

Prof. Dr. Roland Pfäffli / Fabrizio Andrea Liechi

Kostentragung bei Verlegung von Leitungsdienstbarkeiten – Eine intertemporale Betrachtung

Der Bundesgesetzgeber hat mit der Sachenrechtsrevision die Kostentragung bei Verlegung einer Leitungsdienstbarkeit grundlegend verändert. Mangels spezifischer übergangsrechtlicher Bestimmungen ist die intertemporale Fragestellung betreffend Kostentragung nach den allgemeinen Grundsätzen zu beantworten.

Rechtsgebiet(e): Sachenrecht; Eigentum; Beiträge

Zitiervorschlag: Roland Pfäffli / Fabrizio Andrea Liechi, Kostentragung bei Verlegung von Leitungsdienstbarkeiten – Eine intertemporale Betrachtung, in: Jusletter 11. November 2013

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Recht des Dienstbarkeitsbelasteten auf Verlegung von Dienstbarkeiten
- III. Kostentragungspflicht bei Verlegung einer Leitungsdienstbarkeit vor dem 1. Januar 2012 und de lege lata
- IV. Intertemporalrechtliche Problemstellung
 1. Einführung
 2. Novellen im Schlusstitel zum ZGB
 3. Allgemeine intertemporale Regeln für Dienstbarkeiten
 4. Anwendbarkeit der allgemeinen intertemporalen Grundsätze
 5. Kollisionsrechtliche Methode und das Vertrauensprinzip
- V. Fazit

I. Einführung

[Rz 1] Die Teilrevision des Immobiliarsachenrechts (in Kraft ab 1. Januar 2012)¹ hat neben den bereits viel diskutierten und äusserst praxisrelevanten Änderungen bei den Grundpfandrechten, den Formvorschriften im Dienstbarkeitsrecht und der Quoren im Miteigentum², auch Änderungen erfahren, welche bisher in der Literatur überhaupt nicht oder nur marginal behandelt wurden. Darunter fällt etwa die ersatzlose Streichung des Art. 742 Abs. 3 des Zivilgesetzbuches (ZGB), welche in vorliegendem Beitrag nähere Betrachtung verdient³.

II. Recht des Dienstbarkeitsbelasteten auf Verlegung von Dienstbarkeiten

[Rz 2] Art. 742 Abs. 1 ZGB räumt einem dienstbarkeitsbelasteten Grundeigentümer seit jeher das Recht ein, die sein Eigentum an einer bestimmten Stelle beschränkende Dienstbarkeit unter gewissen Voraussetzungen räumlich verlegen zu lassen: «Wird durch die Ausübung der Grunddienstbarkeit nur ein Teil des Grundstückes in Anspruch genommen, so kann der Eigentümer, wenn er ein Interesse nachweist und die Kosten übernimmt, die Verlegung auf eine andere, für den Berechtigten nicht weniger geeignete Stelle verlangen.»

[Rz 3] Sofern der Dienstbarkeitsbelastete folglich ein Interesse nachweist, die Kosten übernimmt und die neue geographische Lokalisation der Dienstbarkeit für den Dienstbarkeitsberechtigten nicht weniger geeignet ist, darf der Belastete eine

Verlegung dieser Dienstbarkeit verlangen. Ein eigenmächtiges Vorgehen des Dienstbarkeitsbelasteten ist diesbezüglich jedoch ausgeschlossen; stets bedarf es entweder der Einwilligung des Dienstbarkeitsberechtigten oder eines gerichtlichen Urteils⁴. Dieses Verlegungsrecht ist zudem zwingender Natur, womit es der Parteiautonomie entzogen bleibt⁵.

[Rz 4] HUBER hat dieses – dem römischen Recht noch unbekannte Verlegungsrecht⁶ – aus dem Prinzip der schonenden Rechtsausübung abgeleitet⁷. Tatsächlich ist nicht ersichtlich, weshalb eine Verlegung der Dienstbarkeit nicht zulässig sein sollte, wenn diese Dislozierung für den Berechtigten keinen Nachteil mit sich bringt und der Belastete namentlich die Kosten für die Verlegung übernimmt. Bereits für den geistigen Vater des ZGB wie auch für die Expertenkommission und die Eidgenössischen Räte war es denn auch selbstverständlich, dass diese räumliche Verlegung nur auf Kosten des Belasteten erfolgen konnte, da lediglich dieser ein Interesse an der inhaltlichen Veränderung eines dinglichen Rechts hatte⁸.

