schuldbrief besteht laut Art. 865 ZGB "dem Eintrage gemäss für jedermann zu Recht, der sich in gutem Glauben auf das Grundbuch verlassen hat.

Aber auch der (formrichtig als Schuldbrief erstellte) Pfandtitel besteht nach Art. 866 ZGB "seinem Wortlaut gemäss für jedermann zu Recht, der sich in gutem Glauben auf die Urkunde verlassen hat".

Den *Konfliktfall*, dass Wortlaut des Schuldbriefs und Grundbucheintrag nicht übereinstimmen oder ein Grundbucheintrag fehlt, regelt *Art. 867 ZGB*.

## **II. Entstehung, Änderung und Untergang**

### **Die Entstehung**

Der Schuldbrief entsteht als Grundpfandrecht (beschränktes dingliches Recht) gemäss den allgemeinen Regeln mit der *Eintragung in das Grundbuch* (Art. 799 Abs. 1 ZGB).

Zusätzlich zu dieser Eintragung muss zwar stets ein Pfandtitel (eine besondere Urkunde, eben ein Wertpapier) errichtet werden (Art. 856 Abs. 1 ZGB); doch hat die Eintragung in das Grundbuch gemäss Art. 856 Abs. 2 ZGB schon vor der Ausstellung des Pfandtitels Schuldbriefwirkung.

Die Eintragung in das Grundbuch muss sich auf einen Rechtsgrund (Art. 965 Abs. 1 und 3 ZGB) und auf eine schriftliche Anmeldung (Art. 963 Abs. 1 ZGB) stützen:

- Rechtsgrund ist i.d.R. ein (öffentlich beurkundeter) Vertrag auf Errichtung eines Grundpfandrechts (Art. 799 Abs. 2 ZGB).
- Weniger kostenträchtig und daher üblich ist jedoch ein einseitiges Begehren des Grundeigentümers auf Errichtung eines Eigentümer- oder Inhaberschuldbriefs (den der Grundeigentümer später begeben wird). Hier genügt Schriftform.

Schliesslich sind für den Schuldbrief (namentlich bei seiner Errichtung) *Pfandbelastungsgrenzen* zu beachten, und zwar: Art. 73 ff. BGG (Art. 798a ZGB); Art. 843 ZGB.

### **Die Änderung**

Da nach gesagtem sowohl dem Grundbucheintrag als auch dem Pfandtitel ein besonderer Vertrauensschutz zukommt, stellt sich die Frage, wie Änderungen im Rechtsverhältnis zu behandeln sind. Besonders aktuell ist dies für Änderungen, die den Schuldner entlasten (Art. 874 ZGB).

Treten Änderungen zu Gunsten des Schuldners (beispielsweise durch Abzahlung an die Schuld) ein, so ist der Schuldner nach Art. 874 Abs. 1 ZGB befugt, sie *in das Grundbuch eintragen* zu lassen. *Ohne Eintragung*: Art. 874 Abs. 3 ZGB.

### **Der Untergang**

Nach den allgemeinen Regeln geht der Schuldbrief als Pfandrecht mit der *Löschung des Grundbucheintrags* oder mit dem vollständigen Untergang des Grundstücks (Art. 801 Abs. 1 ZGB). Der Grundbucheintrag darf jedoch erst gelöscht werden, wenn der Pfandtitel entkräftet oder gerichtlich kraftlos erklärt worden ist (Art. 864 ZGB).

## **III. Einzelfragen**

### **Die Einreden des Schuldners**

Die Schuldbrieferrichtung führt nach Art. 855 Abs. 1 ZGB zu einer Neuerung (Novation) des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses (Art. 116 Abs. 1 OR). Die Neuerung des Schuldbriefverhältnisses führt zu einer Einredebeschränkung. Sodann kann nach Art. 872 ZGB der Schuldner "nur solche Einreden

geltend machen, die sich entweder auf den Eintrag oder auf die Urkunde beziehen oder ihm persönlich gegen den ihn belangenden Gläubiger zustehen". Es ist zu unterscheiden:

- Der gutgläubige Erwerber eines Schuldbriefs (Dritte) genießt nach dem Gesagten den Schutz des Art. 865 f. ZGB.
- Mit Bezug auf die erste Gläubigerin ("erste Nehmerin"), die keine "Dritte" ist und demnach von den genannten Gutglaubensvorschriften nicht profitiert, ist die Tragweite dieser Einredebeschränkung (und ihr Verhältnis zu Art. 855 ZGB) jedoch umstritten. Nach der hier vertretenen Auffassung verzichtet der Schuldner gegenüber der Gläubigerin mit der Schuldbrieferrichtung auf Einreden und Einwendungen, die ihm in diesem Zeitpunkt *schon bekannt* gewesen sind.

