

**Abwehransprüche im Verhältnis zwischen
dem Grundeigentümer und dem Bauberechtigten**
JONAS WOLFISBERG

Abwehransprüche im Verhältnis zwischen dem Grundeigentümer und dem Bauberechtigten

JONAS WOLFISBERG

Schulthess § 2022



Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft
Herausgegeben von Prof. Dr. Thomas Sutter-Somm

65

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2022

ISBN 978-3-7255-8399-7

www.schulthess.com

Vorwort

Die vorliegende Masterarbeit wurde im Herbstsemester 2021 an der Universität Luzern verfasst. Mein besonderer Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Jörg Schmid, Ordinarius für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung, für den Hinweis auf dieses wenig erforschte Thema, die aufmerksame Betreuung der Arbeit und die lehrreiche Zeit als Hilfsassistent an seinem Lehrstuhl. Ebenso sei Herrn Prof. Dr. Thomas Sutter-Somm, Ordinarius für Zivilrecht und Zivilprozessrecht an der Universität Basel, für die wertvolle Publikationsgelegenheit in der Schriftenreihe «Impulse» gedankt.

Ein herzliches Dankeschön geht sodann an Sereina Donatsch, BLaw für die hilfreichen Anregungen und die kritische Durchsicht meiner Masterarbeit.

Lehre und Rechtsprechung wurden bis Ende September 2021 berücksichtigt.

Alpnach, im November 2021

Jonas Wolfisberg

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis.....	VII
Literaturverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis.....	XXI
I. Einleitung	1
II. Begriff und Wesen des Baurechts	3
1. Die Durchbrechung des Akzessionsprinzips	3
2. Die Doppelstellung des Bauberechtigten	4
III. Die Arten des Baurechts	5
1. Das Baurecht als Personaldienstbarkeit	5
A. Im Allgemeinen.....	5
B. Das selbständige und dauernde Baurecht.....	6
a) Begriff.....	6
aa) Die Selbständigkeit i.S.v. Art. 655 Abs. 3 Ziff. 1 ZGB.....	6
bb) Die Dauerhaftigkeit i.S.v. Art. 655 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB	6
b) Aufnahme ins Grundbuch.....	7
C. Das Baurecht als andere Dienstbarkeit i.S.v. Art. 781 ZGB	8
a) Lehrmeinungen.....	8
b) Stellungnahme	9
2. Das Baurecht als Grunddienstbarkeit.....	10
A. Das gewöhnliche Baurecht	10
B. Das Überbaurecht	11
a) Begriff.....	11
b) Abgrenzung zum gewöhnlichen Baurecht	11
aa) Lehrmeinungen und bundesgerichtliche Rechtsprechung	11
bb) Stellungnahme	13
IV. Die Abwehransprüche des Bauberechtigten	15
1. Die actio negatoria und die actio confessoria.....	15
A. Tatbestand	15
B. Rechtsfolge	16

a)	Allgemeines	16
b)	Aktivlegitimation und Abgrenzung der actio confessoria von der actio negatoria	17
aa)	Lehre und Rechtsprechung	17
bb)	Stellungnahme	18
cc)	Fazit	19
c)	Passivlegitimation	19
d)	Inhalt der Klagen	20
2.	Der Besitzerschutz und Besitzesrechtsschutz i.S.v. Art. 926 ff. ZGB	21
A.	Allgemeines	21
B.	Die verbotene Eigenmacht	22
C.	Die einzelnen Besitzeschutzbehelfe	23
a)	Das Selbsthilferecht i.S.v. Art. 926 ZGB	23
b)	Die Klage aus Besitzesentziehung i.S.v. Art. 927 Abs. 1 ZGB	24
c)	Die Klage aus Besitzesstörung i.S.v. Art. 928 ZGB	26
d)	Die zeitlichen Grenzen der Besitzeschutzklagen	27
3.	Die nachbarrechtlichen Rechtsbehelfe	27
A.	Das Verbot übermässiger Einwirkungen i.S.v. Art. 684 ZGB	27
B.	Die Rechtsbehelfe von Art. 679 und Art. 679a ZGB	28
a)	Tatbestand	28
b)	Rechtsfolge	29
c)	Besonderheiten bei Bauten und Bauarbeiten	30
C.	Anwendbarkeit des Nachbarrechts im Baurechtsverhältnis	30
a)	Im Allgemeinen	30
b)	Baurechte als Grunddienstbarkeit	31
aa)	Bundesgerichtliche Rechtsprechung	31
aaa)	BGE 116 II 236	31
bbb)	BGE 127 III 10	32
ccc)	Weitere Entwicklung der Rechtsprechung	32
bb)	Stellungnahme und eigene Lösung	33
c)	Baurechte als Personaldienstbarkeit	36
aa)	Bundesgerichtliche Rechtsprechung und Lehrmeinungen	36
bb)	Eigene Stellungnahme	37
d)	Zeitpunkt der Aufnahme des Baurechts als Grundstück ins Grundbuch	40
D.	Sonderfragen	42
a)	Abgrenzung zwischen Art. 641 Abs. 2 und Art. 679 ZGB	42
aa)	Rechtsprechung und Lehre	42
bb)	Eigene Stellungnahme	43
4.	Rechtsbehelfe aus dem Baurechtsvertrag i.S.v. Art. 97 ff. OR	46