III. Kostentragungspflicht bei Verlegung einer Leitungsdienstbarkeit vor dem 1. Januar 2012 und de lege lata

[Rz 5] Erstaunlicherweise wurde jedoch vor Inkrafttreten der Sachenrechtsrevision in Art. 742 Abs. 3 aZGB betreffend Verlegung von Leitungsdienstbarkeiten die nachfolgende Sonderregelung normiert: «Auf die Verlegung von Leitungen werden im Übrigen die nachbarrechtlichen Vorschriften angewendet.»

[Rz 6] Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre wurde dieser Abs. 3 in Übereinstimmung mit dem französischen und italienischen Gesetzeswortlaut dergestalt ausgelegt, dass dieser Verweis auf die nachbarschaftlichen Bestimmungen auch die Kostentragung mitumfasste⁹. Art. 742 Abs. 3 aZGB unterstellte folglich die

¹ Vgl. AS 2011 S. 4637 ff.

² Vgl. dazu PFÄFFLI / BYLAND, Erfahrungen mit dem neuen Immobiliarsachenrecht, Baurecht 2013 S. 166 ff.

³ Da vom (ehemaligen) Anwendungsbereich dieses Artikels die nachbarschaftsrechtliche Legaldienstbarkeit nach Art. 691 ZGB (Notleitungsrecht) nicht mitumfasst war, wird auf dieselbe in vorliegender Abhandlung nicht näher eingegangen. Tatsächlich hat der Gesetzgeber die Kostentragung bei der Verlegung von Notleitungen auf dem Grundstück eines Nachbarn unverändert gelassen. Diese kann mithin nach wie vor nur gegen volle Entschädigung des belasteten Eigentümers erzwungen werden. Diese spezielle Kostenregelung dürfte im überbauten Gebiet aufgrund des heutigen Ausbaustandes jedoch nur noch selten angewendet werden, vgl. dazu BÖSCH, Bauvorhaben und Dienstbarkeiten, Anwaltsrevue 2012 S. 144.

⁴ PETITPIERRE, Basler Kommentar, 2011, Note 14 zu Art. 743 ZGB.

⁵ PETITPIERRE, Basler Kommentar, 2011, Note 16 zu Art. 743 ZGB.

⁶ Das römische Recht anerkannte jedoch bereits den Grundsatz, dass eine Dienstbarkeit stets unter Schonung des belasteten Grundstücks ausgeübt werden musste (sog. *civiliter uti*, vgl. etwa D 47,10,44; 6,1,38), vgl. dazu WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage, unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, bearbeitet von KIPP, Frankfurt am Main 1906, Band I, S. 1079.

⁷ HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 2. Ausgabe, Band II, S. 147, in: REBER/HURNI, Berner Kommentar, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Band II, Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfs von 1900, Note 1579. Dieses Verlegungsrecht des Dienstbarkeitsbelasteten wurde aus dem Art. 701 des französischen Code civil (CC) in verschiedene kantonale Gesetzbücher und schliesslich in die eidgenössische Zivilprozessordnung übernommen, vgl. dazu HUBER, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Band III, S. 365 ff.

⁸ LIVER, Zürcher Kommentar, Note 24 zu Art. 742 ZGB.

⁹ BGE 97 II 371 S. 383 E. 5 = Praxis 1972 Nr. 123 E. 5 = ZBGR 1972 S. 362 E.

Kostentragung betreffend die Verlegung von Leitungen den nachbarrechtlichen Bestimmungen von Art. 693 ZGB¹⁰, welcher vorsieht: «Die Kosten der Verlegung hat in der Regel der Berechtigte zu tragen.»

[Rz 7] Betreffend die Verlegung von Leitungsdienstbarkeiten galt somit während über hundert Jahren eine schwer nachvollziehbare – und vom Grundsatz von Art. 742 Abs. 1 ZGB abweichende – Sonderregelung betreffend die Kostentragung. Tatsächlich musste ausschliesslich bei Leitungsdienstbarkeiten der Dienstbarkeitsberechtigte und nicht der (verlegungswillige) Belastete für die entsprechenden Kosten aufkommen. Dies, obschon diese Verlegung einzig im Interesse des Dienstbarkeitsbelasteten lag.