### Die Übertragung des Pfandtitels

Der Schuldbrief stellt nach dem Gesagten ein Wertpapier dar, welches Forderung und Pfandrecht verkörpert. Die Übertragung des Schuldbriefs (seine Veräußerung, aber auch seine Verpfändung) richtet sich folglich nach den *wertpapierrechtlichen Regeln*.

### Die Faustpfandverpfändung und die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen

### Die Kündigung der Schuldbriefforderung

## 2. Unterabschnitt: Die Fahrnispfandrechte

### § 33 Allgemeines

#### I. Begriff und Arten

##### Der Begriff

Wie schon beim Grundpfandrecht verzichtet das ZGB auch für das Fahrnispfandrecht auf eine Legaldefinition. Lehre und Rechtsprechung verstehen unter einem Fahrnispfandrecht das beschränkte dingliche Recht, "vermöge dessen eine fremde bewegliche Sache oder ein Recht in der Weise belastet ist, dass die Erfüllung einer Forderung durch die Befugnis des Gläubigers zur Verwertung der Sache oder des Rechts gesichert ist". Elemente:

- Das Fahrnispfandrecht dient (wie das Grundpfandrecht) der *Sicherung einer Forderung*, die die Gläubigerin dem Schuldner gegenüber hat.
- Zur Sicherung dieser Forderung ist das Pfandrecht *an Fahrnis* (i.w.S.) begründet worden. Fahrnispfandrecht in der Terminologie des ZGB ist jedes Pfandrecht, das nicht ein Grundpfandrecht darstellt. Der Fahrnisbegriff ist in diesem Zusammenhang also weiter gefasst als derjenige des Art. 713 ZGB.
- Die Berechtigte hat die Befugnis, *im Fall der Nichtzahlung* der Schuld die verpfändete Sache (bzw. das verpfändete Recht) verwerten zu lassen und sich aus dem Erlös zu befriedigen (vgl. Art. 891 Abs. 1 ZGB). Nach Art. 219 Abs. 1 SchKG hat sie bei der Verteilung des Verwertungserlöses Vorrang vor den übrigen Gläubigern.

##### Die Arten von Fahrnispfandrechten

Obwohl es das Gesetz nicht ausdrücklich sagt, besteht auch bezüglich der Fahrnispfandrechte ein Numerus clausus. Das ZGB sieht mehrere Arten von Fahrnispfandrechten in folgender Gliederung vor: siehe G/S/R, Nr. 1868 ff. und die folgenden Ausführungen.

#### II. Allgemeine Grundsätze des Fahrnispfandrechts

Anders als für das Grundpfandrecht stellt das ZGB für das Fahrnispfandrecht keine allgemeinen Bestimmungen auf. Lehre und Rechtsprechung haben jedoch Grundsätze herausgearbeitet. Insbesondere sind zu nennen:

- Das *Akzessorietätsprinzip*: Das Fahrnispfandrecht ist vom Bestand der Forderung abhängig, zu deren Sicherung es errichtet wurde. Das Pfandrecht setzt mit anderen Worten grundsätzlich eine gülti-



ge Forderung voraus. Es geht ausserdem bei der Zession der Pfandforderung von Gesetzes wegen auf den Zessionar über (vgl. Art. 170 Abs. 1 OR) und *erlischt mit dem Untergang* der Pfandforderung (Art. 889 Abs. 1 ZGB und Art. 114 Abs. 1 OR).

