Urteilskopf

105 II 329

54. Urteil der II. Zivilabteilung vom 6. Dezember 1979 i.S. Käser und Käser gegen Locher (Berufung)
Regeste (de):
Ausserordentliche Ersitzung einer Grunddienstbarkeit (Art. 731 Abs. 3 ZGB).

Zu Lasten eines in einem kantonalen Publizitätsregister eingetragenen Grundstücks kann eine Grunddienstbarkeit solange durch ausserordentliche Ersitzung begründet werden, als nicht eine umfassende Bereinigung der Dienstbarkeiten stattgefunden hat (Änderung der Rechtsprechung).

Regeste (fr):
Acquisition d'une servitude par prescription extraordinaire (art. 731 al. 3 CC).

L'acquisition d'une servitude à charge d'un immeuble immatriculé dans un registre cantonal de publicité foncière peut se faire par prescription extraordinaire aussi longtemps que le fonds n'a pas été l'objet d'une procédure complète d'épuration des servitudes (revirement de jurisprudence).

Regesto (it):
Acquisto di una servitù mediante prescrizione straordinaria (art. 731 cpv. 3 CC).

L'acquisto di una servitù gravante un fondo iscritto in un registro cantonale di pubblicità fondiaria può aver luogo mediante prescrizione straordinaria fino a che il fondo non sia stato oggetto di una procedura completa d'appuramento delle servitù (cambiamento della giurisprudenza).

Sachverhalt ab Seite 329

BGE 105 II 329 S. 329

A.- Peter Locher, Pius Käser und Albert Käser sind Eigentümer dreier aneinandergrenzender Grundstücke in der Gemeinde Bösingen (Kanton Freiburg). Auf der Parzelle 916 des Albert Käser entspringt eine Quelle, die in einer Brunnenstube gefasst und deren Wasser durch eine Leitung in nordwestlicher Richtung über die Parzelle 907 des Pius Käser bis unmittelbar vor die Grenze zur Parzelle 889 aaa des Peter Locher geführt wird. Dort befindet sich ein Teilstock, von dem aus je eine Leitung zum Hause des Pius Käser und zu jenem des Peter Locher führt.

BGE 105 II 329 S. 330

Im altrechtlichen kantonalen Publizitätsregister ist die Parzelle 907 des Pius Käser mit einer "Brunnenleitung" zugunsten der Parzelle 889 aaa des Peter Locher belastet. Andererseits besteht zu ihren Gunsten ein Quellen- und Durchleitungsrecht zu Lasten der Parzelle 916 des Albert Käser. Zugunsten der Parzelle 889 aaa des Peter

Locher und zu Lasten der Parzelle 16 des Paul Poffet, die in ansteigendem Gelände südöstlich an die Parzelle 916 des Albert Käser grenzt, ist schliesslich ein "Nachgrabungsrecht für die Brunnenleitung" eingetragen.

B.- Mit Eingabe vom 28. Mai 1976 reichte Peter Locher beim Bezirksgericht der Sense gegen Albert und Pius Käser Klage ein. Er verlangte, dass zugunsten seiner Parzelle (889 aaa) das Bestehen eines Quellen-, Brunnenstuben- und Wasserleitungsrechtes zu Lasten der Parzelle 916 des Albert Käser sowie eines Wasserleitungs- und Teilstockrechtes zu Lasten der Parzelle 907 des Pius Käser festgestellt und dass die Eintragung dieser Rechte im Grundbuch angeordnet werde. Der Beklagte Pius Käser anerkannte, dass seine Parzelle mit einer "Brunnenleitung" zugunsten des klägerischen Grundstückes belastet sei. Im übrigen wurde jedoch von beiden Beklagten Abweisung der Klage beantragt.

C.- Mit Urteil vom 11. Juli 1978 stellte das Bezirksgericht der Sense fest, dass der Beklagte Pius Käser anerkenne, dass seine Parzelle mit einer "Brunnenleitung" zugunsten der Parzelle des Klägers belastet sei. Im übrigen wies es die Klage ab mit der Begründung, der Kläger habe eine Ersitzung der beanspruchten Grunddienstbarkeiten nach altem kantonalem Recht, d.h. vor dem 1. Januar 1912 (dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches), nicht zu beweisen vermocht und gemäss den Art. 662 und 731 ZGB sei die ausserordentliche Ersitzung einer Grunddienstbarkeit zu Lasten eines Grundstückes, das im Grundbuch eingetragen sei, ausgeschlossen.