A.	Ansprüche auf Realerfüllung und Schadenersatz	46
B.	Kündigungsrecht des Baurechtsvertrags	47
a)	Kündigung mit Wirkung ex nunc statt Rücktritt ex tunc	47
b)	Ausübung und Rechtsfolgen des Kündigungsrechts	48
c)	Recht zur Übertragung des Baurechts auf den Grundeigentümer	49
5.	Ausservertragliche Schadenersatzansprüche	50
V.	Die Abwehransprüche des Grundeigentümers	51
1.	Die sachenrechtlichen Abwehransprüche	51
A.	Die actio negatoria i.S.v. Art. 641 Abs. 2 ZGB	51
B.	Der Besitzerschutz i.S.v. Art. 926 ff. ZGB und der Besitzesrechtsschutz	52
C.	Die nachbarrechtlichen Rechtsbehelfe	52
2.	Ansprüche aus dem Baurechtsvertrag	53
A.	Ansprüche auf Realerfüllung und Schadenersatz	53
B.	Haftung des Bauberechtigten für Ausübungshelfen i.S.v. Art. 101 OR	53
3.	Ausservertragliche Schadenersatzansprüche	54
4.	Der vorzeitige Heimfall i.S.v. Art. 779f ZGB	55
A.	Allgemeines	55
a)	Tatbestand	55
b)	Rechtsfolgen	56
B.	Anwendbarkeit auf übertragbare Personaldienstbarkeiten	57
a)	Verhältnis zum Kündigungsrecht aus wichtigem Grund	57
aa)	Lehrmeinungen	57
bb)	Eigene Lösung	57
aaa)	Rechtsfolgen des Kündigungsrechts aus wichtigem Grund	57
bbb)	Verhältnis zum vorzeitigen Heimfall	58
b)	Verhältnis zum Schadenersatzanspruch i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR	61
c)	Verhältnis zum Schadenersatzanspruch i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR	61
d)	Verhältnis zur actio negatoria i.S.v. Art. 641 Abs. 2 ZGB	62
C.	Anwendbarkeit auf unübertragbare Personaldienstbarkeiten	62
a)	Lehrmeinungen	62
b)	Eigene Stellungnahme	63
D.	Anwendbarkeit auf Grunddienstbarkeiten	65
a)	Lehrmeinungen	65
b)	Eigene Stellungnahme	66
VI.	Zusammenfassung in Thesen	67

Literaturverzeichnis

Zitierweise:

Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autors sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

- BACHMANN DOMINIK Verfügungsbeschränkungen bei gebuchten selbständigen und dauernden Rechten, insbesondere Baurechten, Diss. Zürich, Bern 1993
- BALLIF ALBAN Kommentierung der Art. 779–779I ZGB, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Piotet Denis (Hrsg.), Commentaire Romand, Code Civil II, Art. 457–977 CC, Art. 1–61 Tit. fin. CC, Basel 2016 (zit. BALLIF, CR, N ... zu Art. ... ZGB)
- DERSELBE Le droit de superficie, Éléments réels, obligations propres rem et droits personnels annotés, Diss. Lausanne 2003, Zürich 2004 (zit. BALLIF, Le droit de superficie)
- BAUMANN MAX Kommentierung des Art. 2 ZGB, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I, Einleitung, Art. 1–7 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. BAUMANN, ZK, N ... zu Art. 2 ZGB)
- BERGER-STEINER ISABELLE/SCHMID DOMINIK Kommentierung der Art. 667–679a ZGB, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. BERGER-STEINER/SCHMID, OFK, N ... zu Art. ... ZGB)
- BRANDENBURGER OTTO Das Baurecht der Art. 675 und 779 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, insbesondere seine vertragliche Ausgestaltung in der kommunalen Boden- und Wohnungspolitik, Diss. Zürich 1910, Aarau 1911
- BREHM ROLAND Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. Aufl., Bern 2013 (zit. BREHM, BK, N ... zu Art. ... OR)
- BRITSCHGI ANDRÉ Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2008

