

wenden; es kann sinngemäss auf die entsprechenden Ausführungen in Erw. 4b verwiesen werden.

Wie einleitend erwähnt hat B. im vorliegenden Verfahren ungefähr zu 4/5 obsiegt. Demzufolge trägt sie 1/5 der Verfahrenskosten und erhält vom Kanton Graubünden für das vorliegende Verfahren - das weniger Aufwand verursacht hat als das Beschwerdeverfahren - eine leicht reduzierte ausseramtliche Entschädigung von Fr. 1000.-.

ZF 52/95

Urteil vom 11. September 1995

- 7
- Nachträgliche Beweisanträge (Art. 98 ZPO). Neue Urkunden können im Rahmen der in den Rechtschriften aufgestellten tatsächlichen Behauptungen auch schon vor Ansetzung der Frist gemäss Art. 98 Ziff. 1 ZPO und bis zu deren Ablauf eingereicht werden (Erw. 1).
 - Zur Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzklage bei ungerechtfertigter Beeinträchtigung der Ausübung einer Dienstbarkeit (Art. 641 Abs. 2, Art. 737 ZG B; Art. 41 ff. OR). Fall eines durch den Tod einer Person suspensiv bedingten Wohnrechts, das die Berechtigte zufolge Vermietung der Wohnung erst mit Verzögerung ausüben konnte (Erw. 4).

Aus den Erwägungen:

1. In der Beweisverfügung vom 3. Januar 1995 wurde die Klägerin aufgefordert, bis zum 20. Januar 1995 verschiedene, von ihr zur Edition verlangte Akten einzulegen. Die Klägerin kam dieser Aufforderung erst am 26. Januar 1995 nach. Die Beklagte rügt nun dieses Verhalten und macht geltend, diese Beweisstücke dürften nicht mehr berücksichtigt werden. Folglich ist zunächst diese prozessuale Frage zu prüfen.

Am 6. März 1995 erfolgte die Vorladung zur Hauptverhandlung und gleichzeitig wurde gestützt auf Art. 98 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO Frist bis zum 15. März 1995 gesetzt, um neue Urkunden einzureichen. Die zur Edition verlangten und von der Beweisverfügung erfassten Akten, nämlich der amtlich beglaubigte Todesschein, der öffentlich beurkundete Personaldienstbarkeitsvertrag vom 15. November 1988 und der Grundbuchauszug über Hauptbuchblatt Nr. 830 hat die Klägerin am 26. Januar 1995 zu den Prozessakten gegeben. Die Akteneinlage erfolgte mithin nicht innert der mit der Beweisverfügung gesetzten Frist, aber innert der mit der Vorladung zur Hauptverhandlung im Sinne von Art. 98 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. Erlaubt Art. 98 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO innert einer vom Gerichtspräsidenten festgelegten Frist die nachträgliche Entgegennahme von im Schriftenwechsel nicht erwähnter Beweismittel

zu den in den Rechtsschriften aufgestellten Behauptungen tatsächlicher Art, muss dies erst recht gelten für Beweismittel, die in den Rechtsschriften genannt sind und vor Ablauf der für die nachträglichen Beweisanträge im Sinne von Art. 98 ZPO gesetzten Frist eingereicht werden. Dasselbe muss auch gelten für Beweismittel, die in den Rechtsschriften nicht genannt sind, aber eingereicht werden, bevor die Frist gemäss Art. 98 ZPO angesetzt wird, sofern die dort umschriebene Grundvoraussetzung gegeben ist. Es steht demnach nichts entgegen, die am 26. Januar 1995 zu den Prozessakten gegebenen Beweismittel nicht zu berücksichtigen.