- Das *Publizitätsprinzip*: Das Fahrnispfandrecht muss – ebenso wie das Grundpfandrecht – äusserlich erkennbar sein, da es sich als absolutes Recht gegenüber jedermann wirksam ist. Man knüpft regelmässig am *Besitz* an.  
Im Blick auf das Publizitätsprinzip sind beim Fahrnispfandrecht – anders als beim Grundpfandrecht – *Eigentümergrundpfandrechte ausgeschlossen*; werden Fahrnispfandrechte und Eigentum in einer Hand vereinigt, so erlischt das Pfandrecht durch Konfusion. Fahrnispfandrechte bestehen mit anderen Worten stets an fremden Sachen.
- Eine Konkretisierung des Publizitätsprinzips stellt das *Faustpfandprinzip* (auch: *Verbot der Mobilarrhypothek*) dar. Nach diesem Grundsatz setzt die Pfandbegründung die *Besitzübergabe* voraus (vgl. Art. 884 Abs. 1 ZGB). Solange der Verpfänder die ausschliessliche Gewalt über die Sache behält, ist nach Art. 884 Abs. 3 ZGB das Pfandrecht nicht begründet. Zweck ist nach BGer zu verhindern, "dass derjenige, der seine fahrende Habe verpfändet, sich auch nachher noch damit umgebe und den Schein einer kreditwürdigen Person errege".
- Das *Prinzip des öffentlichen Glaubens*: Ein Dritter, der sich im guten Glauben auf den durch den Besitz geweckten Rechtsschein verlassen und im Vertrauen darauf ein Fahrnispfandrecht erworben hat, wird in seinem Erwerb geschützt auch wenn der Verpfänder nicht befugt war, über die Sache zu verfügen (vgl. Art. 884 Abs. 1 ZGB). *Beachte* aber Art. 934 Abs. 1 ZGB und Art. 935 ZGB.
- Das *Spezialitätsprinzip*: Ein Fahrnispfand kann nur an einzelnen individualisierten Sachen (bzw. Rechten) bestellt werden; Sach- oder Rechtsgesamtheiten sind damit als Gegenstand eines Fahrnispfandes grundsätzlich ausgeschlossen.
- Das *Prinzip der Unteilbarkeit der Pfandhaftung*: Der Pfandgegenstand haftet der Pfandgläubigerin einerseits *ungeteilt für alle ihre pfandgesicherten Ansprüche*. Leistet der Schuldner also Abzahlungen und reduziert damit die Forderung, so bleibt das Pfandrecht für die Restforderung dennoch unvermindert bestehen (vgl. auch Art. 889 Abs. 2 ZGB).
- Das *Prinzip der Alterspriorität*: Bestehen an einer Sache mehrere Pfandrechte, so bestimmt sich ihr Rang nach ihrem Errichtungsdatum (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Die Parteien können jedoch etwas anderes vereinbaren.

## § 34 Das Faustpfandrecht

### I. Die Entstehung

Das Gesetz regelt die Entstehung des Faustpfandrechts in den *Art. 884 und 886 f. ZGB* unter der Marginalie "Bestellung" nur unter ganz bestimmten Teilaspekten. Für die Begründung eines Faustpfandrechts kommen daher grundsätzlich die *allgemeinen Regeln über die Entstehung von dinglichen Rechten* zur Anwendung. Erforderlich ist demzufolge ein Doppeltes: ein Erwerbsgrund und ein Erwerbsakt.

#### Der Erwerbsgrund

Der Erwerbsgrund hat regelmässig die Gestalt eines *Pfandvertrages* (Faustpfandvertrag), verstanden als *Verpflichtungsgeschäft*: Der Verpfänder – sei es der Schuldner oder der Drittpfand Eigentümer – und die Gläubigerin vereinbaren, dass für eine Forderung eine bestimmte Pfandsache als Sicherheit dienen soll. Dieser Pfandvertrag begründet die (obligatorische) Verpflichtung des Verpfänders, das dingliche Recht zu errichten.

Im Blick auf das *Kausalitätsprinzip* muss der Pfandvertrag als Rechtsgrund der Pfandbestellung gültig sein, sonst kommt kein Pfandrecht zustande.

#### Der Erwerbsakt

Zum Erwerbsgrund hinzutreten muss sodann der Erwerbsakt (Begründungsakt), das *Verfügungsgeschäft*. Das dingliche Recht entsteht nach Art. 884 Abs. 1 ZGB erst mit der *Übertragung des Besitzes an der Pfandsache*. Darin liegt gleichzeitig die Erfüllung des im Pfandvertrag liegenden Verpflichtungsgeschäfts. Zulässig ist Mitbesitz von Pfandgläubigerin und Schuldner, solange der Schuldner nicht allein über die Sache verfügen kann.

Um die Sache verpfänden zu können, muss der Verpfänder zur Besitzübertragung berechtigt sein (*Verfügungsmacht*). Fehlende Verfügungsmacht kann jedoch nach Art. 884 Abs. 2 ZGB in bestimmten Fällen durch den guten Glauben der Pfandgläubigerin ersetzt werden (*Prinzip des öffentlichen Glaubens*).

### Zwei Sonderfälle

Das Gesetz regelt in Art. 886 f. ZGB zwei Spezialfälle der Errichtung eines Faustpfandrechts:

- Art. 886 ZGB befasst sich mit der *Nachverpfändung*.
- Art- 887 ZGB behandelt die *Verpfändung durch die Pfandgläubigerin* (Weiterverpfändung).

## II. Übertragung und Untergang

### Die Übertragung

Das Faustpfandrecht folgt als Nebenrecht der gesicherten Forderung. Mit deren Abtretung geht demnach auch das Pfandrecht auf den Zessionar über (Art. 170 Abs. 1 OR).