- BUCHER EUGEN Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988
- BÜRGISSER ADOLF Das Überbaurecht des ZGB und des BGB, Diss. Zürich 1978
- DESCHENAUX HENRI Le registre foncier, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Traité de droit privé suisse, Band V/2 (2 Teilbände), Freiburg 1983
- EGGEN GERHARD Das Bundesgesetz vom 19. März 1965 über das Baurecht und den Grundstückverkehr, in: ZBGR 46/1965, S. 269 ff. (zit. EGGEN, Bundesgesetz)
- DERSELBE Die Revision der Baurechtsdienstbarkeit, in: SJZ 58/1962, S. 241 ff. (zit. EGGEN, Revision)
- EMMENEGGER SUSAN/
TSCHECHSCHER AXEL Kommentierung des Art. 1 ZGB, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, BK, N ... zu Art. 1 ZGB)
- ENDER THOMAS Die Verantwortlichkeit des Bauherrn für unvermeidbare übermässige Bauimmissionen, Diss. Freiburg 1995
- FELLMANN WALTER/
KOTTMANN ANDREA Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012
- FOËX BÉNÉDICT Kommentierung der Art. 641–645 ZGB, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédicte/Piotet Denis (Hrsg.), Commentaire Romand, Code Civil II, Art. 457–977 CC, Art. 1–61 Tit. fin. CC, Basel 2016 (zit. FOËX, CR, N ... zu Art. ... ZGB)
- DERSELBE A propos de l'action en responsabilité du propriétaire d'immeuble (art. 679 CC), in: JdT 1999, I. Halbband, S. 474 ff. (zit. FOËX, JdT 1999)
- FREIMÜLLER HANS-
ULRICH Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte, Diss. Bern 1967
- FRIEDRICH HANS-PETER Baurechts-, Unterbaurechts- und Überbaurechtsdienstbarkeiten, in: Rechtliche Probleme des Bauens, Berner Tage für die juristische Praxis 1968, Bern 1969, S. 135 ff. (zit. FRIEDRICH, Baurecht)

- DERSELBE Die Neuordnung des Baurechtes im Zivilgesetzbuch, in: BJM 1966, S. 1 ff. (zit. FRIEDRICH, Neuordnung)
- FUCHS NICOLAS Die Besitzesschutzklagen nach Art. 927 ff. ZGB, Mit rechtsvergleichenden Hinweisen und unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Diss. Basel, Zürich 2018
- GALLAND CYRIL Le contenu des servitudes foncières, Aspects de droit réels et obligations de faire rattachées à la servitude, Diss. Freiburg, Genf/Zürich/Basel 2013
- GAUCH PETER Von den wesentlichen Vertragspunkten, in: recht 1991, S. 45 ff. (zit. GAUCH, wesentliche Vertragspunkte)
- DERSELBE System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968 (zit. GAUCH, System)
- GAUCH PETER/
SCHLUEP WALTER R./
SCHMID JÖRG/
EMMENEGGER SUSAN OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. GAUCH/SCHLUEP/BEARBEITER)
- GEISER THOMAS/
WOLF STEPHAN (Hrsg.) Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BEARBEITER, BSK, N ... zu Art. ... ZGB)
- GERMANN MARTIN Der Vertrag zur Errichtung einer Grunddienstbarkeit, Diss. Luzern, Bern 2008
- GÖKSU TARKAN Kommentierung der Art. 667–712 ZGB, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641–977 ZGB, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. GÖKSU, CHK, N ... zu Art. ... ZGB)
- HAAB ROBERT/
SCHERRER WERNER/
SIMONIUS AUGUST/
ZOBL DIETER Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Erste Abteilung: Das Eigentum, Art. 641–729 ZGB, 2. Aufl., Zürich 1929–1977 (zit. BEARBEITER, ZK, N ... zu Art. ... ZGB)
- HAAS RAPHAËL Stockwerkeigentum und Nachbarrecht, in: Wermelinger Amédéo/Fellmann Walter (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2012, 15. Juni 2012, Bern 2012, S. 1 ff.
- HARTMANN STEPHAN Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs- und Erfüllungsmängeln, Habil. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2005

