

DER BERNISCHE NOTAR

Zeitschrift des Verbandes bernischer Notare



LE NOTAIRE BERNOIS

Revue de l'Association des notaires bernois

September 2021 Nr. 3 Septembre 2021

Dienstbarkeiten als Bauverhinderer und Rückbau von dienstbarkeitswidrigen Bauten

*Sacha Vallati**

Inhaltsübersicht	
I. Einleitung	227
II. Praxisrelevante und besonders konfliktträchtige Dienstbarkeiten beim Bauen	227
1. Praxisrelevante Dienstbarkeiten	227
2. Besonders konfliktträchtige Dienstbarkeiten	228
III. Dienstbarkeitswidrige Bauvorhaben und fertiggestellte Bauten	229
1. Rechtsgrundlagen	229
2. Zivilrechtliches Bauverbot bei geplanten Bauvorhaben	230
3. Zivilgerichtliche Rückbauanordnung bei fertiggestellten Bauten	230
4. Schwerer Eingriff in die Eigentumsfreiheit bei nachträglichen Rückbauanordnungen	231
IV. Mögliche Rechtfertigung von dienstbarkeitswidrigen Bauten	232
1. Verwirkung der Klagerechte nach Art. 2 Abs. 2 ZGB	232
1.1. Zweck von Art. 2 Abs. 2 ZGB	232
1.2. Dienstbarkeitsverletzende Bauten i. S. v. Art. 737 Abs. 3 ZGB	233
1.3. Dienstbarkeitsüberschreitende Bauten i. S. v. Art. 739 ZGB	234
2. Analoge Anwendung von Art. 674 Abs. 3 ZGB auf dienstbarkeitswidrige Bauten	235
2.1. Ausgangslage: Überbaurecht gemäss Art. 674 Abs. 3 ZGB	235
2.2. Dienstbarkeitsverletzende Bauten i. S. v. Art. 737 Abs. 3 ZGB	235
2.3. Dienstbarkeitsüberschreitende Bauten i. S. v. Art. 739 ZGB	239
2.4. Kritische Würdigung und Ablehnung einer analogen Anwendung	240
V. Schlussfolgerung	243

* Dr. iur. Sacha Vallati, Baujurist, Vallati Law AG, Hinwil ZH.

I. Einleitung

Bauvorhaben werden im Rahmen von Baubewilligungsverfahren nach rein öffentlich-rechtlichen Kriterien beurteilt. Die meisten Dienstbarkeiten werden bei der Beurteilung der Baurechtskonformität bzw. Bewilligungsfähigkeit daher nicht berücksichtigt – es sei denn, diese wären von öffentlich-rechtlicher Relevanz und deshalb von den Baubehörden vorfrageweise zu prüfen (wie z. B. Näherbaurechte oder Wegrechts- und Leitungs-Dienstbarkeiten, welche der Erschliessung von Grundstücken dienen). Nicht selten werden in der Praxis deshalb dienstbarkeitswidrige Bauvorhaben bewilligt und anschliessend auch realisiert. Den dienstbarkeitsberechtigten oder -belasteten Dritten, meistens Nachbarn, bleibt für die Geltendmachung ihrer Ansprüche einzig der Gang zum Zivilrichter.

Dieser Aufsatz stellt die möglichen zivilrechtlichen Konsequenzen für Bauherren bei dienstbarkeitswidrigen Bauvorhaben oder bereits fertiggestellten Bauten in den Fokus. Nach einem kurzen Überblick über die praxisrelevanten und besonders konfliktträchtigen Dienstbarkeiten beim Bauen folgt eine Darstellung der einschlägigen zivilrechtlichen Gesetzesgrundlagen sowie der Rechtsbehelfe für dienstbarkeitsberechtigte oder -belastete Dritte, welche u. U. ein präventives zivilrechtliches Bauverbot oder eine nachträgliche zivilgerichtliche Rückbauanordnung gegen dienstbarkeitswidrige Bauten bewirken können. Dabei werden die von der Rechtsprechung und Lehre hervorgebrachten Rechtfertigungsgründe für dienstbarkeitswidrige Bauten ausführlich untersucht und kritisch hinterfragt. Die nachfolgenden Ausführungen basieren im Wesentlichen auf Erkenntnissen aus der kürzlich erschienenen Dissertation des Autors¹.

II. Praxisrelevante und besonders konfliktträchtige Dienstbarkeiten beim Bauen

1. Praxisrelevante Dienstbarkeiten

Es kann zwischen *bauhindernden* und *baufördernden Dienstbarkeiten* unterschieden werden. Bau- und Nutzungsbeschränkungen aus Bauverbots- und Gewerbeverbots-Dienstbarkeiten, welche das Baugrundstück belasten, wirken sich regelmässig bauhindernd aus; während Dienstbarkeiten

¹ VALLATI, Dienstbarkeiten und Bauvorhaben, Analyse und Lösung von Konflikten zwischen Bauherren und dienstbarkeitsberechtigten oder -belasteten Dritten, Diss. Zürich, Schulthess 2021, N. 522 ff.

zugunsten des Baugrundstücks, wie z. B. Näherbaurechts- und Wegrechts-Dienstbarkeiten, oder zugunsten des Baugesuchstellers im Falle von Baurechts-Dienstbarkeiten eine grundsätzlich aufördernde Wirkung zukommen. Daneben können auch Wohnrechte oder Nutznießungsrechte die baulichen Möglichkeiten des belasteten Grundstücks einschränken oder verunmöglichen. Ausserdem ist festzuhalten, dass sich jede aus Sicht des Baugrundstücks aufördernde Dienstbarkeit für das belastete (Nachbar-)Grundstück regelmässig bauhindernd auswirkt. Es zeigt sich, dass sämtliche Dienstbarkeiten, welche mit dem Baugrundstück verbunden sind – sei es dieses belastend oder begünstigend –, sich entweder negativ oder positiv auf geplante Bauvorhaben auswirken können und somit als praxisrelevante Dienstbarkeiten im hier angesprochenen Sinne infrage kommen².

2. Besonders konfliktträchtige Dienstbarkeiten

Die Analyse der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone ergibt, dass über bauhindernde Baubeschränkungs-Dienstbarkeiten (insbesondere Bau- und Pflanzhöhenbeschränkungs-Dienstbarkeiten bzw. sog. Aussichtsservitute) sowie über kombinierte Bau- und Nutzungsbeschränkungen (bzw. sog. Villendienstbarkeiten oder Quartierservitute) besonders häufig gestritten wird. Die meisten Konflikte entstehen, wenn aus diesen Dienstbarkeiten, verglichen mit dem öffentlichen Baurecht, strengere Bau- und Nutzungsvorschriften hervorgehen³. Bei den aufördernden Dienstbarkeiten zählen Näherbaurechts- und Wegrechts-Dienstbarkeiten zu den besonders konfliktträchtigen. Aufgrund der öffentlich-rechtlichen Relevanz dieser beiden Dienstbarkeits-Arten, werden die meisten Streitigkeiten jedoch auf dem Verwaltungsrechtsweg – unter Geltendmachung von öffentlich-rechtlichen Argumenten – ausgetragen, was ausserhalb der vorliegenden Betrachtungen liegt⁴.

An dieser Stelle darf der relativierende Hinweis nicht fehlen, dass von jeder mit dem Baugrundstück verbundenen Dienstbarkeit eine potenzielle

2 VALLATI (Fn. 1), N. 40 ff.

3 Ausführlich VALLATI (Fn. 1), N. 557 ff.; eine Zusammenfassung über die häufigsten Streitgründe der jeweiligen Dienstbarkeits-Arten siehe derselbe, N. 563 ff.