### Der Untergang

In Bezug auf die Untergangsgründe (Art. 888 ff. ZGB) liegt allerdings keine umfassende Regelung vor. Neben den genannten gibt es weitere Untergangsgründe. Im Einzelnen:

- Nach Art. 888 Abs. 1 ZGB geht das Pfandrecht durch *Besitzesverlust* unter. Dies ist die notwendige Folge des Faustpfandprinzips (Art. 884 Abs. 1 ZGB). Der Besitzesverlust muss *definitiv* sein.
- Art. 889 Abs. 1 ZGB führt die Tilgung der (*ganzen*) Forderung als Untergangsgrund an. Auf Grund des Akzessorietätsprinzips geht das Faustpfandrecht jedoch ganz allgemein mit dem *Erlöschen der Pfandforderung* unter; neben der Tilgung kommen also auch Schulderrlass, Neuerung, Vereinigung, Unmöglichkeit usw. in Betracht.
- Das Fahrnispfandrecht erlischt ausserdem mit dem *Untergang der verpfändeten Sache* (Art. 801 Abs. 1 ZGB analog; vgl. auch Art. 890 Abs. 1 ZGB).
- Als weitere Untergangsgründe sind etwa zu nennen: Enteignung des Pfandgegenstandes, gutgläubiger Eigentumserwerb durch einen Dritten, Verzicht der Gläubigerin auf ihr Pfandrecht, Zwangsverwertung.

Geht das Pfandrecht unter, so muss die Gläubigerin gemäss Art. 889 Abs. 1 ZGB *die Sache* dem Berechtigten *herausgeben*.

## III. Die Wirkung

Die Hauptwirkung des Faustpfandrechts besteht (analog zum Grundpfandrecht) in der Haftung der verpfändeten Fahrnissache zur Sicherung der Forderung der Gläubigerin, mithin im Verwertungsrecht der Pfandgläubigerin. Im Fall der Nichtbefriedigung: Art. 891 Abs. 1 ZGB. Für das Grundsätzliche kann auf die Darstellung der Hauptwirkungen des Grundpfandrechts verwiesen werden. Beizufügen bleibt:

- Die Forderung muss fällig sein und vom Schuldner nicht erfüllt werden.
- Die Verwertung des Pfandes erfolgt regelmässig auf dem Weg der Zwangsvollstreckung.
- Die (faust-)pfandgesicherten Gläubigerinnen geniessen im Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den Schuldner in mehrfacher Hinsicht den Vorrang vor den übrigen Gläubigern.
- Bestehen mehrere Pfandrechte an der gleichen Fahrnissache, so kommt grundsätzlich das Prinzip der Alterspriorität zur Anwendung (Art. 893 ZGB).

Unabhängig von der Aktualisierung (Verwertung bei Nichterfüllung des Schuldners) entfaltet das Faustpfandrecht mehrere Nebenwirkungen:

- Der Pfandgläubigerin stehen als Besitzerin des Faustpfandes die Schutzbehelfe des Besitzesrechts zu.
- Mit Bezug auf die Verjährung ist zu beachten: Die durch ein Faustpfandrecht gesicherte Forderung kann nach Art. 140 OR zwar verjähren, doch wird die Gläubigerin dadurch nicht daran gehindert, das Pfandrecht geltend zu machen.

## IV. Einzelfragen

Gegenstand eines Faustpfandrechts kann jede bestimmte bewegliche körperliche Sache im Sinn von Art. 713 ZGB sein, die *verwertbar* ist. So etwa *nicht*: Pässe, Diplome.

Durch das Faustpfand kann eine *beliebige* gegenwärtige oder zukünftige oder bloss mögliche *Forderung* sichergestellt werden (Art. 824 Abs. 1 ZGB analog).

Sofern die Parteien nicht etwa anderes abgemacht haben, darf die Gläubigerin die Pfandsache *weder gebrauchen noch nutzen*. Sie hat also einerseits nach Art. 890 Abs. 1 ZGB mit der Pfandsache sorgfältig umzugehen und haftet für den durch Wertverminderung oder Untergang der Sache entstandenen Schaden, sofern sie sich nicht exkulpieren kann.

## § 35 Das Retentionsrecht

### I. Begriff und gesetzliche Grundlagen

Das Retentionsrecht kann als *gesetzliches Fahrnispfandrecht* bezeichnet werden. Es beinhaltet ein Doppeltes:

- einerseits die Befugnis, eine fremde Sache zur Sicherung einer Forderung *zurückzubehalten* (Art. 835 Abs. 1 ZGB);
- andererseits das Recht, die zurückbehaltene Sache unter gewissen Voraussetzungen *wie ein Faustpfand verwerten zu lassen* (Art. 898 Abs. 1 ZGB).