D.- In Gutheissung einer gegen das bezirksgerichtliche Urteil erhobenen Berufung des Klägers erliess das Kantonsgericht des Staates Freiburg (Appellationshof) am 2. Mai 1979 folgendes Urteil: "...
3. Es wird festgestellt, dass zu Gunsten von Art. 889 aaa der Gemeinde Bösingen und zu Lasten des Art. 916 ein Wasser-, Brunnstuben- und Leitungsrecht sowie zu Lasten des Art. 907 derselben Gemeinde ein Brunnenleitungs- und Teilstockrecht bestehen. Diese Rechte werden im

bisherigen Rahmen und nach Massgabe der vorhandenen Einrichtungen ausgeübt. 4. Das Grundbuchamt des Sensebezirks wird angewiesen, diese Rechte ins Grundbuch einzutragen."
Auch das Kantonsgericht verneint eine Ersitzung für die Zeit vor dem 1. Januar 1912. Hingegen hält es dafür, der Kläger habe die Grunddienstbarkeiten nach diesem Zeitpunkt ersessen, weil der altrechtlichen Publizitätseinrichtung des Kantons Freiburg nicht die volle negative Rechtskraft zukomme.

E.- Mit Berufung an das Bundesgericht beantragen die beiden Beklagten, das kantonsgerichtliche Urteil sei aufzuheben und die Klage abzuweisen; allenfalls sei die Sache zur Ergänzung der Akten und zu neuer Entscheidung an die kantonale Appellationsinstanz zurückzuweisen. Der Kläger schliesst auf Abweisung der Berufung.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
Gemäss Art. 731 Abs. 3 ZGB ist die Ersitzung von Grunddienstbarkeiten nur zu Lasten von Grundstücken möglich, an denen das Eigentum ersessen werden kann. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung wäre die ordentliche Ersitzung einer Grunddienstbarkeit nur ganz ausnahmsweise möglich. Damit nämlich jemand zu Unrecht als Dienstbarkeitsberechtigter im Grundbuch eingetragen sein kann (vgl. Art. 661 ZGB), muss zwangsläufig das Grundstück als solches im Grundbuch aufgenommen sein, und in den meisten Fällen wird sich aus diesem Eintrag auch der Eigentümer ergeben. Die ordentliche Ersitzung einer Dienstbarkeit käme bei wörtlicher Auslegung des Art. 731 ZGB nur in den seltenen Fällen in Frage, da letzteres nicht zutrifft. Das kann indessen nicht der Sinn des Gesetzes sein (vgl. BGE 52 II 120 E. 2). Mit LIVER (N. 120 zu Art. 731 ZGB

mit Hinweisen auf Materialien) ist Art. 731 Abs. 3 ZGB vielmehr dahin auszulegen, dass auf die Ersitzung von Dienstbarkeiten die Vorschriften über die Ersitzung von Grundeigentum (Art. 661 ff. ZGB) sinngemäss anzuwenden sind. Für die im vorliegenden Fall - wo die beanspruchten Dienstbarkeiten nirgends eingetragen sind - allein in Frage kommende ausserordentliche oder Extratabularersitzung ergibt sich aus dem Gesagten, dass sie dann möglich ist, wenn das Grundbuch keinen zuverlässigen Aufschluss über den Bestand

von Dienstbarkeiten vermittelt. Davon kann in der Regel dort nicht die Rede sein, wo das eidgenössische Grundbuch eingeführt und das Grundstück, dessen Belastung mit einer Dienstbarkeit in Frage steht, darin aufgenommen ist. Indessen ist nach den Ausführungen der Vorinstanz für die Gemeinde Bösingen das eidgenössische Grundbuch noch nicht eingeführt. Bezüglich der kantonalen Publizitätseinrichtung bestimmt Art. 370 Abs. 1 des freiburgischen Einführungsgesetzes zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG zum ZGB), dass das vor Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches unter dem Namen "casier" geführte Buch fortan die Bezeichnung "Hauptbuch" tragen soll und dass alle im Kataster und in den Hypothekenbüchern enthaltenen Einträge darin aufgenommen werden sollen. Die erwähnte Bestimmung sieht ferner vor, dass das Hauptbuch vervollständigt werde und vom 1. Januar 1912 an alle endgültigen und vorläufigen Einträge, die Vormerkungen und die Anmerkungen bezüglich des Eigentums, der Dienstbarkeiten und der Grundlasten aufzunehmen habe. Gemäss Art. 370 Abs. 2 EG zum ZGB sollen diese Einträge dieselbe Rechtswirkung haben wie diejenigen im eidgenössischen Grundbuch. Unter Hinweis auf BOSSY (Grundbucheinrichtungen und Einführung des eidgenössischen Grundbuches im Kanton Freiburg, in: ZBGR 32/1951, S. 1 ff., insbesondere S. 14 ff.) hält die Vorinstanz fest, der freiburgischen Publizitätseinrichtung komme freilich insofern noch nicht die volle Grundbuchwirkung im Sinne des Zivilgesetzbuches zu, als sie keinen Aufschluss darüber gebe, ob und welche Dienstbarkeiten vor der Einführung des Eintragungsprinzips errichtet worden seien, da noch kein Bereinigungsverfahren habe durchgeführt werden können. Ob unter solchen Umständen eine Dienstbarkeit nach Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches ersessen werden könne, wird unterschiedlich beurteilt. Im Schrifttum wurde die Frage früher eher verneint (so HUBER/MUTZNER, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, 2. A., S. 268; PFISTER, Die Ersitzung nach schweizerischem Recht, Zürcher Diss. 1931, S. 56 Anm. 10), während in jüngeren Publikationen im allgemeinen der gegenteilige Standpunkt eingenommen wird (LIVER, N. 162-165 zu Art. 731 ZGB; LIVER, Das Eigentum, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/1, S. 155; LIVER, in ZBJV 109/1973, S. 84; LIVER, in: ZBGR 60/1979, S. 40; BROGGINI, Intertemporales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. I S. 506;