4 Ausführlich VALLATI (Fn. 1), N. 129 ff.

Gefahr hinsichtlich der sorgenfreien Realisierung von Bauvorhaben ausgeht, was zu einer Bauverzögerung oder -verhinderung führen kann⁵.

III. Dienstbarkeitswidrige Bauvorhaben und fertiggestellte Bauten

1. Rechtsgrundlagen

Im öffentlichen Baurecht ist die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes und damit der Rückbau von rechtswidrigen Bauten in den meisten kantonalen Baugesetzen verankert⁶. Eine entsprechende zivilrechtliche Norm, welche ein Bauverbot für dienstbarkeitswidrige Bauten oder den Rückbau bzw. die Wiederherstellung des dienstbarkeitskonformen Zustandes verlangt, sucht man im ZGB vergebens. Beides lässt sich jedoch unstrittig aus dem Gesetzeswortlaut ableiten: einerseits aus Art. 737 Abs. 3 ZGB, wonach der Belastete nichts vornehmen darf, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert (Dienstbarkeitsverletzung), und andererseits aus Art. 739 ZGB, nach welchem dem Belasteten eine erhebliche Mehrbelastung bei veränderten Verhältnissen des berechtigten Grundstücks nicht zugemutet werden darf (unzulässige Mehrbelastung bzw. Überschreitung der Dienstbarkeit)⁷. Bei einigen baufördernden Dienstbarkeits-Arten, wie z. B. bei Wegrechts-, Quellenrechts-, Baurechts- und Überbaurechts-Dienstbarkeiten, ist der Dienstbarkeitsbelastete bei einer unzulässigen Mehrbelastung bzw. Überschreitung der Dienstbarkeit zudem aus Art. 641 Abs. 2 ZGB berechtigt, die ungerechtfertigte Einwirkung auf sein Grundstück abzuwehren und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verlangen – gegebenenfalls im Wege der Ersatzvornahme nach Massgabe von Art. 98 Abs. 1 OR⁸.

5 Siehe z. B. BGer 5A_127/2013 vom 01. 07. 2013 (unzulässige Mehrbelastung einer Baurechts-Dienstbarkeit durch die Umnutzung eines Stallgebäudes in eine Erlebnisgastronomie); BGE 138 III 650 (zulässige Mehrbelastung einer Überbaurechts-Dienstbarkeit durch eine Fotovoltaikanlage); BGE 88 II 331 (Verletzung einer Wohnrechts-Dienstbarkeit durch einen geplanten Neubau); BGE 95 II 14 (mögliche Verletzung einer Fischereirechts-Dienstbarkeit durch eine Bootshaus-Einfahrt).

6 Siehe z. B. § 341 PBG ZH (Zürcher Planungs- und Baugesetz); Art. 159 Abs. 1 lit. d PBG SG (Sankt-Gallisches Planungs- und Baugesetz); § 209 PBG LU (Luzerner Planungs- und Baugesetz); § 65 Abs. 2 BPV BS (Basel-Städtische Bau- und Planungsverordnung); § 137 Abs. 3 RBG BL (Basel-Landschaftliches Raumplanungs- und Baugesetz).

7 Ausführlich bezüglich Rechtsgrundlagen und Voraussetzungen eines zivilrechtlichen Bauverbots oder eines Rückbaus von dienstbarkeitswidrigen Bauten siehe ZK-LIVER, Art. 737, N. 87 ff. und Art. 739, N. 42 ff.

8 BGer 5A_69/2018 vom 21. 09. 2018, E. 2. 5.1.

2. Zivilrechtliches Bauverbot bei geplanten Bauvorhaben

In den meisten Streitfällen sorgen geplante Bauvorhaben für drohende Verletzungen oder unzulässige Mehrbelastungen von Dienstbarkeiten. Dagegen setzen sich die Dienstbarkeitsberechtigten oder -belasteten vor der Bauausführung präventiv zur Wehr, indem sie auf *Unterlassung des Bauvorhabens* klagen⁹. Stellt ein Zivilgericht eine drohende Dienstbarkeitswidrigkeit fest, wird dem dienstbarkeitsbelasteten oder -berechtigten Baugesuchsteller regelmässig verboten, das geplante Bauvorhaben auszuführen. Das Baugrundstück wird bezüglich eines konkreten Bauprojekts mit einem zivilrechtlichen Bauverbot belastet. In solchen Fällen ist das zivile Dienstbarkeitsrecht in der Lage, das öffentliche Baurecht zu untergraben, indem das zivilrechtliche Bauverbot die nach wie vor rechtskräftige öffentlich-rechtliche Baubewilligung in tatsächlicher Hinsicht unwirksam macht und die Realisierung des Bauvorhabens verhindert¹⁰.

3. Zivilgerichtliche Rückbauanordnung bei fertiggestellten Bauten

Versäumen es die dienstbarkeitsberechtigten oder -belasteten Nachbarn präventiv, zivilrechtlich gegen geplante oder bereits bewilligte Bauvorhaben vorzugehen, um deren Realisierung zu verhindern, steht ihnen auch nachträglich im Grundsatz jederzeit die Möglichkeit offen, mit einer Beseitigungsklage den *Rückbau der bereits erstellten Bauten* aufgrund einer vollendeten Dienstbarkeitsverletzung i. S. v. Art. 737 Abs. 3 ZGB (actio confessoria der Dienstbarkeitsberechtigten) oder einer bereits anhaltenden unzulässigen Mehrbelastung bzw. Überschreitung i. S. v. Art. 739 ZGB (actio negatoria der Dienstbarkeitsbelasteten) zu fordern¹¹.

Aus der Zivilrechtsprechung des Bundesgerichts gehen mehrere Urteile hervor, in welchen die dienstbarkeitsberechtigten Nachbarn gegen öffentlich-rechtlich bewilligte, fertiggestellte und dienstbarkeitsverletzende Bauten i. S. v. Art. 737 Abs. 3 ZGB erfolgreich eine zivilrechtliche

9 Ausführlich betreffend die Rechtsbehelfe aus Dienstbarkeiten beim Bauen, insbesondere actio confessoria der Dienstbarkeitsberechtigten, actio negatoria der Dienstbarkeitsbelasteten sowie Feststellungs- und Schadenersatzklage, siehe VALLATI (Fn. 1), N. 58 ff.

10 VALLATI (Fn. 1), N. 576 und 670; ausführlich über die Zulässigkeit oder Widerrechtlichkeit von bahindernden Dienstbarkeiten und deren Verhältnis zum zwingenden öffentlichen Baurecht siehe derselbe, N. 500 ff.

11 Neben den erwähnten Nachbarn kommen in der Praxis auch *dienstbarkeitsberechtigte Baurechtsnehmer* bei dienstbarkeitsverletzenden Bauten (Art. 737 Abs. 3 ZGB) und *dienstbarkeitsbelastete Baurechtsgeber* bei dienstbarkeitsüberschreitenden Bauten (Art. 739 ZGB) als Aktivlegitimierte infrage.

Rückbauanordnung (bzw. eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Neubeurteilung) erwirken konnten¹². In einigen weiteren publizierten Entscheiden wurden solche Beseitigungsansprüche dagegen verneint¹³. Dass auch eine unzulässige Mehrbelastung bzw. Überschreitung einer Dienstbarkeit zugunsten des Baugrundstücks i. S. v. Art. 739 ZGB zu einem gerichtlich angeordneten Rückbau führen könnte, deutet der Fall einer Fotovoltaikanlage auf einem Dachüberbau an¹⁴.