[Rz 8] Die Gründe dieser interessensdivergierenden Sonderregelung für Leitungsdienstbarkeiten sind heute nicht mehr restlos nachvollziehbar. Mit LIVER kann wohl nicht ausgeschlossen werden, dass diese Ausnahmeregelung auf den damaligen Aufschwung der Elektrizitätswirtschaft und der Sorge, dass ein (finanzielles) Ungleichgewicht zwischen dem verlegungswilligen (belasteten) Grundeigentümer und dem finanzkräftigen (berechtigten) Elektrizitätsunternehmen bestehen könnte, zurückzuführen ist¹¹. Der unklare Hintergrund dieser Bestimmung und die dadurch bewirkte interessensabweichende Kostenverlegung wurde denn auch (zu Recht) von der Lehre beanstandet¹², was den Gesetzgeber veranlasste, diese Sonderregelung mit der Teilrevision des Immobiliarsachenrechts (in Kraft seit dem 1. Januar 2012) ersatzlos zu streichen¹³.

[Rz 9] De lege lata bestimmen sich die Kostenfolgen für die vom Dienstbarkeitsbelasteten angebehrte Verlegung einer Leitungsdienstbarkeit nach Art. 742 Abs. 1 ZGB, womit derselbe (und nicht mehr der Dienstbarkeitsberechtigte) für die

dadurch verursachten Kosten kostenpflichtig wird. Diese Lösung (Kostentragung des Belasteten) erscheint nach der hier vertretenen Auffassung unter Berücksichtigung der Interessenlage des Dienstbarkeitsbelasteten an der Dienstbarkeitsverlegung als sachgerecht und ist zu begrüßen.

IV. Intertemporalrechtliche Problemstellung

1. Einführung

[Rz 10] Bei der oben ausgeführten Ausgangslage stellt sich die Frage, in welchem Moment zwischen erstmaliger Dienstbarkeitserrichtung und Inkrafttreten der Sachenrechtsrevision die Kostentragung vom Dienstbarkeitsberechtigten auf den Dienstbarkeitsbelasteten übergegangen ist.

[Rz 11] Da sich mithin die Frage stellt, welche Rechtssätze in zeitlicher Hinsicht zur Anwendung gelangen, handelt es sich um eine intertemporalrechtliche Fragestellung.

2. Novellen im Schlusstitel zum ZGB

[Rz 12] Bei der Sachenrechtsrevision 2009 hat der Gesetzgeber vier neue Schlusstitel ins ZGB eingefügt. Sie betreffen die mit Dienstbarkeiten nebensächlich verbundenen Verpflichtungen, die Fortdauer der bisherigen Pfandrechte, die Umwandlung der Schuldbriefe sowie die altrechtlich entstandenen öffentlich-rechtlichen Grundlasten und gesetzlichen Pfandrechte¹⁴. Diese neu eingefügten Schlusstitel vermögen die vorliegende Fragestellung betreffend Kostentragung bei Verlegung einer Leitungsdienstbarkeit gleichsam nicht zu beantworten.

3. Allgemeine intertemporale Regeln für Dienstbarkeiten

[Rz 13] Da die mit der Sachenrechtsrevision eingefügten Novellen in den SchIT ZGB die Frage der Kostentragung bei Verlegung einer Leitungsdienstbarkeit nicht beantworten, bedarf es der Hinzuziehung der allgemeinen Grundsätze des intertemporalen Rechts, welche für diese Gesetzesrevision als subsidiäres Recht anzuwenden sind¹⁵. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass der für Dienstbarkeiten relevante Art. 17 SchIT ZGB – welcher gegenüber den allgemeinen Regeln in Art. 1 bis 4 SchIT ZGB für sachenrechtliche Problemstellungen eine *lex specialis* darstellt¹⁶ – nach der hier vertretenen Auffassung ebenfalls keine Lösung der sich hier stellenden

5.; LIVER, Zürcher Kommentar, Note 88 zu Art. 742 ZGB mit weiteren Hinweisen; a.M.: BESSON, La suppression et l'adaptation des servitudes par le juge, *Journal des Tribunaux*, JdT 1969 I S. 258 ff., insbesondere S. 284; BARBEY, De la modification des charges dans les servitudes, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, SJZ 1944 S. 219 f. Die in der deutschen Fassung gewählte Wortwendung «im Übrigen» – welche bei einer strengen grammatikalischen Auslegung dahingehend hätte verstanden werden können, dass die Kostenregelung sich nach Art. 742 Abs. 1 ZGB richte – war vielmehr ein redaktionelles Versehen der Redaktionskommission der eidgenössischen Räte, vgl. dazu BGE 97 II 371 S. 383 E. 5 = Praxis 1972 Nr. 123 E. 5 = ZBGR 1972 S. 362 E. 5 sowie den Bericht dieser Kommission an die Bundesversammlung vom 20. November 1907, BBI 1907 IV 367 ff., insbesondere S. 371.