TOBLER, Die dinglichen Rechte des Zivilgesetzbuches dargestellt am Beispiel der Leitungen, Berner Diss. 1953, S. 80). Auch die Rechtsprechung ist nicht einheitlich. Gegen die Zulässigkeit der ausserordentlichen Ersitzung haben sich namentlich das Obergericht des Kantons Zürich (vgl. ZBGR 42/1961, S. 206), das Obergericht des Kantons Luzern (vgl. SJZ 58/1962, S. 232) und das Kantonsgericht St. Gallen (St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis 1976, Nr. 22) ausgesprochen, während das Kantonsgericht von Graubünden (vgl. PKG 1944 Nr. 28, 1951 Nr. 27 und 1967 Nr. 29) und das Kantonsgericht Wallis (vgl. SJZ 71/1975, S. 12 Nr. 6) anderer Auffassung sind. In einem den Kanton Thurgau betreffenden Fall hat das Bundesgericht kürzlich entschieden, dass ein im dortigen provisorischen Grundbuch eingetragenes Grundstück als im Sinne von Art. 662 ZGB in das Grundbuch aufgenommen zu gelten habe, für eine ausserordentliche Ersitzung des zu Lasten dieses Grundstückes beanspruchten Fuss- und Fahrwegrechts seit dem 1. Januar 1912 deshalb kein Raum mehr sei. Es wurde

darauf hingewiesen, dass nach thurgauischem Recht jedes Grundstück von Amtes wegen in das provisorische Grundbuch aufzunehmen sei, das unter anderem ein Eigentümerverzeichnis sowie ein Manual und Protokoll über die Dienstbarkeiten und Grundlasten umfasse. Ferner wurde ausgeführt, dass gemäss der einschlägigen Bestimmung des kantonalen EG zum ZGB den Eintragungen in das Manual bezüglich Entstehung, Übertragung, Umänderung und Untergang der dinglichen Rechte Grundbuchwirkung zukomme, woraus erhelle, dass im Kanton Thurgau seit dem 1. Januar 1912 Dienstbarkeiten, für die das Bundeszivilrecht die Eintragung verlange, anders nicht mehr begründet werden könnten und dass das provisorische Grundbuch somit lückenlos über diese unter der Herrschaft des Zivilgesetzbuches errichteten beschränkten dinglichen Rechte Aufschluss gebe (BGE 104 II 305 f.). Daran kann nicht festgehalten werden. Zwar kommt sowohl nach dem thurgauischen wie auch nach dem hier massgebenden freiburgischen Recht den jeweiligen kantonalen Publizitätseinrichtungen insofern negative Rechtskraft zu, als für die rechtsgeschäftliche Begründung neuer Dienstbarkeiten die Eintragung Gültigkeitserfordernis ist. Die ausserordentliche Ersitzung wird jedoch dadurch nicht ausgeschlossen. Bevor nicht eine umfassende Bereinigung der

Dienstbarkeiten stattgefunden hat, kann einer kantonalen Grundbucheinrichtung insofern keine volle Grundbuchwirkung im Sinne des Zivilgesetzbuches zukommen, als sich ein Dritter nicht darauf verlassen kann, dass neben den eingetragenen nicht noch andere Dienstbarkeiten bestehen. Solange dies nicht der Fall ist, können solche weiterhin gestützt auf Art. 731 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 662 ZGB ersessen werden, gleich wie das Eigentum ersessen werden kann, wenn aus dem Grundbuch nicht abschliessend hervorgeht, wer Eigentümer eines bestimmten Grundstückes ist (vgl. LIVER, in: ZBGR 60/1979, S. 40). Die Vorinstanz hat demzufolge mit der Annahme, der Kläger habe die von ihm beanspruchten Dienstbarkeiten unter der Herrschaft des Zivilgesetzbuches ersessen, kein Bundesrecht verletzt.