- HAUSHEER HEINZ/
AEBI-MÜLLER REGINA E. Kommentierung des Art. 2 ZGB, in: Hausheer Heinz/
Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kom-
mentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Ein-
leitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung,
Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER,
BK, N ... zu Art. 2 ZGB)
- HENGGELER BENNO Die Beendigung der Baurechtsdienstbarkeit infolge
Zeitablaufs und der vorzeitige Heimfall, Diss. Freiburg,
Zürich/Basel/Genf 2005
- HITZ FLURINA Das Baurecht als selbstständiges und dauerndes Recht:
Konstruktion aus dinglichen und obligatorischen
Rechtspositionen, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2017
- HOMBERGER ARTHUR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,
IV. Band: Das Sachenrecht, Dritte Abteilung: Besitz und
Grundbuch, Art. 919–977 ZGB, 2. Aufl., Zürich 1938
(zit. HOMBERGER, ZK, N ... zu Art. ... ZGB)
- HUBER EUGEN Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum
Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeide-
partements, Zweiter Band: Sachenrecht und Text des
Vorentwurfes vom 15. November 1900, 2. Aufl., Bern
1914
- HUGUENIN CLAIRE Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil,
3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019
- HÜRLIMANN-KAUP
BETTINA Die sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesge-
richts im Jahr 2013, in: ZBJV 151/2015, S. 506 ff. (zit.
HÜRLIMANN-KAUP, ZBJV)
- DIESELBE Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sa-
chenrecht, Habil. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit.
HÜRLIMANN-KAUP, Grundfragen)
- HÜRLIMANN-KAUP
BETTINA/
SCHMID JÖRG Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Aufl.,
Zürich/Basel/Genf 2016
- ISLER PETER Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung, Diss.
Bern 1973
- JÄGGI PETER/
GAUCH PETER/
HARTMANN STEPHAN Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,
V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 1b: Auslegung,
Ergänzung und Anpassung der Verträge, Simulation,
Art. 18 OR, 4. Aufl., Zürich 2014 (zit. JÄGGI/GAUCH/
HARTMANN, ZK, N ... zu Art. 18 OR)

- KOLLER ALFRED Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Aufl., Bern 2017
- LEEMANN HANS Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Sachenrecht, II. Abteilung: Art. 730–918 ZGB, 2. Aufl., Bern 1925 (zit. LEEMANN, BK, N ... zu Art. ... ZGB)
- DERSELBE Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Sachenrecht, I. Abteilung: Art. 641–729 ZGB, 2. Aufl., Bern 1920 (zit. LEEMANN, BK, N ... zu Art. ... ZGB)
- L'HUILLIER LAURENT La responsabilité du propriétaire foncier selon l'article 679 du Code civil suisse, De l'excès du droit de propriété et de la vocation au procès, in: ZSR 71/1952, S. 3a ff.
- LIVER PETER Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730–792), Erster Band: Die Grunddienstbarkeiten (Art. 730–744), 2. Aufl., Zürich 1980 (zit. LIVER, ZK, N ... zu Art. ... ZGB)
- DERSELBE Das Eigentum, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band V/1: Sachenrecht, Basel/Stuttgart 1977, S. 1 ff. (zit. LIVER, SPR)
- DERSELBE Von den selbständigen und dauernden Baurechten, in: BN 20/1959, S. 41 ff. (zit. LIVER, Baurecht)
- DERSELBE Über die Baurechtsdienstbarkeit, in: ZBJV 94/1958, S. 377 ff. (zit. LIVER, Baurechtsdienstbarkeit)
- MARCHAND SYLVAIN Kommentierung der Art. 667–678 ZGB, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Piotet Denis (Hrsg.), Commentaire Romand, Code Civil II, Art. 457–977 CC, Art. 1–61 Tit. fin. CC, Basel 2016 (zit. MARCHAND, CR, N ... zu Art. ... ZGB)
- MEIER-HAYOZ ARTHUR Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654 ZGB, 5. Aufl., Bern 1981 (zit. MEIER-HAYOZ, BK, N ... zu Art. ... ZGB)
- DERSELBE Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 2. Teilband: Grundeigentum I, Art. 655–679 ZGB, 3. Aufl., Bern 1974 (zit. MEIER-HAYOZ, BK, N ... zu Art. ... ZGB)