4. Die Dienstbarkeit bedarf ausser des Schutzes gegen Bestreitung ihres Bestandes auch des Schutzes gegen Anmassung eines Rechtes am belasteten Grundstück, welches ihre Ausübung verunmöglichen oder beeinträchtigen würde, sowie gegen jede tatsächliche oder andere Behinderung ihrer Ausübung. Im gemeinen Recht konnte mit der *actio confessoria* der Dienstbarkeitsanspruch in jeder Hinsicht geltend gemacht werden. Das ZGB hingegen enthält keine besonderen Bestimmungen über den Rechtsschutz des Dienstbarkeitsberechtigten. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass auf die Servitutsklage die Bestimmungen über das Eigentum anzuwenden sind, welcher Grundsatz wenigstens hinsichtlich der Entstehung der Dienstbarkeiten im Gesetz angesprochen ist (Art. 731 und Art. 746 Abs. 2 ZGB), aber, soweit die Analogie reicht, allgemein gilt (Liver, Zürcher Kommentar, Sachenrecht N. 74 f. Vorbemerkungen und N. 173 ff. zu Art. 737 ZGB mit weiteren Hinweisen). Analoge Anwendung findet also in erster Linie Art. 641 Abs. 2 ZGB. Diese Bestimmung regelt den Herausgabeanspruch (*rei vindicatio*) und den Eigentumsfreiheitsanspruch (*actio negatoria*) des Eigentümers. Mit der der Negatorienklage entsprechenden Klage - in der Literatur *actio confessoria* genannt - schützt sich der Dienstbarkeitsberechtigte gegen jede Behinderung in der Ausübung seines Rechts. Sie geht auf Beseitigung des mit dem Dienstbarkeitsrecht nicht verträglichen Zustandes, gegebenenfalls auf Unterlassung der Störung. Es handelt sich also um eine Unterlassungs- und Beseitigungsklage. Schadenersatz kann mit ihr nicht verlangt werden. Indessen kann die Schadenersatzklage mit ihr verbunden werden, soweit deren besonderen Voraussetzungen gegeben sind (Art. 41 OR; Liver, a.a.O., N. 181 zu Art. 737 ZGB). Auch gegen den Eigentümer des belasteten Grundstückes ist derart vorzugehen, da dieser rechtlich gegenüber dem Dienstbarkeitsberechtigten keine andere Stellung als jeder Dritte überhaupt einnimmt. Es besteht zwischen dem Dienstbarkeitsberechtigten und dem Belasteten kein Schuldverhältnis; die Verpflichtungen des Eigentümers des belasteten

Grundstückes ergeben sich aus dem Inhalt der Dienstbarkeit selbst. Rechte aus dem Dienstbarkeitsvertrag macht der Berechtigte nur geltend, indem er gegenüber dem Eigentümer des belasteten Grundstücks den Anspruch auf Eintragung erhebt. Ist die Dienstbarkeit errichtet, hat er keine vertraglichen

Ansprüche mehr. Der Dienstbarkeitsvertrag ist nicht mehr Seinsgrund einer Obligation, sondern Titel des dinglichen Rechts, der dessen Inhalt und Umfang bestimmt (Liver, a.a.O., N. 6 ff. zu Art. 737 ZGB).

Den Akten ist zu entnehmen, dass A. am 15. Februar 1994 verstorben ist. Mit Schreiben vom 28. Februar 1994 gelangte die Klägerin an die Beklagte und eröffnete ihr, sie werde aufgrund des ihr zustehenden Wohn- und Wahlrechts entweder die oberste Wohnung oder die mittlere Wohnung links beziehen. Mit Brief vom 9. März 1994 beanspruchte die Klägerin die mittlere Wohnung links, welche damals an D. vermietet war. Erst am 25. Mai 1994 kündigte die Beklagte das über die beanspruchte Wohnung damals bestehende Mietverhältnis. Dieses wurde auf Ende März 1995 aufgelöst. Die Schlüssel der Wohnung wurden der Klägerin - erst nach Einleitung eines Befehlsverfahrens - Mitte Mai 1995 ausgehändigt. In diesem Zeitraum, nämlich zwischen Mitte Februar 1994 und Ende Mai 1995, konnte die Klägerin das ihr zustehende Wohnrecht nicht nutzen und musste sie für ihre anderweitig gemietete Wohnung einen Mietzins von 850 Franken pro Monat bezahlen.