¹⁰ Dies galt sowohl für das als Grund- wie auch für das als Personaldienstbarkeit ausgestaltete Leitungsrecht, vgl. dazu PELLASCIO, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (OFK), Bern/St. Gallen 2011, NOTE 2 zu Art. 742 ZGB.

¹¹ LIVER, Zürcher Kommentar, Note 82 zu Art. 742 ZGB.

¹² LIVER, Zürcher Kommentar, Noten 89 ff. zu Art. 742 ZGB; PETITPIERRE, Basler Kommentar, 2011, Note 11 zu Art. 743 ZGB.

¹³ BOTSCHAFT vom 27. Juni 2007 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), BBI 2007 S. 5312.

¹⁴ Art. 21 Abs. 2, 33a, 33b und Art. 44 Abs. 3 SchIT ZGB.

¹⁵ PIOTET, Le droit transitoire de la révision du Code civil du 11 décembre 2009 et la pratique notariale, *Der bernische Notar*, BN 2010 S. 225 mit weiteren Hinweisen.

¹⁶ VISCHER, Die allgemeinen Bestimmungen des intertemporalen Privatrechts, Diss. Zürich 1986, S. 26 f.

Frage bietet. Tatsächlich bestimmt Art. 17 Abs. 2 SchIT ZGB: «In Bezug auf ihren Inhalt stehen jedoch [...] die beschränkten dinglichen Rechte nach dem Inkrafttreten des Gesetzes, soweit es eine Ausnahme nicht vorsieht, unter dem neuen Recht.»

[Rz 14] Diese Norm beschränkt sich folglich auf intertemporale Problemstellungen betreffend den Inhalt einer Dienstbarkeit. Der Inhalt einer Dienstbarkeit erschliesst sich aus Art. 730 ZGB¹⁷: Danach kann der Inhalt einer Dienstbarkeit entweder die Pflicht zur Duldung bestimmter Eigentumseingriffe oder die Pflicht zur Unterlassung eigener Eigentumsrechte darstellen¹⁸. Wesentlich ist jedoch, dass der belastete Eigentümer im Rahmen der Dienstbarkeit Rechte aufgibt, welche seinem Eigentum am belasteten Grundstück entfließen¹⁹. Da die vorliegende Fragestellung betreffend Kostentragung nicht ein aus dem Eigentum fließendes Recht – sondern lediglich die aus einer Veränderung eines solchen Rechts fließende Kostentragungspflicht umfasst – ist Art. 17 Abs. 2 SchIT ZGB nicht einschlägig²⁰. Tatsächlich handelt es sich bei der Kostentragungspflicht um eine Realobligation²¹, welche zwar mit der Dienstbarkeit untrennbar verbunden, aber dennoch ihrem Wesen nach obligatorischer und nicht dinglicher Natur ist²². Damit lässt sie den Inhalt der (verlegten) Leitungsdienstbarkeit unberührt.

4. Anwendbarkeit der allgemeinen intertemporalen Grundsätze

[Rz 15] Die Frage der Kostentragung bei der räumlichen Verschiebung altrechtlich verlegter Leitungen ist damit nach den in Art. 1 bis 4 SchIT ZGB normierten allgemeinen Rechtsgrundsätzen zum intertemporalen Recht zu beantworten:

[Rz 16] Der Schlusstitel zum ZGB sieht in Art. 1 die Grundregel der Nichtrückwirkung neuen Rechts vor: Ist eine Tatsache unter der Geltung des alten Rechts eingetreten und hat das alte Recht bestimmte Rechtswirkungen an diese Tatsachen geknüpft, so bleiben diese Rechtswirkungen auch unter neuem Recht erhalten. Hiervor sind insbesondere auch Rechtsverhältnisse erfasst, die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts begründet worden sind und zu diesem Zeitpunkt

noch bestehen (sog. *negotia pendencia*)²³. Bei Verträgen, die vor Inkrafttreten des neuen Rechts abgeschlossen wurden, sind damit nicht nur Gültigkeit und Anfechtbarkeit nach altem Recht zu beurteilen, sondern auch deren Rechtswirkungen und der Umfang der Ansprüche der Vertragsparteien (wie z.B. die Kostentragung)²⁴. Diese intertemporale Regel gemäss Art. 1 SchIT ZGB findet jedoch grundsätzlich nur auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse Anwendung, welche zwischen den Parteien willentlich (d.h. vertraglich) begründet wurden²⁵. Wird das Rechtsverhältnis demgegenüber von Gesetzes wegen begründet, findet nicht Art. 1, sondern Art. 3 SchIT ZGB Anwendung. Dies unabhängig davon, ob es sich um zwingendes oder dispositives Gesetzesrecht handelt, welches das Rechtsverhältnis regelt²⁶. Der Art. 3 SchIT ZGB lautet wie folgt: «Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, sind nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes nach dem neuen Recht zu beurteilen, auch wenn sie vor diesem Zeitpunkte begründet worden sind²⁷.»

[Rz 17] Bei der vorliegend interessierenden Kostentragung gilt es zu berücksichtigen, dass sie nicht der Parteiautonomie, d.h. dem Willen der Parteien, überlassen ist, sondern vom (dispositiven) Gesetzesrecht statuiert wird²⁸. Da die Kostentragung nach Art. 742 Abs. 1 ZGB, resp. Art. 742 Abs. 3 aZGB nicht rechtsgeschäftlich, sondern ex lege und unabhängig vom Willen der Parteien durch das Gesetz bestimmt wird, ist nach richtiger Auffassung auf die vorliegende Fragestellung Art. 3 SchIT ZGB anzuwenden. Da die Kostentragungspflicht folglich sowohl nach dem alten wie auch nach dem neuen Recht vom (dispositiven) Gesetzesrecht geregelt wird, muss auf die hier interessierende Fragestellung Art. 3 SchIT ZGB – als *lex specialis* zu Art. 1 SchIT ZGB – angewendet werden²⁹.

¹⁷ Und nicht aus Art. 738 ZGB (vgl. die irreführende Marginalie), vgl. dazu LIVER, Zürcher Kommentar, Note 1 zu Art. 737 ZGB.

¹⁸ PETITPIERRE, Basler Kommentar, 2011, Noten 1 und 17 f. zu Art. 730 ZGB.

¹⁹ PETITPIERRE, Basler Kommentar, 2011, Note 14 zu Art. 730 ZGB.

²⁰ Anders verhält es sich hinsichtlich des Verlegungsanspruchs an sich. Dieser Anspruch ist selbstverständlich Inhalt der Dienstbarkeit, der durch die Verlegung modifiziert wird, vgl. dazu LIVER, Zürcher Kommentar, Note 111 zu Art. 742 ZGB mit weiteren Hinweisen. Da dieser Anspruch vom neuen Recht nicht verändert wurde, stellen sich betreffend diesen Anspruch keine intertemporalrechtlichen Probleme.

²¹ LIVER, Zürcher Kommentar, Note 108 zu Art. 742 ZGB.

²² VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Nachdruck Zürich 1984, S. 21.

²³ VISCHER (Fn. 16), S. 36.

²⁴ MUTZNER, Berner Kommentar, Noten 68 ff. zu Art. 1 SchIT ZGB mit Hinweis auf abweichende Auffassungen.

²⁵ SCHWANDER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (OFK), Bern/St. Gallen 2011, Note 5 zu Art. 1 SchIT ZGB.

²⁶ BGE 116 III 120 E. 3d = Praxis 1992 Nr. 64 E. 3d.

²⁷ KILDE, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genève 2012, Note 2 zu Art. 3 SchIT ZGB; MUTZNER, Berner Kommentar, Note 3 zu Art. 3 SchIT ZGB.

²⁸ Vgl. Art. 742 Abs. 1 ZGB/Art. 742 Abs. 3 ZGB in Verbindung mit Art. 693 Abs. 2 aZGB.