- MERZ HANS Sachgewährleistung und Irrtumsanfechtung, in: Polygraphischer Verlag AG Zürich (Hrsg.), Vom Kauf nach Schweizerischem Recht, Festschrift für Theo Guhl zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Guhl, Zürich 1950, S. 87 ff.
- MIDDENDORF PATRICK Nachwirkende Vertragspflichten, Diss. Freiburg 2002
- MÜLLER CHRISTOPH Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018 (zit. MÜLLER, BK, N ... zu Art. ... OR)
- NIGGLI MARCEL
ALEXANDER/
MAEDER STEFAN Kommentierung des Art. 12 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–136 StGB, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. NIGGLI/MAEDER, BSK, N ... zu Art. 12 StGB)
- OSTERTAG FRITZ Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Sachenrecht, III. Abteilung: Art. 919–977, 2. Aufl., Bern 1917 (zit. OSTERTAG, BK, N ... zu Art. ... ZGB)
- PIOTET DENIS Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, in: Sutter-Somm Thomas (Hrsg.), Traité droit privé suisse, Volume V: Droits réels, Tome 2, 2. Aufl., Basel 2012 (zit. PIOTET DENIS, SPR)
- PIOTET PAUL Dienstbarkeiten und Grundlasten, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band V/1: Sachenrecht, Basel/Stuttgart 1977, S. 519 ff. (zit. PIOTET PAUL, SPR)
- REY HEINZ Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I, 3. Aufl., Bern 2007 (zit. REY, Sachenrecht)
- DERSELBE Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, veröffentlicht im Jahr 2001 – Sachenrecht, in: ZBJV 139/2003, S. 265 ff. (zit. REY, Urteilsbesprechung)
- REY HEINZ/
WILDHABER ISABELLE Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018

- RIEMER HANS MICHAEL Die Verträge des ZGB, insbesondere jene des Sachenrechts, aus der Sicht des OR, in: Honsell Heinrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger/Zobl Dieter (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 83 ff. (zit. RIEMER, Verträge des ZGB)
- DERSELBE Die beschränkten dinglichen Rechte, Dienstbarkeiten, Grund- und Fahrnispfandrechte, Grundlasten, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band II, 2. Aufl., Bern 2000 (zit. RIEMER, beschränkte dingliche Rechte, § ... N ...)
- DERSELBE Das Baurecht (Baurechtsdienstbarkeit) des Zivilgesetzbuches und seine Behandlung im Steuerrecht, Diss. Zürich 1968 (zit. RIEMER, Baurecht)
- RUEDIN ROLAND Le droit réel de superficie, Diss. Neuenburg 1969
- RUGGLE PETER Kommentierung der Art. 70–72 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. RUGGLE, BSK, N ... zu Art. ... ZPO)
- SCHENKER FRANZ Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Übersicht, Würdigung und Kritik, Diss. Freiburg 1988
- SCHMID JÖRG Fragen aus dem Nachbarrecht, in: ZBJV 156/2020, S. 271 ff. (zit. SCHMID JÖRG, Nachbarrecht)
- DERSELBE Vertragsrecht und Realerfüllung, in: Tercier Pierre/Amsutz Marc/Koller Alfred/Schmid Jörg/Stöckli Hubert (Hrsg.), Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 589 ff. (zit. SCHMID JÖRG, Realerfüllung)
- DERSELBE Sachbeschädigung – Rechtfertigung aus Dienstbarkeitsvertrag – StGB 32, 145; ZGB 737, in: BR 1992, S. 42 f. (zit. SCHMID JÖRG, Urteilsbesprechung)
- SCHMID JÖRG/
BUTTLIGER DOMINIC Fehlgeleitete Fussbälle und Eigentumsschutz der Nachbarn, in: BR 2013, S. 314 ff.
- SCHMID JÖRG/
HÜRLIMANN-KAUP
BETTINA Sachenrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017