"*Sedes matriae*" des Retentionsrechts sind die *Art. 895-898 ZGB*. Daneben ist jedoch eine Fülle von Sondernormen zu berücksichtigen. Bsp.: das Retentionsrecht des Vermieters (Art. 268 ff. OR).

### II. Entstehung und Untergang

#### Die Entstehung

Das Gesetz behandelt die Entstehung des Retentionsrechts in den *Art. 895-897 ZGB*. Die allgemeinen Voraussetzungen werden in Art. 895 Abs. 1 ZGB geregelt. Demzufolge kann der Gläubiger bewegliche Sachen und Wertpapiere, die sich mit Willen des Schuldners in seinem Besitz befinden, bis zur Befriedigung seiner Forderung zurückbehalten, sofern die Forderung fällig ist und ihrer Natur nach mit dem Retentionsgegenstand im Zusammenhang steht. Im Einzelnen:

- Gegenstand eines Retentionsrechts kann nur eine bewegliche Sache (Art. 713 ZGB) oder ein Wertpapier (Art. 965 OR) sein.
- Grundsätzlich sind nur Sachen retinierbar, die *im Eigentum des Schuldners* stehen. Der Eigentümer darf also nicht gestützt auf diese Norm eine eigene, der Gegenpartei zu liefernde Sache wegen einer Gegenforderung zurückbehalten.
- Die Sache muss sich *mit Willen des Schuldners im Besitz des Gläubigers* befinden. Dies setzt einerseits voraus, dass der Gläubiger Besitzer im Sinn von Art. 919 ff. ZGB ist. Andererseits kann das Retentionsrecht nicht geltend gemacht werden, wenn der Gläubiger ohne oder gar gegen den Willen des Schuldners besitzt.
- Der Berechtigte hat gegen den Eigentümer der Sache eine *Forderung*, die grundsätzlich *fällig* sein muss (Art. 75 ff. OR), und zwar im Zeitpunkt der Geltendmachung des Retentionsrechts.
- Zwischen der Forderung und dem retinierten Gegenstand muss sogenannte *Konnexität* vorhanden sein, d.h. die Forderung muss ihrer Natur nach mit dem Gegenstand der Retention im Zusammenhang stehen. Der Begriff der Konnexität ist unscharf; letztlich muss im Einzelfall das Gericht nach Treu und Glauben entscheiden. Nicht erforderlich ist jedenfalls, dass Besitzeserwerb und Forderung auf Grund ein und desselben Rechtsverhältnisses entstanden sind; vielmehr, dass sie durch denselben Zweck verbunden sind oder sonst einen Zusammenhang aufweisen. Art. 895 Abs. 2 ZGB stellt für Kaufleute eine besondere Regel auf.
- Die Sache muss schliesslich gemäss Art. 896 Abs. 1 ZGB *verwertbar* sein.

## Der Untergang

Es sind keine besonderen Bestimmungen im Gesetz. Es gilt daher im Wesentlichen die gleiche Regelung wie beim Faustpfand. Darüber hinaus erlischt das Retentionsrecht, wenn der Schuldner den Gläubiger hinreichend sicherstellt.

## III. Die Wirkungen

Mit der "Wirkung" des Retentionsrechts befasst sich *Art. 898 ZGB*. Abs. 1 hält fest, dass der Gläubiger, wenn der Schuldner seiner Verpflichtung nicht nachkommt und auch keine hinreichenden Sicherstellung bietet, die zurückbehaltene Sache nach vorgängiger Benachrichtigung des Schuldners wie ein Faustpfand verwerten darf. Dazu ist Folgendes festzuhalten:

- Der Gläubiger hat zunächst einmal nach *Art. 895 Abs. 1 ZGB* das Recht, *die Sache zurückzubehalten*, um den Schuldner zur Tilgung der Forderung (oder zur Sicherstellung) zu bewegen. Er darf allerdings nur so viele Gegenstände retinieren, wie zu seiner Sicherstellung und Befriedigung erforderlich sind.
- Der Schuldner kann, wie sich aus *Art. 898 Abs. 1 ZGB* ergibt, die retinierte Sache *gegen Sicherstellung* des Gläubigers *auslösen*. Die Sicherstellung muss jedoch – beispielsweise durch Hinterlegung von Geld – effektiv geleistet sein. Bsp.: Garagist gibt Auto nicht mehr heraus. Gegen Hinterlegung der geforderten Summe auf einem Sperrkonto z.B. kann der Kunde das Auto herausverlangen.
- Wird der Gläubiger weder befriedigt noch hinreichend sichergestellt, so kann er gemäss *Art. 898 Abs. 1 ZGB* *den Retentionsgegenstand verwerten (lassen)*. Voraussetzung ist allerdings die vorgängige Benachrichtigung des Schuldners; diesem muss ausreichend Zeit für eine Sicherstellung eingeräumt werden.