In jedem Fall ist eine gewisse Erheblichkeit der Verletzung oder Überschreitung gefordert. Bei Bauten, welche eine Dienstbarkeit nur um wenige Zentimeter verletzen oder überschreiten, rechtfertigt sich ein Rückbau kaum bzw. die geforderte Verhältnismässigkeit zwischen der Dienstbarkeitswidrigkeit und dem mutmasslichen Aufwand für einen Rückbau ist nicht gegeben.

4. Schwerer Eingriff in die Eigentumsfreiheit bei nachträglichen Rückbauanordnungen

Verglichen mit einer vorgängigen Verweigerung der Baubewilligung oder einem zivilrechtlichen Bauverbot stellt ein zivilgerichtlich angeordneter Rückbau einer bewilligten und bereits erstellten Baute in jedem Fall einen schwereren und kostspieligeren Eingriff in die Eigentums- und Baufreiheit des dienstbarkeitsbelasteten Grundeigentümers dar. Leider wird diese Gefahr von Bauherren und professionellen Baurealisierungs-Unternehmern – sei es aus Unwissen oder Unachtsamkeit – regelmässig kaum in Erwägung gezogen. Dies trifft erfahrungsgemäss vor allem deshalb zu,

- 12 BGE 5A_69/2018 vom 21. 09. 2018 (Überbaurechts-Dienstbarkeit und Rückbau eines Lichtschachts); BGE 5A_640/2016 vom 28. 06. 2017 (Wegrechts-Dienstbarkeit und Rückbau eines Weggefälles für Garageneinfahrt); BGE 5A_369/2013 vom 15. 05. 2014 (Aussichtsservitut und Rückbau einer Dachaufbaute); BGE 137 III 145, in ZBGR 93/2012, S. 252 ff. (Wegrechts-Dienstbarkeit und Rückbau eines erhöhten Fussgängerwegs); BGE 134 III 341, in ZBGR 90/2009, S. 169 ff. (Gewerbeverbots-Dienstbarkeit und Rückbau eines Erotiksalons); BGE 5C_307/2005 vom 19. 05. 2006, in ZBGR 88/2007 S. 130 ff. (Bauverbots-Dienstbarkeit und Rückbau von zusätzlichen Fenstern); BGE 83 II 201, in Pra 46/1957 Nr. 118; ZBJV 95/1959, S. 28 ff. (Bauverbots-Dienstbarkeit und Rückbau von Autoboxen).
- 13 BGE 5A_377/2017 vom 27. 02. 2018 (Näherbaurechts-Dienstbarkeit und keine Baubeschränkung ausserhalb des Näherbaurechtsbereichs); BGE 5A_101/2016 vom 07. 10. 2016 (Bauverbots-Dienstbarkeit und unterirdische Garage); BGE 137 III 153, in ZBGR 93/2012, S. 258 ff. (Wegrechts-Dienstbarkeit und natürliche Publizität aufgrund eines Tunnels); BGE 5C_71/2006 vom 19. 07. 2006 (Wegrechts-Dienstbarkeit und natürliche Publizität aufgrund eines in die Strasse hineinragenden Hausvordachs).
- 14 BGE 138 III 650, E. 5.1 und E. 6.3 f., in ZBJV 150/2014, S. 412 ff.; siehe auch VALLATI (Fn. 1), N. 465 ff.

weil nach ausbleibenden oder erfolglosen nachbarlichen Interventionen im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens irrtümlicherweise auf die erteilte und rechtskräftige Baubewilligung bzw. Baufreigabe, während der Bauphase auf Zwischenabnahmen (z. B. Schnurgerüst- oder Rohbauabnahmen) sowie nach Fertigstellung der Baute auf die amtliche Schlussabnahme vertraut wird.

IV. Mögliche Rechtfertigung von dienstbarkeitswidrigen Bauten

Der Rückbau einer fertiggestellten Baute bedeutet für den betroffenen Bauherrn wohl die schlimmstmögliche Konsequenz, welche i. d. R. mit hohen, wenn nicht sogar ruinösen Kosten und/oder Einnahmeausfällen verbunden ist. Es erstaunt deshalb nicht, dass die Betroffenen im Prozessfall jeweils alles unternehmen, um eine dienstbarkeitswidrige Baute zu rechtfertigen und dadurch einer drohenden Rückbauanordnung zu entgehen. Falls sich die strittige Baute nicht mit einer Geldzahlung «legalisieren» lässt, sind rechtliche Argumentationen gefordert, die nachfolgend darzulegen sind.

1. Verwirkung der Klagerechte nach Art. 2 Abs. 2 ZGB

1.1. Zweck von Art. 2 Abs. 2 ZGB

Sachenrechtliche Abwehransprüche sind unbefristet und unverjährbar. Im Falle einer zu späten Geltendmachung können sie aber u. U. untergehen. Eine Verwirkung wegen verspäteter Rechtsausübung ist jedoch nicht leichthin anzunehmen, da nach Art. 2 ZGB ein Recht *nur bei offensichtlichem Missbrauch* nicht geschützt werden darf¹⁵. Gleich wie der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB ist die Verweigerung des Rechtsschutzes für offenbaren Rechtsmissbrauch nach Art. 2 Abs. 2 ZGB eine Generalklausel, welche die Gerichte zu gerechten Einzelfallentscheiden ermächtigt und eine richterliche Rechtsfortbildung ermöglicht. Art. 2 ZGB enthält gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung «einen Grundsatz allgemeiner Art» bzw. «eine Schranke aller Rechtsausübung»¹⁶.

15 BGer 5C_307/2005 vom 19.05.2006, E. 6.2, mit Verweis auf BGE 117 II 575, E. 4a.

16 BGE 83 II 345, E. 2, bzw. BGE 45 II 386, E. 5; ausführlich BSK ZGB-HONSELL, Art. 2, N. 3 ff., insbes. N. 24 ff. und 49; BK-MERZ, Art. 2, N. 9 ff.

1.2. Dienstbarkeitsverletzende Bauten i. S. v. Art. 737 Abs. 3 ZGB

Die erstmalige Erwähnung der Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 2 ZGB bei missbräuchlichen Beseitigungsklagen gegen dienstbarkeitsverletzende Bauten stammt von LEEMANN: Dieser hat in seinem Kommentar zu Art. 737 ZGB festgehalten, dass der Berechtigte bei einer Verletzung eines Bauverbots durch den Belasteten die Entfernung oder Zurücksetzung der Baute verlangen könne. Er verwirke dieses Recht jedoch nach Art. 2 Abs. 2 ZGB, wenn er die servitutswidrige Errichtung der Baute stillschweigend habe geschehen lassen¹⁷. Von einer Verwirkung der Klagerechte ist immer dann auszugehen, wenn der Dienstbarkeitsberechtigte die Dienstbarkeitsverletzung während längerer Zeit geduldet hat und der Dienstbarkeitsbelastete in guten Treuen auf diese Untätigkeit vertrauen durfte¹⁸.