- SCHMID JÖRG/
STÖCKLI HUBERT/
KRAUSKOPF FRÉDÉRIC
SCHMID JÜRIG
SCHMID-TSCHIRREN
CHRISTINA
SCHÖNENBERGER
WILHELM/
JÄGGI PETER
SIMONIUS PASCAL/
SUTTER THOMAS
DIESELBEN
SOERGEL HANS THEODOR/
STADLER ASTRID
SOERGEL HANS THEODOR/
STÜRNER ROLF
SPIRO KARL
STAEHELIN ADRIAN/
STAEHELIN DANIEL/
GROLIMUND PASCAL
STARK EMIL W.
STARK EMIL W./
LINDENMANN BARBARA
- OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021
- Ausgewählte Fragen zum Baurecht, Unterbaurecht und zum Überbaurecht, in: ZBGR 78/1998, S. 289 ff. (zit. SCHMID JÜRIG)
- «Superficies solo cedit» – Überlegungen zum sachenrechtlichen Akzessionsprinzip und seinen Ausnahmen, BN 73/2012, S. 301 ff.
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V 1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1–17 OR, 3. Aufl., Zürich 1973 (zit. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK, N ... zu Art. ... OR)
- Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel/Frankfurt am Main 1995 (zit. SIMONIUS/SUTTER, Band I, § ... N ...)
- Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band II: Die beschränkten dinglichen Rechte, Basel/Frankfurt am Main 1990 (zit. SIMONIUS/SUTTER, Band II, § ... N ...)
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 15/1, Sachenrecht 2/1, §§ 985–1017, ErbbauVO, 13. Aufl., Stuttgart 2007 (zit. SOERGEL/STADLER, N ... zu § ... BGB)
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 16, Sachenrecht 3, §§ 1018–1296, 13. Aufl., Stuttgart 2001 (zit. SOERGEL/STÜRNER, N ... zu § ... BGB)
- Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984
- Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. BEARBEITER, § ... N ...)
- Das Wesen der Haftpflicht des Grundeigentümers nach Art. 679 ZGB, Praktische Anwendung der rechtssystematischen Auslegungsmethode, Habil. Zürich 1952
- Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch, 1. Teilband: Der Besitz, Art. 919–941 ZGB, 4. Aufl., Bern 2016 (zit. STARK/LINDENMANN, BK, N ... zu Art. ... ZGB)

- STEINAUER PAUL-HENRI Les droits réels, Band II, Propriété foncière, Propriété mobilière, Généralités sur les droits réels limités, Servitudes foncières, 5. Aufl., Bern 2020 (zit. STEINAUER, Band II)
- DERSELBE Les droits réels, Band I, Introduction à l'étude des droits réels, Possession et registre foncier, Dispositions générales sur la propriété, Propriété par étages, 6. Aufl., Bern 2019 (zit. STEINAUER, Band I)
- DERSELBE Le contrat de superficie, in: Schweizerischer Notarenverband (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 2. Schweizerischer Notarenkongress, Muri bei Bern 2013, S. 129 ff. (zit. STEINAUER, Le contrat de superficie)
- DERSELBE Les droits réels, Band III, Servitudes personnelles, Charges foncières, Droits de gage immobiliers, Droits de gage, 4. Aufl., Bern 2012 (zit. STEINAUER, Band III)
- STRATENWERTH GÜNTER Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011 (zit. STRATENWERTH, § ... N ...)
- SUTTER-SOMM THOMAS Schweizerisches Privatrecht, Band V/1: Sachenrecht, Eigentum und Besitz, 2. Aufl., Basel 2014
- TERCIER PIERRE/
BIERI LAURENT/
CARRON BLAISE Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2016
- TSCHANNEN PIERRE/
ZIMMERLI ULRICH/
MÜLLER MARKUS Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014 (zit. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § ... N ...)
- TUOR PETER/
SCHNYDER BERNHARD/
SCHMID JÖRG/
JUNGO ALEXANDRA Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. TUOR/SCHNYDER/BEARBEITER, § ... N ...)
- VENTURI-ZEN-RUFFINEN
MARIE-NOËLLE La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, Diss. Freiburg, Genf/Zürich/Basel 2007
- VON STAUDINGER JULIUS/
THOLE CHRISTOPH Kommentierung der §§ 985–1011 BGB, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3: Sachenrecht, §§ 985–1011 BGB (Eigentumsschutz und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis), Berlin Neubearbeitung 2019 (zit. VON STAUDINGER/THOLE, N ... zu § ... BGB)