## IV. Einzelfragen

Als Nebenrecht der gesicherten Forderung geht das Retentionsrecht durch deren *Abtretung* auf den Zessionar über.

Von praktischem Interesse ist die Frage, ob *Rechtsanwälte oder Notare* bis zum Erhalt des Honorars oder der Gebühren über ein Zurückbehaltungsrecht an den *Akten* ihrer Klientenschaft verfügen. Da *Akten* keine verwertbare Sachen darstellen, scheidet ein Retentionsrecht im Sinn von *Art. 895 ff. ZGB* aus.

## § 37 Pfandrechtsähnliche Sicherungsgeschäfte

Diese pfandrechtsähnlichen Sicherungsgeschäfte sind derart anerkannt, dass man ihre *Zulässigkeit* gestützt auf *Gewohnheitsrecht* bejahen kann.

### I. Der Eigentumsvorbehalt

Der in *Art. 715 f. ZGB* geregelte Eigentumsvorbehalt ersetzt in gewisser Hinsicht die fehlende Möglichkeit der Mobiliarhypothek; er ist allerdings auf Fälle beschränkt, in denen Eigentum erworben werden soll. Der Gesetzgeber hat hier zum Zweck der Kreditsicherung vorgesehen, dass das Eigentum an einer veräusserten Sache nicht mit der Besitzübertragung, sondern erst mit der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises auf den Erwerber übergeht.

Die Begründung eines Eigentumsvorbehalts ist nur in den (engen) Grenzen der *Art. 715 f. ZGB* möglich. Das Institut darf nicht zur Umgehung des Verbots der Mobiliarhypothek missbraucht werden. Aus diesem Grund sind insbesondere *folgende Absprachen unzulässig*:

- die Abrede, wonach durch den Eigentumsvorbehalt eine andere Forderung als die Gegenforderung aus dem Veräusserungsgeschäft abgesichert werden soll.
- Die Abrede, wonach der Schuldner eine in seinem Besitz befindliche Sache an seinen Gläubiger *verkauft* und sie unter Errichtung eines Eigentumsvorbehaltes zu Gunsten dieses Gläubigers *unmittelbar wieder zurückkauft*.

## II. Der Leasingvertrag (Finanzierungsleasing)

### Der Begriff

Der Begriff "Leasing" wird in der Literatur nicht einheitlich verwendet. Im Folgenden geht es ausschliesslich um das sogenannte *Finanzierungsleasing*, bei dem ein Investitions- oder Konsumgut durch ein spezialisiertes Kreditinstitut finanziert wird. An diesem Geschäft sind regelmässig drei Parteien beteiligt, nämlich die *Leasinggeberin* (Leasing-Gesellschaft), der *Leasingnehmer* sowie der *Lieferant*. Dem Finanzierungsleasing liegt folgende Schema zugrunde: Die Leasinggeberin kauft auf eigenen Kosten nach Anweisung des Leasingnehmers das zu finanzierende Objekt beim Lieferanten und stellt es dem Leasingnehmer während der (unkündbaren) Vertragsdauer zur Verfügung. Der Leasingnehmer kann es frei gebrauchen und nutzen, übernimmt dafür aber sämtliche Risiken und Lasten und zahlt der Leasinggeberin i.d.R. monatliche Raten, deren Gesamtbetrag den Wert des Objekts inklusive Zinsen, Nebenkosten und Gewinnmarge deckt. Bei Vertragsende kann der Leasingnehmer regelmässig wählen, ob er das Objekt zurückgibt, den Vertrag verlängert, einen neuen Vertrag schliesst oder aber das Objekt kauft.

Es liegen grundsätzlich zwei voneinander unabhängige *Vertragsverhältnisse* vor:

- Die Leasinggeberin schliesst mit dem Lieferanten einen *Kaufvertrag* ab. Da der Leasinggegenstand direkt an den Leasingnehmer geliefert wird, erwirbt die Leasinggeberin das Eigentum mittels Stellvertretung (vgl. Art. 923 ZGB).
- Die Leasinggeberin und der Leasingnehmer schliessen einen Leasingvertrag. Rechtliche Eigentümerin des Leasinggegenstandes ist nach dem Willen der Parteien die Leasinggeberin, während das sogenannte wirtschaftliche Eigentum dem Leasingnehmer zukommt.