Ein Dienstbarkeitsberechtigter kann auf die Ausübung einer Dienstbarkeit oder auf das dingliche Recht selbst verzichten. Dieser Verzicht ist wirksam, wenn er vom Berechtigten bedingungs- und vorbehaltlos erklärt wurde. Die Äusserung des Verzichts willens kann *ausdrücklich oder stillschweigend* erfolgen, wobei konkludentes Verhalten den Willen eindeutig zum Ausdruck bringen muss¹⁹. Die Verwirkung der Klagerechte wegen rechtsmissbräuchlicher Rechtsausübung steht regelmässig dann zur Diskussion, wenn die dienstbarkeitsberechtigten Nachbarn nicht von Anfang an und in ausdrücklicher Weise gegen das geplante Bauvorhaben interveniert haben. Bei verspäteten Klagen stellt sich die Frage der stillschweigenden Duldung der Dienstbarkeitsverletzungen: Allein aufgrund des Umstandes, dass der Dienstbarkeitsberechtigte nicht gegen die Baubewilligung auf dem Verwaltungsrechtsweg Einsprache erhoben hat, kann der Dienstbarkeitsbelastete noch nicht in guten Treuen darauf schliessen, dass die Dienstbarkeitsverletzung toleriert wird²⁰. Die *Anforderungen an einen stillschweigenden Verzicht sind sehr hoch*. Das Bundesgericht hat dessen Beweis in sämtlichen diesbezüglich zu beurteilenden

17 BK-LEEMANN, Art. 737, N. 14.

18 BGer 5C_307/2005 vom 19.05.2006, E. 6.2, mit Verweis auf BGE 88 II 145, E. 3.

19 BGer 5C_307/2005, E. 5.1; siehe auch BGer 5A_361/2017 vom 01.03.2018, E. 3.5.1 f., mit Verweis auf die bisherige Rechtsprechung, in ZBGR 100/2019, S. 352 ff.

20 BGer 5C_307/2005, E. 6.3. In casu hat die Klägerin erst rund drei Jahre nach Fertigstellung der strittigen Baute (zusätzliche Fenster) interveniert.

Fällen abgesprochen²¹. Zum gegenteiligen Resultat müssten die Gerichte wohl nur dann kommen, wenn die Bauherrschaft über eine ausdrückliche, schriftliche Zustimmung der dienstbarkeitsberechtigten Kläger zur dienstbarkeitsverletzenden Baute verfügen würde, oder wenn sie aufgrund klarer und beweisbarer Aussagen der Kläger nach Treu und Glauben auf einen konkludenten Verzicht vertrauen durfte. Nur dann müssten sich die dienstbarkeitsberechtigten Kläger bei einer nachträglichen Klage ein rechtsmissbräuchliches Verhalten i. S. v. Art. 2 Abs. 2 ZGB vorwerfen lassen, was einen Rückbau ausschliessen würde²².

1.3. Dienstbarkeitsüberschreitende Bauten i. S. v. Art. 739 ZGB

In der bisherigen Rechtsprechung und Lehre werden bezüglich rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Kläger nach Art. 2 Abs. 2 ZGB nur Fälle erwähnt, in welchen dienstbarkeitsberechtigte Nachbarn einen Rückbau von dienstbarkeitsverletzenden Bauten i. S. v. Art. 737 Abs. 3 ZGB fordern. Dies entspricht sicherlich auch der häufigsten Konstellation in der Praxis.

Trotz geringerer Praxisrelevanz gelten auch in Fällen von dienstbarkeitsüberschreitenden Bauten i. S. v. Art. 739 ZGB betreffend die Verwirkung der Klagerechte nach Art. 2 Abs. 2 ZGB die gleichen Regeln: Namentlich darf sich auch ein dienstbarkeitsbelasteter Kläger (Nachbar oder Baurechtsgeber) nicht missbräuchlich verhalten, der wegen einer Überschreitung bzw. einer erheblichen Mehrbelastung der Dienstbarkeit einen Rückbau verlangt. Diesbezüglich ist zu prüfen, ob der Dienstbarkeitsbelastete einer Überschreitung zuvor möglicherweise *ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt* hat. Die Praxisrelevanz liegt bei baufördernden bzw. affirmativen Dienstbarkeiten (z. B. Näherbaurechten, Wegrechten, Quellenrechten, Baurechten und Überbaurechten)²³. In Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend die Verwirkung der Klagerechte von dienstbarkeitsberechtigten Klägern bei dienstbarkeitsverletzenden Bauten sind die Anforderungen an eine stillschweigende Zustimmung des dienstbarkeitsbelasteten Klägers bei dienstbarkeitsüberschreitenden Bauten gleichermaßen sehr hoch.

21 BGE 83 II 201, E. 3; BGer 5C_307/2005 vom 19.05.2006, E. 6.3; BGer 5A_369/2013 vom 15.05.2014, E. 5.1; BGer 5C_42/2007 vom 08.02.2008, E. 7.2, nicht publiziert in BGE 134 III 341; siehe ferner BGer 5A_898/2015 vom 11.07.2016, E. 3.2 und E. 3.4, nicht publiziert, in BGE 142 III 551 (Gutheissung einer Beseitigungsklage auf Rückschnitt von dienstbarkeitswidrigen Bäumen).

22 Ausführlich BSK ZGB-HONSELL, Art. 2, N. 43 f.

23 Vgl. ZK-LIVER, Art. 739, N. 5 und 44.

2. Analoge Anwendung von Art. 674 Abs. 3 ZGB auf dienstbarkeitswidrige Bauten

2.1. Ausgangslage: Überbaurecht gemäss Art. 674 Abs. 3 ZGB

Gemäss Art. 674 Abs. 3 ZGB kann dem gutgläubigen Überbauenden im Falle eines unberechtigten Überbaus, gegen welchen der Verletzte nicht rechtzeitig Einspruch erhoben hat, obwohl dieser für ihn erkennbar geworden ist, wenn es die Umstände rechtfertigen, das dingliche Recht auf den Überbau oder das Eigentum am Boden gegen angemessene Entschädigung zugewiesen werden. Als dingliches Recht auf den Überbau erhält der Überbauende einen *realobligatorischen Anspruch auf Einräumung einer Überbaurechts-Dienstbarkeit*. Dabei handelt es sich um ein Legalservitut (gleich wie beim Notwegrecht gemäss Art. 694 ZGB, beim Notleitungsrecht nach Art. 691 ZGB oder beim Notbrunnenrecht i. S. v. Art. 710 ZGB)²⁴.

2.2. Dienstbarkeitsverletzende Bauten i. S. v. Art. 737 Abs. 3 ZGB

2.2.1. Praktische Umsetzung einer analogen Anwendung

Bei bauhindernden Dienstbarkeiten steht hinsichtlich eines Rückbaus von dienstbarkeitsverletzenden Bauten zur Diskussion, ob der dienstbarkeitsbelastete Bauherr in analoger Anwendung von Art. 674 Abs. 3 ZGB allenfalls von einer Rückbaupflicht entlastet und der dienstbarkeitsberechtigte Nachbar demgegenüber gesetzlich zur dauerhaften Duldung der Dienstbarkeitsverletzung i. S. v. Art. 737 Abs. 3 ZGB gezwungen werden kann. Die analoge Anwendung soll in der Praxis dadurch umgesetzt werden, dass der dienstbarkeitsbelastete Bauherr einen *realobligatorischen Anspruch auf Ablösung oder Anpassung der verletzten Dienstbarkeit* erhält, sodass durch die Baute keine anhaltende Dienstbarkeitsverletzung mehr zu beklagen ist²⁵. Die zuvor im Umfang der Dienstbarkeit beschränkten dinglichen Rechte am Grundstück des Bauherrn sollen diesem damit

24 Ausführlich BK-MEIER-HAYOZ, Art. 674, N. 6 ff. und 52 ff.; BSK ZGB-REY / STREBEL, Art. 674, N. 1 ff.; ausführlich bezüglich Notdienstbarkeiten bzw. Realobligation ARNET, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Eine Untersuchung zu den gesetzlichen Kontrahierungspflichten und weiteren Schranken der Vertragsabschlussfreiheit im schweizerischen Recht, Stämpfli 2008, N. 282 ff., bzw. dieselbe, Die Realobligation – ein «zweiköpfiges Ungeheuer»?, in: CAVALLO et al. (Hrsg.), Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Liber amicorum für Andreas Donatsch, Schulthess 2012, S. 631 ff.; REY, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts Band I, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl., Stämpfli 2007, N 253 ff.; betreffend vertragliche Überbaurechts-Dienstbarkeiten siehe VALLATI (Fn. 1), N. 461 ff.