- VON STAUDINGER JULIUS/
WEBER JOHANNES Kommentierung der §§ 1018–1029 BGB, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3: Sachenrecht, ErbbauRG, §§ 1018–1112 BGB (Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, Vorkaufrecht, Reallasten), Berlin Neubearbeitung 2017 (zit. VON STAUDINGER/WEBER, N ... zu § ... BGB)
- VON TUHR ANDREAS/
ESCHER ARNOLD Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, 3. Aufl., Zürich 1974
- VON TUHR ANDREAS/
PETER HANS Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Erste Lieferung, 3. Aufl., Zürich 1974; Zweite Lieferung, 3. Aufl., Zürich 1979
- WEBER ROLF H./
EMMENEGGER SUSAN Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. WEBER/EMMENEGGER, BK, N ... zu Art. ... OR)
- WERRO FRANZ Kommentierung der Art. 41–61 OR, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1–529 CO, 2. Aufl., Basel 2012 (zit. WERRO, CR, N ... zu Art. ... OR)
- WIEGAND WOLFGANG Kommentierung der Art. 107–109 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. WIEGAND, BSK, N ... zu Art. ... OR)
- WIELAND CARL Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, Zürich 1909 (zit. WIELAND, ZK, N ... zu Art. ... ZGB)
- WINIGER BÉNÉDICT Kommentierung des Art. 18 OR, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1–529 OR, 2. Aufl., Basel 2012 (zit. WINIGER, CR, N ... zu Art. 18 OR)
- WITT GÜNTHER Das Baurecht, Eine rechtsvergleichende Betrachtung insbesondere des schweizerischen und deutschen Baurechts, Diss. Basel, Basel/Stuttgart 1970
- ZURBRIGGEN FELIX Die irregulären Personaldienstbarkeiten (Art. 781 ZGB), Diss. Freiburg, Bern/Frankfurt am Main/Las Vegas 1981

Abkürzungsverzeichnis

a	alt
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsent- scheidung (Aarau)
a.M.	anderer Meinung
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (Bern)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenos- senschaft (Bern)
betr.	betreffend
bez.	bezüglich
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Lausanne)
BGer	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BK	Berner Kommentar
BN	Der Bernische Notar (Bern)
Botschaft Baurecht	Botschaft des Bundesrates an die Bundesver- sammlung zum Entwurf eines Bundesgesetz- es über die Änderung der Vorschriften des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrech- tes betreffend das Baurecht und den Grund- stückverkehr, BBl 1963 I 969 ff.

Botschaft Register-Schuldbrief	Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, BBl 2007, S. 5283 ff.
BR	Baurecht (Freiburg)
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CR	Commentaire Romand
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
f.	und folgende/folgender (Seite, Randnummer etc.)
ff.	und fortfolgende (Seiten, Randnummern etc.)
Fn.	Fussnote
GBV	Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (SR 211.432.1)
ggf.	gegebenenfalls
gl.M.	gleicher Meinung
Habil.	Habilitationsschrift
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
insb.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JdT	Journal de Tribunaux (Lausanne)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Luzern)
m.V.	mit Verweis
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.Verw.	mit weiteren Verweisen
N	Note, Randnote

Nr.	Nummer, Randnummer
NR	Nationalrat
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220)
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz vom 18. Juni 1993 (SR 221.112.944)
recht	recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
resp.	respektive
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StR	Ständerat
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
VE-ZGB	Vorentwurf zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Besitzesschutz bei verbotener Eigenmacht an Grundstücken) vom 2. September 2020 < https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/62634.pdf > (besucht am: 15. Mai 2021)
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
VR	Verwaltungsrat
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil)
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)

Abkürzungsverzeichnis

ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
zit.	zitiert als
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

I. Einleitung

Das Baurecht hat seit Einführung des ZGB im Jahr 1912 aufgrund der stark 1
gestiegenen Bodenpreise zufolge Wirtschafts- und Bevölkerungswachstums
enorm *an wirtschaftlicher Bedeutung gewonnen*.¹ Es erlaubt dem Grund-
eigentümer das *Erzielen einer Rendite* aus seinem Grundstück, ohne dieses
verkaufen oder sonst finanzielle Mittel investieren zu müssen. Dem Baube-
rechtigten ermöglicht das Baurecht, seine *Anlagekosten zu senken*, da er das
Grundstück nicht erwerben, sondern nur einen periodischen Baurechtszins
bezahlen muss.²