### Leasing als Umgehung des Numerus clausus der beschränkten dinglichen Rechte?

In der Lehre ist umstritten, ob ein solches *dinglich wirkendes Sicherungsrecht ohne jede Publizität* überhaupt zulässig ist, oder ob dadurch nicht vielmehr der Numerus clausus der beschränkten dinglichen Rechte verletzt wird. Es muss mit anderen Worten geprüft werden, ob auf den Leasingvertrag die zwingenden Bestimmungen über den Eigentumsvorbehalt (Art. 715 ZGB) oder über das Verbot der Umgehung des Faustpfandprinzips (Art. 717 ZGB) zur Anwendung kommen. Siehe ev. S/H, Nr. 1999 ff. Fazit: bezüglich Zulässigkeit von Leasing als Kreditsicherungsmittel herrscht eine gewisse *Rechtsunsicherheit*.

## III. Das irreguläre Pfandrecht

Beim irregulären Pfandrecht überträgt der Schuldner (bzw. Dritter) dem Gläubiger zur Sicherung einer Forderung bestimmte vertretbare Sachen zu Eigentum mit der Absprache, dass der Gläubiger ihn bei Erlöschen der Forderung entsprechende Sachen in gleicher Menge und Qualität zurückzugeben hat. Im Einzelnen:

- *Sicherstellung einer* (bereits bestehenden oder aber erst künftigen) *Forderung*.
- Gegenstand des irregulären Pfandrechts sind vertretbare Sachen. Gewöhnlich handelt es sich dabei um Geld (sog. Barkaution).
- Im Gegensatz zum regulären Pfandrecht geht das Eigentum an der Sache auf den Gläubiger über.
- Der Pfandgläubiger ist verpflichtet, *ein* der empfangenen Sache *gleichwertiges Objekt zurückzugeben*, wenn die Pfandforderung untergegangen ist bzw. die gesicherte künftige Forderung nicht mehr entstehen kann. Diese Rückerstattungspflicht ist *obligatorischer* Natur.
- Im Fall der Nichtbefriedigung kann sich der Pfandgläubiger durch die bereits zu Eigentum empfangene Sache bezahlt machen, indem er sie entweder behält oder aber privat verwertet. Ein allfälliger Überschuss ist dem Verpfänder herauszugeben.

Die Rechtsnatur des irregulären Pfandrechts ist umstritten. Die Zulässigkeit dieses Sicherungsinstituts wird anerkannt. In Ermangelung einer gesetzlichen Regelung sind grundsätzlich die Bestimmungen über das Fahrnispfandrecht analog anzuwenden.

## IV. Die Sicherungsübereignung

Bei der Sicherungsübereignung handelt es sich um ein *fiduziarisches Rechtsgeschäft* mit folgendem Inhalt: Der Schuldner bzw. ein Dritter (Fiduziant) überträgt der Gläubigerin (Fiduziarin) zur Sicherung einer Forderung das Eigentum an einer beweglichen Sache mit der Absprache, dass die Gläubigerin

nur im Rahmen des für den Sicherungszweck Erforderlichen von der Sache Gebrauch macht und sie bei Erlöschen der Forderung auf den vorherigen Eigentümer zurücküberträgt. Im Einzelnen:

- Die Sicherungsübereignung dient der *Sicherstellung einer Forderung*.
- Als *Gegenstand* einer Sicherungsübereignung kommen vor allem bewegliche Sachen in Betracht, an denen auch ein Faustpfandrecht bestellt werden kann. Häufig handelt es sich um Inhaber- oder Ordrepapiere.
- Anders als beim Pfandrecht *geht das Eigentum* an der Sache auf die Fiduziarin *über*: diese erhält die Stellung einer gewöhnlichen Eigentümerin im Sinn von Art. 641 ZGB.
- Zur Eigentumsübertragung kommt als Verpflichtungsgeschäft die von den Parteien geschlossene *Sicherungsabrede*. Diese hat folgenden Inhalt:
  - Sie ist *Rechtsgrund für den Eigentumsübergang* auf die Fiduziarin.
  - Die Fiduziarin verpflichtet sich durch die Sicherungsabrede gegenüber dem Fiduzianten obligatorisch, von ihren aus dem Eigentum fliessenden Befugnissen nur insofern Gebrauch zu machen, als es der Sicherungszweck des Geschäfts erfordert. Die Fiduziarin kann mit anderen Worten rechtlich mehr, als sie darf (*überschiessende Rechtsmacht*).
  - Bei Erlöschen der gesicherten Forderung hat die Fiduziarin *die Sache* dem Fiduzianten *zurückzugeben* (obligatorisch, nicht dinglicher Natur!).
- *Im Fall der Nichtbefriedigung* bei Fälligkeit der Forderung kann die Fiduziarin sich mit Hilfe der Sache bezahlt machen. Die Verwertung erfolgt durch freihändigen Verkauf, freiwillige Versteigerung oder Selbsteintritt. Ein allfälliger Überschuss hat sie dem Fiduzianten herauszugeben.