25 Vgl. BGer 5A_101/2016 vom 07. 10. 2016, E. 2.

(zumindest teilweise) wieder zurückgegeben werden. Von Praxisrelevanz sind z. B. Bauverbots- und Gewerbeverbots-Dienstbarkeiten sowie Wegrechts-Dienstbarkeiten zulasten des Baugrundstücks.

2.2.2. Ablehnung einer analogen Anwendung durch früher herrschende Lehre und Bundesgericht

In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts äusserte sich LEEMANN in seinem Kommentar zu Art. 737 ZGB wie folgt²⁶: «Bei Verletzung eines Bauverbots durch den Belasteten kann der Berechtigte die Entfernung oder Zurücksetzung der Baute verlangen, Art. 674 III findet keine Anwendung [...]» Mit dem letzten Halbsatz lancierte er die bis heute umstrittene Frage, ob bei einer dienstbarkeitsverletzenden Baute Art. 737 Abs. 3 ZGB uneingeschränkte Bedeutung zukommt oder ob eine analoge Anwendung von Art. 674 Abs. 3 ZGB u. U. den Verzicht auf einen Rückbau rechtfertigt. In der Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts schloss sich HAAB dieser eine Analogie ablehnenden Meinung an²⁷.

In einem bis heute wegweisenden Entscheid aus dem Jahr 1957 hat sich das Bundesgericht ebenfalls klar gegen eine analoge Anwendung von Art. 674 Abs. 3 ZGB auf dienstbarkeitsverletzende Bauten ausgesprochen. Dabei hat es die Unterscheidung zwischen Legalservituten gemäss Art. 674 Abs. 3 ZGB und vertraglich vereinbarten Dienstbarkeiten hervorgehoben und betont, dass bei vertraglich vereinbarten Dienstbarkeiten im Gegensatz zu Legalservituten in erster Linie der Parteiwille entscheidend sei. Gerade dies habe der Gesetzgeber gewollt, indem er in Art. 737 Abs. 3 ZGB ohne irgendwelche Einschränkungen bestimmte, dass der Belastete nichts vornehmen dürfe, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindere oder erschwere. Diese Vorschrift sei absolut zu verstehen und eine analoge Anwendung von Art. 674 Abs. 3 ZGB sei deshalb nicht angezeigt²⁸. Seit dieser klaren Ablehnung einer analogen Anwendung hat sich das Bundesgericht bis heute nicht mehr abschliessend mit dieser Frage befassen müssen²⁹.

26 BK-LEEMANN, Art. 737, N. 14; siehe auch derselbe, Art. 674, N. 14.

27 ZK-HAAB, Art. 674, N. 1.

28 BGE 83 II 201, E. 2, in Pra 46/1957 Nr. 118; ZBJV 95/1959, S. 28 ff.

29 Die Frage offenlassend, weil es am guten Glauben des dienstbarkeitsbelasteten Bauherrn fehlte, BGER 5C_307/2005 vom 19. 05. 2006, E. 7, in ZBGR 88/2007, S. 130 ff.

2.2.3. Analoge Anwendung gemäss heute herrschender Lehre

Gegen die früher herrschende Lehre intervenierte LIVER bereits vor dem wegweisenden Bundesgerichtsentscheid, dass Art. 674 Abs. 3 ZGB bei dienstbarkeitsverletzenden Bauten i. S. v. Art. 737 Abs. 3 ZGB sehr wohl in analoger Weise anwendbar sei (damals noch in einer Nebenbemerkung zu Art. 734)³⁰. Auf die gegenteilige Ansicht des Bundesgerichts war es wiederum LIVER, welcher sich erneut (und diesmal ausführlicher) für eine analoge Anwendung von Art. 674 Abs. 3 ZGB aussprach, indem er die Praxis des Bundesgerichts wie folgt kritisierte³¹:

Eine analoge Anwendung von Art. 674 Abs. 3 auf Art. 737 Abs. 3 ZGB sei insbesondere deshalb zu bejahen, weil hinsichtlich beider Normen eine *Übereinstimmung in der Interessenlage* bestehe, wenn einerseits die Dienstbarkeitsgrenze und andererseits die Grundstücksgrenze als Baulinien überschritten würden. Ausserdem sei der Verzicht auf einen Rückbau nur gegen eine angemessene Entschädigung möglich³². Demgegenüber sei eine Entschädigung für den Dienstbarkeitsberechtigten, welcher durch eine dienstbarkeitswidrige Baute in seiner Dienstbarkeit verletzt werde, nach Art. 737 ZGB nicht vorgesehen. Dafür müsse neben der Beseitigungsklage eine Schadenersatzklage nach Art. 41 OR erhoben werden, wobei die Verjährungsfristen gemäss Art. 60 OR zu beachten seien.

Schliesslich argumentierte LIVER, dass dem Richter in Art. 674 Abs. 3 ZGB eine grosse Freiheit in der Würdigung aller Umstände eingeräumt werde. Selbst wenn der gute Glaube des Bauenden gegeben sei, habe der Richter diesem das Überbaurecht nur zuzuerkennen, falls es die Umstände rechtfertigen. Dies sei nur dann der Fall, wenn die Entfernung des Überbaus nach Vernunft und Billigkeit nicht zugemutet werden könne. Insbesondere solle dabei im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung die *Schwere einer Dienstbarkeitsverletzung berücksichtigt* bleiben. Gemäss LIVER sollte eine Beseitigungsklage des Dienstbarkeitsberechtigten gegenüber dem gutgläubigen Bauherrn beispielsweise nur scheitern, wenn eine Baute um einige Zentimeter höher gebaut werde, als es eine Bauhöhenbeschränkungs-Dienstbarkeit zulasse oder wenn eine erstellte

30 ZK-LIVER (1956), Art. 734, N. 109 (übereinstimmend mit den neueren Aufl. von 1968 und 1980).

31 LIVER, ZBJV 95/1959, S. 29 ff.; ZK-LIVER (1959), Art. 737, N. 203 ff. (übereinstimmend mit den neueren Aufl.).

32 Vgl. relativierend dazu BK-MEIER-HAYOZ, Art. 674, N. 64 und 77 f., wonach eine Entschädigung nicht *conditio sine qua non* für den Erwerb des dinglichen Rechts sei (siehe auch BSK ZGB-REV/STREBEL, Art. 685/686, N. 29).

Baute einer Fahrwegrechts-Dienstbarkeit «etwas zu wenig Raum» für deren Ausübung lasse. In diesen Fällen fügte eine erfolgreiche Beseitigungsklage dem dienstbarkeitsbelasteten Bauherrn einen Schaden zu, welcher das «Hundertfache des Wertes der verletzten Dienstbarkeit ausmachen würde» – und dies, ohne dass er diesen selbst verschuldet hätte, da er in gutem Glauben gebaut habe³³.