²⁹ Nicht einschlägig sind vorliegend die Art. 2 und 4 SchIT ZGB: Gemäss Art. 2 SchIT ZGB wäre das neue Recht anzuwenden, wenn die weitere Anwendung des alten Rechts auf altrechtliche Tatbestände mit der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit als unvereinbar erscheinen würde. Diesbezüglich würde es jedoch nicht ausreichen, dass das neue Recht um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen erlassen worden ist (BGE 84 II 179 E. 3c = ZBGR 1959 S. 54 E. 3c). Auf Unvereinbarkeit der Weitergeltung der nachbarrechtlichen Bestimmungen betreffend Kostentragung bei Verlegungen von Leitungsdienstbarkeiten kann nach der hier vertretenen Auffassung schon deshalb nicht geschlossen werden, weil es sich bei der neuen Regelung nach Art. 742 Abs. 1 ZGB nicht um zwingendes Recht handelt, vgl. dazu SCHWANDER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (OFK), Bern/St. Gallen 2011, Note 1 zu Art. 2 SchIT ZGB. Nicht weiter

5. Kollisionsrechtliche Methode und das Vertrauensprinzip

[Rz 18] Bei der Anwendung von Art. 3 SchIT ZGB im Rahmen der klassischen kollisionsrechtlichen Methode wäre von einem Verweisungsbegriff und einem Anknüpfungskriterium auszugehen, welche schliesslich zur gewünschten Rechtsfolge (Anwendbarkeit des neuen oder alten Rechts) führen würden³⁰. Dies würde bedeuten, dass sich die Kostentragung (Verweisungsbegriff) ab Inkrafttreten des neuen Rechts (Anknüpfungskriterium) stets nach dem neuen Recht beurteilen würde (Rechtsfolge)³¹. Eine strikte Anwendung dieses methodischen Ansatzes würde jedoch zu stossenden Ergebnissen führen: So würde eine Leitungsdienstbarkeit, welche vor Inkrafttreten der Sachenrechtsrevision rechtmässig verlegt wurde, ohne dass die diesbezüglichen Kosten bereits ausgeschieden wurden, betreffend Kostenfolgen nach dem neuen Recht beurteilt werden. Dies, obschon die kostenbegründende Handlung bereits vor Inkrafttreten der Revision vorgenommen wurde. Aufgrund dieses stossenden Ergebnisses hat die Rechtsprechung und Lehre bei der Anwendung von Art. 3 SchIT ZGB dem Vertrauensschutz stets eine massgebende Bedeutung zugesprochen. Dieser verlangt, dass die bereits unter der früheren Rechtsordnung eingetretenen Rechtswirkungen weiterhin anerkannt werden und dass nur für die erst seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts entstandenen Rechtswirkungen das neue Recht massgebend ist³². Der Anwendungsbereich von Art. 3 SchIT ZGB wurde von der Rechtsprechung und Lehre folglich zu Recht im Sinne einer teleologischen Reduktion eingeschränkt.

[Rz 19] Ist folglich eine Leitungsdienstbarkeit vor dem Inkrafttreten der Sachenrechtsrevision rechtmässig verlegt worden, so ist der diesbezügliche Kostentragungsanspruch gegenüber dem Dienstbarkeitsberechtigten bereits vor Inkrafttreten der Revision entstanden und nach dem Vertrauensprinzip zu schützen. Es bleibt diesfalls – nach dem in Art. 1 SchIT ZGB verankerten Grundsatz der Nichtrückwirkung – das vor diesem Zeitpunkt geltende Zivilgesetzbuch anwendbar. Massgebender Zeitpunkt für die Beurteilung des anwendbaren Rechts ist gleichsam die Entstehung der Kostenpflicht für die Verlegung der Leitung. Der verlegungswillige Dienstbarkeitsbelastete ist damit nur dann in seinem Vertrauen

zu diskutieren ist auch über die Anwendung von Art. 4 SchIT ZGB, wonach Tatsachen, die zwar unter der Herrschaft des bisherigen Rechts eingetreten sind, durch die aber zur Zeit des Inkrafttretens des neuen Rechts ein rechtlich geschützter Anspruch nicht begründet gewesen ist, nach diesem Zeitpunkt in Bezug auf ihre Wirkung unter dem neuen Recht stehen.

³⁰ SCHWANDER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (OFK), Bern/St. Gallen 2011, Note 1 zu Art. 1 SchIT ZGB.

³¹ Sog. intertemporaler Statutenwechsel, vgl. dazu SCHWANDER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (OFK), Bern/St. Gallen 2011, Note 1 zu Art. 3 SchIT ZGB.