Die Sicherungsübereignung ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt; die Zulässigkeit dieser Art von Kreditsicherung wird jedoch seit jeher von Rechtsprechung und Lehre anerkannt.

## V. Die Sicherungszession

Die Sicherungszession stellt ein fiduziarisches Rechtsgeschäft mit folgendem Inhalt dar: Der Schuldner bzw. ein Dritter (Fiduziant oder Zedent) tritt der Gläubigerin (Fiduziarin oder Zessionarin) zur Sicherstellung einer Hauptforderung eine ihm zustehende Forderung oder ein anderes Recht ab mit der Vereinbarung, dass die Gläubigerin nur im Rahmen des für den Sicherungszweck Erforderlichen von der übertragenen Forderung bzw. dem übertragenen Recht Gebrauch macht und nach Erlöschen der Hauptforderung eine Rückzession vornimmt.

Die Sicherungszession entspricht in ihrer Ausgestaltung der Sicherungsübertragung – mit dem Unterschied, dass sie nicht bewegliche oder unbewegliche Sachen, sondern Forderungen und andere Rechte zum Gegenstand hat:

- *Gegenstand* einer Sicherungszession kann jede Forderung sein, die nach Art. 164 Abs. 1 OR abtretbar ist.
- Der Zedent *tritt die Forderung* bzw. das Recht an die Zessionarin *ab* (Verfügungsgeschäft).
- Zur Zession kommt die Sicherungsabrede hinzu. Sie beinhaltet einerseits die interne Beschränkung der der Fiduziarin einzuräumenden Rechtsmacht und die Voraussetzung, unter welchen die abgetretene Forderung dem Zedenten zurückzediert werden muss. Auf Seiten des Zedenten enthält die Sicherungsabrede andererseits die Verpflichtung, die Forderung auf die Zessionarin zu übertragen. Sie bildet damit als Verpflichtungsgeschäft die *"causa"* für die Sicherungszession (Verfügungsgeschäft), sofern man die Zession als kausales Rechtsgeschäft begreift.

Die praktische Bedeutung der Sicherungszession ist enorm, unter anderem bei Spielarten des sogenannten Factoringvertrags. Wichtig sind insbesondere folgende zwei Arten von Sicherungszessionen:

- Die *Globalzession*: Der Zedent tritt zur Sicherstellung von Krediten sämtliche Gegenwärtigen und künftigen Forderungen aus seinem Geschäft an die Zessionarin – regelmässig eine Bank – ab. Schranken sind die Art. 27 Abs. 2 ZGB sowie Art. 20 Abs. 1 OR. Hingegen ist die Abtretung aller aus einem Geschäftsbetrieb resultierenden Forderungen grundsätzlich zulässig.
- Die *Lohnzession* nach Art. 325 OR: Der Arbeitnehmer kann gemäss Abs. 1 der Bestimmung zur Sicherung familienrechtlicher Unterhalts- oder Unterstützungspflichten künftige Lohnforderungen so weit abtreten, als sie pfändbar sind.

## VI. Die Sicherungshinterlegung

Der Sicherungshinterlegung liegt folgendes *Schema* zugrunde: Der Schuldner oder ein Dritter (Hinterleger, Deponent) übergibt zwecks Sicherung einer Forderung dem Aufbewahrer (Depositär) einen Gegenstand zur Aufbewahrung mit der Weisung, diesen im Fall der Nichterfüllung der gesicherten Forderung der Gläubigerin (Begünstigte) herauszugeben oder in Hinblick auf eine Zwangsverwertung zur Verfügung zu halten. Folgende *Arten* der Sicherungshinterlegung werden unterschieden:

- Die reguläre Sicherungshinterlegung
- Die irreguläre Sicherungshinterlegung
- Die fiduziarische Sicherungshinterlegung

*Rechtsgrund* der Sicherungshinterlegung ist regelmässig ein *Sicherungshinterlegungsvertrag*.

*Im Fall der Nichtbefriedigung* ist die Gläubigerin berechtigt, sich mit Hilfe des Pfandgegenstandes bezahlt zu machen. Grundsätzlich erfolgt die Realisierung des Pfandrechts über eine *Betreibung auf Pfandverwertung*.