In den letzten Jahrzehnten schlossen sich weitere Autoren LIVERS Auffassung an und sprachen sich für eine analoge Anwendung von Art. 674 Abs. 3 ZGB auf dienstbarkeitsverletzende Bauten aus³⁴. Auch in der übrigen neueren Lehre werden zumindest keine gegenteiligen Meinungen mehr vertreten³⁵. Somit kann festgehalten werden, dass sich die heute herrschende Lehre für eine analoge Anwendung von Art. 674 Abs. 3 ZGB auf dienstbarkeitsverletzende Bauten i. S.v. Art. 737 Abs. 3 ZGB ausspricht.

2.2.4. Tendenz zu analoger Anwendung nach jüngerer Bundesgerichtspraxis

Aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts kann eine die Analogie befürwortende Richtung und damit eine Tendenz zu einer zukünftigen Praxisänderung herausgelesen werden: In einem Fall aus dem Jahr 2016 widersprach es den vorinstanzlichen Erwägungen, welche sich klar und unmissverständlich für eine analoge Anwendung aussprachen, nicht. Auf eine nähere Auseinandersetzung mit der Frage der analogen Anwendung konnte das Bundesgericht aufgrund des fehlenden Klagebegehrens des Dienstbarkeitsberechtigten jedoch verzichten³⁶. In einem Urteil aus dem Jahr 2018 hat das Bundesgericht die Vorinstanz im Rahmen einer

33 ZK-LIVER (1959), Art. 737, N. 181, 205 f. und 214 (übereinstimmend mit den neueren Aufl.).

34 BK-MEIER-HAYOZ, Art. 674, N. 22; BSK ZGB-REY/STREBEL, Art. 685/686, N. 27; KOLLER, AJP 8/2008, S. 475; Derselbe, AJP 7/2011, S. 945.

35 Ohne eine diesbezügliche Ausserung BSK ZGB-PETITPIERRE, Art. 737, N. 1. ff.; RIEMER, Die beschränkten dinglichen Rechte, Dienstbarkeiten, Grund- und Fahrnispfandrechte, Grundlasten, 2. Aufl., Stämpfli 2000, § 8, N. 4, § 12, N. 5 f., § 13, N. 27 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl., Schulthess 2017, N. 1288 f.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Schulthess 2015, § 100, N. 23 ff.

36 BGer 5A_101/2016 vom 07. 10. 2016, E. 2 und E. 4. In casu hatte der Dienstbarkeitsberechtigte gegen die Zuweisung des dinglichen Rechts auf Verletzung des Bauverbots eine Entschädigung anstelle eines Rückbaus gefordert. Die kantonale Vorinstanz hat diese Forderung mit der Begründung abgewiesen, dass Art. 674 Abs. 3 ZGB nicht als Rechtsgrundlage genüge, wenn es dem Dienstbarkeitsberechtigten einzig um die Geltendmachung einer Entschädigung gehe. Siehe auch KGer SZ, ZK1 2015 2 vom 01. 02. 2016, E. 2b f. in EGV-SZ 2016, A 2.3.

Rückweisung auf eine allfällige Berücksichtigung von Art. 674 Abs. 3 ZGB bei der ausstehenden Neubeurteilung hingewiesen³⁷.

2.3. Dienstbarkeitsüberschreitende Bauten i. S. v. Art. 739 ZGB

2.3.1. Praktische Umsetzung einer analogen Anwendung

Bei baufördernden Dienstbarkeiten ist danach zu fragen, ob der dienstbarkeitsberechtigten Bauherr bei einer Überschreitung bzw. Mehrbelastung der Dienstbarkeit i. S. v. Art. 739 ZGB in analoger Anwendung von Art. 674 Abs. 3 ZGB möglicherweise von einer Rückbaupflicht entlastet und der dienstbarkeitsbelastete Nachbar (oder Baurechtgeber) die dienstbarkeitsüberschreitende Baute dauerhaft zu dulden hat. In diesem Fall könnte dem dienstbarkeitsberechtigten Bauherrn ein *realobligatorischer Anspruch auf Erweiterung der Dienstbarkeit* im Umfang der erstellten Baute zustehen, falls die Voraussetzungen von Art. 674 Abs. 3 ZGB erfüllt sind. Praxisrelevant sind z. B. Näher- und Grenzbaurechte, Überbaurechts-, Baurechts- sowie Wegrechts-Dienstbarkeiten.

2.3.2. Analoge Anwendung bei Näherbaurechten

Gemäss Art. 685 Abs. 2 ZGB finden auf Bauten, die den Vorschriften des Nachbarrechts zuwiderlaufen, die Bestimmungen betreffend überragende Bauten Anwendung. Gemäss Bundesgericht und Lehre lässt sich eine analoge Anwendung von Art. 674 Abs. 3 ZGB auch dann ableiten, wenn der Bauende anstelle der Grundstücksgrenze nur den gesetzlichen Grenzabstand überschreitet³⁸. Das Gleiche soll für den Fall gelten, dass der Grenzabstand nicht durch Gesetz, sondern durch eine nachbarliche Näherbaurechts-Vereinbarung festgelegt wird³⁹.

Somit könnte die durch ein Näherbaurecht abstandsprivilegierte Baute, welche den vereinbarten Grenzabstand überschreitet, anstelle eines Rückbaus mit einer *Erweiterung des bestehenden Näherbaurechts* legalisiert werden – falls die Voraussetzungen gemäss Art. 674 Abs. 3 ZGB erfüllt sind. Baut der Dienstbarkeitsberechtigten in gutem Glauben und unterlässt der Dienstbarkeitsbelastete einen rechtzeitigen Einspruch, verlangt die richterliche Würdigung aller Umstände eine Prüfung der

37 BGer 5A_69/2018 vom 21. 09. 2018, E. 2.5.2 (Verletzung einer Überbaurechts-Dienstbarkeit durch einen Lichtschacht).

38 BGE 95 II 7, E. 4; BGE 103 II 326, E. 5, mit Verweis auf BGE 41 II 215, E. 6; BK-LEEMANN, Art. 674, N. 13; BK-MEIER-HAYOZ, Art. 674, N. 20 und Art. 685/686, N. 129 ff.

39 ZK-LIVER, Art. 737, N. 205 f. und 210; KOLLER, AJP 2008, S. 474, dergleiche, AJP 2011, S. 945.

Verhältnismässigkeit zwischen der Schwere der Dienstbarkeits-Überschreitung und den mit einem Rückbau verbundenen Kosten. Beispielsweise sollte nach LIVER eine um 10 oder 20 Zentimeter zu nahe an die Grenze des Nachbargrundstücks gebaute und damit das Näherbaurecht überschreitende Aussenmauer nach Vernunft und Billigkeit von einem Rückbau verschont bleiben. Demgegenüber könnte die Entfernung eines Balkons, welcher in den vereinbarten Grenzabstand hineinragt, gerechtfertigt sein⁴⁰. Das Bundesgericht hatte sich bisher noch nie mit einem solchen Fall zu befassen.

Alle übrigen auf fördernden Dienstbarkeiten, wie beispielsweise Grenzbaurechte, Überbaurechte, Baurechte und Wegrechte, blieben bis heute in der Rechtsprechung und Lehre hinsichtlich einer analogen Anwendung von Art. 674 Abs. 3 ZGB im Falle einer dienstbarkeitsüberschreitenden Baute unerwähnt.