³² BGE 116 III 120 E. 3d = Praxis 1992 Nr. 64 E. 3d; BGE 41 II 410 = Praxis 1915 Nr. 142; MUTZNER, Berner Kommentar, Note 52 zu Art. 3 SchIT ZGB; VISCHER (Fn. 16), S. 81 ff.

betreffend Kostenpflicht des Berechtigten im Sinne von Art. 742 Abs. 3 aZGB zu schützen, wenn seine Forderung auf Kostenübernahme durch den Dienstbarkeitsberechtigten bereits vor Inkrafttreten der Sachenrechtsrevision entstanden ist.

[Rz 20] In der Lehre und Rechtsprechung wurde die Frage, in welchem Zeitpunkt diese (altrechtliche) Forderung gegen den Dienstbarkeitsberechtigten entstand – soweit ersichtlich – noch nicht beantwortet. Aus dem Umstand, dass der verlegungswillige Belastete nach Art. 742 Abs. 3 ZGB in Verbindung mit Art. 693 Abs. 2 aZGB nur die tatsächlich angefallenen Kosten der Verlegung auf dem Berechtigten überwälzen durfte (inkl. die Kosten im Zusammenhang mit der grundbuchlichen Behandlung)³³, lässt sich jedoch ableiten, dass der Kostenanspruch erst nach der effektiven Verlegung der Leitungen entstehen konnte. Diese hier vertretene Auffassung korreliert denn auch mit dem Umstand, dass die Kostenpflicht als Realobligation³⁴ untrennbar mit der Dienstbarkeitsverlegung als solche verbunden ist und deren rechtliches Schicksal mitträgt.

[Rz 21] Damit kann festgehalten werden, dass der altrechtliche Kostenanspruch gegen den Dienstbarkeitsberechtigten in jenem Moment entstand, in welchem die entsprechenden Kosten der Leitungsverlegung tatsächlich angefallen sind, resp. die Leitungsverlegung gestützt auf die Einwilligung des Berechtigten oder eines gerichtlichen Urteils³⁵ tatsächlich erfolgt ist. Ist dieser Anspruch vor Inkrafttreten der Sachenrechtsrevision entstanden, so beurteilt sich die Kostenfolge nach altem Recht, womit der Dienstbarkeitsberechtigte nach wie vor für die Kosten dieser Verlegung aufzukommen hat. Bei Entstehung dieses Anspruchs nach dem 1. Januar 2012 wurde demgegenüber – in Übereinstimmung mit dem revidierten Recht – der Dienstbarkeitsbelastete kostenpflichtig.

V. Fazit

[Rz 22] Ein altrechtlicher Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Verlegung einer Leitungsdienstbarkeit gegenüber dem Dienstbarkeitsberechtigten besteht nach Inkrafttreten der Sachenrechtsrevision nur dann, wenn eine Verlegung der Leitungen (rechtmässig) bereits vor Inkrafttreten der Revision stattgefunden hat.

[Rz 23] In allen anderen Fällen sind die Kosten gestützt auf das revidierte Gesetz vom Dienstbarkeitsbelasteten zu tragen. Darunter sind namentlich die nachfolgenden Fälle zu subsumieren:

- Eine Leitung wurde vor Inkrafttreten der Revision eigenmächtig verlegt;

³³ MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Noten 10 ff. zu Art. 693 ZGB; REY/STREBEL, Basler Kommentar, 2011, Note 7 zu Art. 693 ZGB.

³⁴ Vgl. Fussnote 21 oben.

³⁵ Vgl. Fussnote 4 oben.

- Vor dem 1. Januar 2012 wurde lediglich ein Gesuch um Verlegung beim Dienstbarkeitsberechtigten eingereicht und die Leitung wurde noch nicht faktisch (und rechtmässig) verlegt;
- Vor Inkrafttreten der Sachenrechtsrevision wurde ein Gerichtsverfahren betreffend Verlegung einer Leitungsdienstbarkeit anhängig gemacht, welches im Zeitpunkt des Inkrafttretens jedoch noch nicht formell rechtskräftig geworden ist und somit auch noch keine rechtmässige Verlegung der Leitungsdienstbarkeit stattfinden konnte.

Prof. Dr. iur. ROLAND PFÄFFLI ist Notar und Grundbuchverwalter von Thun sowie Titularprofessor an der Universität Freiburg. MLaw FABRIZIO ANDREA LIECHTI ist Fürsprecher in Bern.

* * *