Vorliegend wurde eine suspensiv-bedingte Personaldienstbarkeit errichtet. Mit Eintritt der Suspensivbedingung - dem Ableben von A. entstand das Wohnrecht und es wurde ausübbar. Ab diesem Zeitpunkt wäre die Klägerin befugt gewesen, in der Liegenschaft der Beklagten Wohnung zu nehmen und es hätte ihr die Wohnung unbeschwert zur Verfügung stehen müssen. Unwesentlich ist, dass die Klägerin von ihrem mit dem Dienstbarkeitsvertrag eingeräumten Wahlrecht erst mit Schreiben vom 9. März 1994 Gebrauch machte. Die Klägerin konnte, was unbestritten ist, die gewählte Wohnung erst Mitte Mai 1995 beziehen. Unter den Parteien sind nun für den von der Klägerin geltend gemachten entgangenen Sachgenuss Fr. 15 000.- strittig. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist der Klägerin durchaus ein Schaden entstanden. Diese konnte ihr Recht eine geraume Zeit nicht ausüben und war darüber hinaus gezwungen, anderweitig eine Wohnung zu mieten und zu bezahlen. Die Beklagte einerseits nahm aus der Vermietung der Wohnung monatlich Fr. 1000.- ein. Die Klägerin andererseits hatte monatlich Fr. 850.- an Mietzinsen zu bezahlen. Für die Zeit des bestehenden Mietverhältnisses verlangt die Klägerin 1000 Franken pro Monat als entgangene Nutzung der Wohnung, was von Mitte Februar 1994 bis Ende März 1995 Fr. 13 500.- ergibt. Ob nun der geltend gemachte Betrag dem Surrogat der eigentlich geschuldeten Leistung, mithin dem Wert des Wohnrechts, dem entgangenen Sachgenuss oder der Bereicherung der Beklagten entspricht, kann letztlich offengelassen werden, da der Betrag von insgesamt Fr. 13 500.- für den Zeitraum der entgangenen Nutzung in jedem Fall begründet ist. Zusätzlich werden Fr. 1500.- an Schadenersatz für die Monate April und Mai 1995 verlangt, da der

Klägerin das Recht auch während dieser Zeit nicht zuge- standen wurde. Auch hier kann offengelassen werden, ob der Schaden darin

besteht, dass die Klägerin für diese beiden Monate anderweitig insgesamt Fr. 1700.- an Wohnungsmiete aufzuwenden hatte oder dass ihr der Wert der Dienstbarkeit entging, da der Anspruch im Umfange von Fr. 1500.- ohne weiteres begründet ist. Auch sind vorliegend die weiteren von Art. 41 OR verlangten Voraussetzungen erfüllt. Gemäss Art. 737 Abs. 3 ZGB darf der mit einer Dienstbarkeit Belastete nichts vornehmen, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert. Die Klägerin konnte ihr Wohn-

recht, wie ausgeführt, erst Mitte Mai 1995 antreten. Die Gründe hiefür liegen darin, dass die von der Klägerin gewählte 3¹/₂-Zimmer-Wohnung anderweitig vermietet war und der entsprechende Mietvertrag bei Ausübung des Wohnrechts gar noch eine verlängerte Minimalkündigungsfrist von sechs Monaten vorsah. So konnte der Mietvertrag erst auf Ende März 1995 aufgelöst werden. Aber auch nach Auszug der damaligen Mieterin aus der Wohnung verwehrte die Beklagte der Klägerin den Zugang zu derselben. Die Schlüssel der Wohnung wurden ihr erst Mitte Mai 1995 ausgehändigt. Die Ausübung des Wohnrechts wurde mithin durch die Beklagte als Eigentümerin des belasteten Grundstückes in Verletzung von Art. 737 Abs. 3 ZGB verunmöglicht, weshalb das Verhalten der Beklagten als widerrechtlich zu qualifizieren ist. Zudem erfolgten die Vorkehrungen der Beklagten im Wissen um die Belastung ihrer Liegenschaft mit einem suspensivbedingten Wohnrecht zugunsten der Klägerin und zum Zwecke, die Nutzung der Wohnräumlichkeiten durch die Klägerin zu vereiteln. Der geschuldete Schadensbetrag ist ab 1. Oktober 1995 (mittlerer Verfall) zu verzinsen.

ZF 43/95

Urteil vom 5. September 1995

8 – Retentionsrecht (Art. 895 ff. ZGB). An der gemäss Art. 92 Ziff. 3 SchKG unpfändbaren Tonträgersammlung eines Diskjockeys ist die Retention ausgeschlossen.

Erwägungen:

2. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bildet die Frage, ob B. an der Tonträgersammlung seines ehemaligen Angestellten H. nach Art. 895 ff. ZGB ein Retentionsrecht zusteht oder nicht. Voraussetzung eines solchen Rechts ist, dass die Forderung fällig oder der Schuldner zahlungsunfähig ist, dass es sich um eine verwertbare bewegliche Sache handelt, dass sich diese Sache mit Willen des Schuldners im Besitz des Gläubigers befindet sowie dass zwischen der Sache und der Forderung ein Zusammenhang besteht.

a) Aus der Expertise vom 29. April 1994 und aus Art. 339 Abs. 1 OR ergibt sich ohne weiteres, dass B. für zuviel bezahlte Vorschüsse eine fällige Forderung von Fr. 17 393.65 zusteht. Unbestritten ist ferner, dass H. Eigentümer der fraglichen Tonträgersammlung ist.