2.4. Kritische Würdigung und Ablehnung einer analogen Anwendung

2.4.1. Unstrittige ähnliche Interessenlage

LIVER geht von einer übereinstimmenden Interessenlage hinsichtlich eines unberechtigten Überbaus gemäss Art. 674 Abs. 3 ZGB und einer dienstbarkeitsverletzenden Baute nach Art. 737 Abs. 3 ZGB aus; zumal einerseits die Grundstücksgrenze und andererseits die Dienstbarkeitsgrenze überschritten wird. Dass hier, wie von MEIER-HAYOZ bemerkt, zumindest ähnliche Interessen vorliegen, ist kaum in Abrede zu stellen⁴¹. Noch eher entspricht Art. 674 Abs. 3 ZGB jedoch dem Fall von dienstbarkeitsüberschreitenden Bauten i. S. v. Art. 739 ZGB. In beiden Fällen wird eine Baugrenze überschritten und bei den meisten auf fördernden Dienstbarkeiten (z. B. Grenzbau- und Überbaurechte, Baurechte sowie Wegrechte) ist mit der Überschreitung ein unzulässiger Eingriff in die Eigentumsrechte des Dienstbarkeitsbelasteten nach Art. 641 Abs. 2 ZGB verbunden⁴².

40 ZK-LIVER, Art. 737, N. 205 f. LIVER bezeichnet solche Bauten als dienstbarkeitsverletzend und unterscheidet im vorliegenden Kontext nicht zwischen der Verletzung (Art. 737 Abs. 3 ZGB) und der Überschreitung bzw. Mehrbelastung (Art. 739 ZGB) einer Näherbaurechts-Dienstbarkeit.

41 Vgl. ZK-LIVER, Art. 737, N. 210 f.; BK-MEIER-HAYOZ, Art. 674, N. 22.

42 Art. 641 Abs. 2 ZGB ist hingegen nicht einschlägig, wenn bei der Überschreitung von Näherbaurechten nicht über die Grundstücksgrenze gebaut und somit nicht direkt in die Eigentumsrechte des Belasteten eingegriffen wird.

Trotz dieser ähnlichen Interessenlage und entgegen der heute herrschenden Lehrmeinung sowie der festgestellten Tendenz in der jüngeren Bundesgerichtspraxis ist eine analoge Anwendung des gesetzlichen Überbaurechts nach Art. 674 Abs. 3 ZGB auf dienstbarkeitswidrige und insbesondere auf dienstbarkeitsverletzende Bauten i. S. v. Art. 737 Abs. 3 ZGB aus folgenden Gründen abzulehnen:

2.4.2. Gutgläubigkeit des dienstbarkeitsbelasteten Bauherrn als ungeeignetes Kriterium bei analoger Anwendung

Durch das Erfordernis der Gutgläubigkeit des Überbauenden gemäss Art. 674 Abs. 3 ZGB soll verhindert werden, dass dieser wissentlich über die Grundstücksgrenze baut und dabei auf die Untätigkeit des Nachbarn spekuliert, weil er daraus seinen Nutzen ziehen könnte. Gutgläubig handelt ein Überbauender i. S. v. Art. 674 Abs. 3 ZGB, wenn er *mindestens ohne grobe Fahrlässigkeit* (d. h. mitunter leichtfahrlässig) annimmt, dass er das Recht zu bauen hat. Dabei macht es keinen Unterschied, ob er eine falsche Vorstellung vom richtigen Grenzverlauf hatte oder ob er diesen zwar kannte, jedoch ohne grobe Fahrlässigkeit annahm, dass der Nachbar mit dem Überbau einverstanden sei⁴³. Aufgrund der schwierigen Beweisbarkeit des guten Glaubens ist dieser gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB zu vermuten. Die Widerlegung der Gutglaubensvermutung hat deshalb durch den Prozessgegner zu erfolgen, in diesem Fall durch den vom Überbau betroffenen Nachbarn⁴⁴.

In analoger Anwendung wird es hingegen kaum möglich sein, dass der dienstbarkeitsbelastete Bauherr ohne grobe Fahrlässigkeit (bzw. leichtfahrlässig) annimmt, er habe das Recht zur Erstellung einer dienstbarkeitsverletzenden Baute: So bewirkt die Fiktion der Kenntnis des Grundbuchinhalts nach Art. 970 Abs. 4 ZGB, dass sich der Erwerber des Grundstücks gegenüber dem am Grundstück dinglich Berechtigten nicht darauf berufen kann, er habe dessen Rechte nicht gekannt⁴⁵. Dementsprechend würde eine Einwendung des dienstbarkeitsbelasteten Bauherrn, dass ihm eine Dienstbarkeit (samt Inhalt des Dienstbarkeitsvertrages als Beleg zum entsprechenden Eintrag) nicht bekannt war und er deshalb gutgläubig

43 BGE 103 II 326, E. 5, mit Verweis auf BGE 41 II 215, E. 6; BK-MEIER-HAYOZ, Art. 674, N. 65 ff.; bezüglich Abgrenzung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit bzw. Gut- und Bösgläubigkeit siehe auch BSK OR-KESSLER, Art. 41, N. 48 ff.

44 Ausführlich statt vieler BSK ZGB-HONSELL, Art. 3, N. 30 f.

45 BGER 4C_458/1996 vom 20.02.1997, E. 3 (nicht publiziert), in ZBGR 79/1998, S. 49 ff.; letztmals BGE 142 III 329, E. 5.3.2; BSK ZGB-SCHMID, Art. 970, N. 32 ff.

baute, ins Leere zielen – sog. Fiktion des Einwendungsausschlusses⁴⁶. Nach der hier vertretenen Ansicht handelt ein dienstbarkeitsbelasteter Bauherr, welcher ohne genaue Kenntnis des Inhalts und Umfangs einer das Baugrundstück belastenden Dienstbarkeit oder in falscher Vorstellung über den richtigen Inhalt und Umfang baut, *in jedem Fall grobfahrlässig*. Denn mit diesem Verhalten missachtet er die elementarsten Vorsichtsmassnahmen und verletzt damit seine Sorgfaltspflicht in grober Weise. Von einer Unachtsamkeit im Sinne eines leichtfahrlässigen Handelns kann auch dann nicht die Rede sein, wenn er in der Hoffnung baut, die Dienstbarkeit nicht zu verletzen oder dass der Nachbar nachträglich keinen Anspruch auf seine Dienstbarkeitsrechte erheben wird.

Weil es also kaum möglich ist, dass ein dienstbarkeitsbelasteter Bauherr gutgläubig bauend eine Dienstbarkeit verletzt, wäre die *Widerlegung der Gutgläubensvermutung gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB* durch den Dienstbarkeitsberechtigten regelmässig relativ einfach zu erbringen. Deshalb eignet sich das Kriterium der Gutgläubigkeit des dienstbarkeitsbelasteten Bauherrn und damit eine analoge Anwendung von Art. 674 Abs. 3 ZGB auf dienstbarkeitsverletzende Bauten i. S. v. Art. 737 Abs. 3 ZGB grundsätzlich nicht.

2.4.3. Objektive Erkennbarkeit des Baufortschritts und unverjährbare dingliche Klagen

Eine weitere Voraussetzung für die Zuweisung eines gesetzlichen Überbaurechts gemäss Art. 674 Abs. 3 ZGB ist, dass der durch den Überbau in seinen Eigentumsrechten Verletzte es versäumt hat, rechtzeitig Einspruch zu erheben. Gemäss herrschender Lehre wird auf das *objektive Moment der äusseren Erkennbarkeit des Überbaus* abgestellt – ohne Rücksicht darauf, dass der Nachbar möglicherweise durch einen völlig unverschuldeten Umstand (Abwesenheit, Krankheit, Irrtum über die Grundstücksgrenze) vom Überbau keine Kenntnis erhält. Auf das subjektive Erkennen darf im allgemeinen Interesse der Erhaltung einmal errichteter Bauten und mit Rücksicht darauf, dass das Interesse des Überbauenden regelmässig überwiegt, nicht abgestellt werden. Der Bauende darf deshalb darauf vertrauen, dass der Einspruch erfolgt und ihm zur Kenntnis gebracht wird, sobald ein äusserlich erkennbarer Bau jenseits der Grenze

46 Art. 942 Abs. 2 i. V. m. Art. 948 Abs. 2 ZGB; BGE 137 III 145, E. 3.3.1, m. w. H., in ZBGR 93/2012, S. 252 ff.

begonnen hat. Danach verwirkt der vom Überbau betroffene Nachbar sein Recht, die Beseitigung des Überbaus zu fordern⁴⁷.

Eine analoge Anwendung dieser Voraussetzungen auf dienstbarkeitsüberschreitende oder -verletzende Bauten wäre deshalb stossend, weil sowohl die Dienstbarkeitsklage (*actio confessoria*) des Dienstbarkeitsberechtigten i. S. v. Art. 737 ZGB als auch die Eigentumsfreiheitsklage (*actio negatoria*) des Dienstbarkeitsbelasteten i. S. v. Art. 739 und Art. 641 Abs. 2 ZGB – gleich wie alle anderen dinglichen Klagerechte – keiner Verjährung unterliegen⁴⁸. Auf den Baufortschritt der dienstbarkeitsverletzenden oder -überschreitenden Baute zum Zeitpunkt der Klageerhebung kann es deshalb nicht ankommen. Folglich muss in jedem Fall auf das *subjektive Erkennen* des dienstbarkeitsbelasteten oder -berechtigten Klägers abgestellt werden. Aus diesem Grund ist von einer analogen Anwendung von Art. 674 Abs. 3 ZGB auf dienstbarkeitsverletzende und -überschreitende Bauten abzusehen. Wie oberhalb ausgeführt, kann der Dienstbarkeitsbelastete oder -berechtigte seine Klagerechte nur bei missbräuchlichem Verhalten i. S. v. Art. 2 Abs. 2 ZGB verwirken.

V. Schlussfolgerung

Es ergibt sich, dass weder eine rechtskräftige Baubewilligung noch ausbleibende Einwände von dienstbarkeitsberechtigten und -belasteten Dritten im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens über die Möglichkeit von zivilgerichtlich angeordneten Bauverböten oder späteren zivilgerichtlichen Rückbauanordnungen gegen dienstbarkeitswidrige Bauten hinwegtäuschen sollten. Eine nachträgliche Beseitigungsklage stellt den Bauherrn in jedem Fall vor grössere Herausforderungen als ein vorgängiges zivilrechtliches Bauverbot oder die Verzögerung des Baubewilligungsverfahrens wegen Einwände Dritter. Die mit einem Rückbau verbundene finanzielle Last kann für Bauherren, je nach dienstbarkeitswidriger Baute, schnell existenzbedrohende Folgen aufweisen.

Eine gewisse Erheblichkeit der Verletzung oder Überschreitung einer Dienstbarkeit wird vorausgesetzt und ist somit im Rahmen einer richterlichen Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall festzustellen; wobei eine Verletzung oder Überschreitung der Dienstbarkeit um wenige Zentimeter

47 BK-MEIER-HAYOZ, Art. 674, N. 39 ff.; BSK ZGB-REY/STREBEL, Art. 674, N. 11.; ZK-HAAB, Art. 674, N. 17.

48 BGer 5C_307/2005 vom 19.05.2006, E. 6.2; ZK-LIVER, Art. 737, N. 213 ff.; REY (Fn. 24), N. 2043 ff., insbes. N. 2047.

einen Rückbau der dienstbarkeitswidrigen Baute kaum rechtfertigen kann. Die Anforderungen an eine stillschweigende Zustimmung des dienstbarkeitsbelasteten oder -berechtigten Klägers zu einer dienstbarkeitswidrigen Baute, worauf dieser hinsichtlich Art. 2 Abs. 2 ZGB seine Klagerechte verirken würde, sind sehr hoch. Auch eine analoge Anwendung von Art. 674 Abs. 3 ZGB zur Legalisierung von dienstbarkeitswidrigen Bauten ist unter Berücksichtigung der dargelegten Argumente und entgegen der heute herrschenden Lehre sowie bundesgerichtlichen Tendenz abzulehnen. Deshalb lässt sich ein Rückbau von dienstbarkeitswidrigen Bauten, welche eine Dienstbarkeit in erheblichem Masse verletzen oder überschreiten, kaum vermeiden. Aus diesem Grund ist die genaue Kenntnis über den Inhalt und Umfang sämtlicher mit dem Baugrundstück verbundenen Dienstbarkeiten als Grundvoraussetzung jeder Bautätigkeit zu werten. Dabei sind nicht nur bahindernde Dienstbarkeiten zulasten des Baugrundstücks, welche durch ein Bauvorhaben i. S. v. Art. 737 Abs. 3 ZGB verletzt werden könnten, zu berücksichtigen (z. B. Bauverbote, Gewerbeverbote, Baurechte, Wegrechte, Quellenrechte). Auch baufördernde Dienstbarkeiten zugunsten des Baugrundstücks, welche mit der Realisierung der Baute eine unzulässige Mehrbelastung nach Art. 739 ZGB erfahren könnten, erfordern Beachtung (z. B. Näherbaurechte, Wegrechte, Baurechte, Überbaurechte).

Sollte sich aus einer sorgfältigen Vorprüfung sämtlicher Dienstbarkeiten ergeben, dass eine solche durch die Realisierung des Bauvorhabens tangiert werden könnte, ist in jedem Fall der vorgängige Konsens mit den dienstbarkeitsberechtigten oder -belasteten Nachbarn (bzw. Baurechtsnehmern oder Baurechtsgebern) zu suchen. Es wird dringend empfohlen, von den betroffenen Dritten eine *schriftliche Zustimmung zum geplanten Bauvorhaben* – als ausdrückliche Erklärung des Verzichts auf ihre Dienstbarkeitsrechte i. S. v. Art. 737 Abs. 3 ZGB bzw. der Zustimmung zu einer Überschreitung der Dienstbarkeit i. S. v. Art. 739 ZGB – zu verlangen und erst dann ein entsprechendes Baugesuch einzureichen⁴⁹.

49 Zum Vorschlag eines Dienstbarkeits-Bereinigerungsverfahrens, welches sämtlichen Dienstbarkeiten die erforderliche Berücksichtigung geben würde und deshalb de lege ferenda in die kantonalen Baubewilligungsverfahren integriert werden sollte, siehe VALLATI (Fn. 1), N. 587 ff. sowie derselbe, Dienstbarkeiten im Baubewilligungsverfahren – gängige Praxis und mögliche Optimierung, in: BR/DC 4/2021, S. 177 ff.

Résumé

Les servitudes comme obstacles à la construction et démolition d'ouvrages construits en violation de servitudes

Les polices de construction n'évaluent généralement les demandes de construction qu'en fonction de critères de droit public, bien que les servitudes de droit privé puissent empêcher ou du moins retarder un projet de construction.

Cette contribution traite des conséquences possibles en droit civil pour les maîtres d'ouvrages en cas de constructions violant des servitudes ou de constructions déjà achevées. Afin d'éviter une démolition, l'auteur recommande d'obtenir un consentement écrit à l'aggravation de servitudes (art. 739 CCS) ou, en application de l'art. 737 al. 3 CCS, à la renonciation aux droits de servitudes, et cela avant la construction projetée.