Für die Abwehransprüche des Eigentümers und des Dienstbarkeitsberechtigt- 2
en existieren in Gesetz, Lehre und Rechtsprechung zwar gefestigte Grund-
sätze. Demgegenüber wurden die Abwehransprüche im spezifischen Verhält-
nis zwischen dem Grundeigentümer und dem Bauberechtigten bislang nur
selten und nur cursorisch untersucht.³ Auch ist die bundesgerichtliche Recht-
sprechung zu dieser Thematik eher spärlich.⁴ *Praktische Probleme* ergeben
sich insb. aus der Möglichkeit, dass selbständige und dauernde Baurechte
nach Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB *als Grundstücke ins Grundbuch aufgenom-*
men werden können und diesfalls in bestimmter Hinsicht wie Liegenschaften
behandelt werden.⁵ Da der Baurechtsvertrag an der *Schnittstelle von Obliga-*
tionen- und Sachenrecht liegt,⁶ ergeben sich bislang ungeklärte Fragen, insb.
nach dem Verhältnis verschiedener Rechtsinstitute aus diesen Rechtsgebie-
ten. Daher sollen in der vorliegenden Arbeit die *Abwehransprüche im Ver-*
hältnis zwischen dem *Grundeigentümer* und dem *Bauberechtigten* bei den
verschiedenen Baurechtsarten *eingehend dargestellt* werden. Dabei werden
dort Schwerpunkte gesetzt, wo von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung
abgewichen wird und eigene Lösungsansätze dargestellt werden. Am Rande
werden auch die Schadenersatzansprüche thematisiert. Ausgeklammert blei-

¹ HITZ, Nr. 7 m.w.Verw.

² Vgl. zum Ganzen HENGELER, S. 9; HITZ, Nr. 8.

³ Vgl. FREIMÜLLER, S. 85 f.; ISLER, S. 131 f.

⁴ Vgl. etwa BGE 127 III 10; 111 II 236.

⁵ Vgl. unten Nr. 12 f.

⁶ Vgl. HITZ, Nr. 48; ISLER, S. 22 f.

ben das Überbaurecht als Legalservitut i.S.v. Art. 674 Abs. 3 ZGB⁷ und weitgehend auch das Unterbaurecht.⁸

- 3 Zunächst werden der *Begriff* und das *Wesen des Baurechts* thematisiert (II.). Nach Darstellung der verschiedenen *Baurechtsarten* (III.) werden die *Abwehransprüche des Bauberechtigten* beleuchtet (IV.). Sodann kommen die *Abwehransprüche des Grundeigentümers* zur Sprache (V.). Die Arbeit wird mit einer *Zusammenfassung in Thesen* abgeschlossen (VI.).

⁷ Vgl. dazu eingehend REY/STREBEL, BSK, N 9 ff. zu Art. 674 ZGB.

⁸ Vgl. dazu ISLER/GROSS, BSK, N 36 f. zu Art. 779 ZGB m.w.Verw.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1378.

II. Begriff und Wesen des Baurechts

1. Die Durchbrechung des Akzessionsprinzips

Das Baurecht ist in Art. 675 und in den Art. 779 ff. ZGB geregelt. Die Art. 675 und Art. 779 ZGB sind durch die gemeinsame Marginalie «Baurecht» inhaltlich verbunden.⁹ Daraus folgt, dass das in Art. 675 ZGB erwähnte Baurecht zumindest die in Art. 779 ff. ZGB geregelte Baurechtsdienstbarkeit meint.¹⁰ Nach **Art. 779 Abs. 1 ZGB** ist das Baurecht eine *Dienstbarkeit*, die einer oder mehreren Personen das *dingliche* Recht gibt, auf oder unter einer Bodenfläche, die in *fremdem Eigentum* steht, ein *Bauwerk* zu *errichten* oder *beizubehalten*.¹¹

Nach dem *Akzessionsprinzip* («*superficies solo cedit*») i.S.v. **Art. 667 Abs. 2** und **671 Abs. 1 ZGB** umfasst das Grundeigentum unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken alle Bauten und Pflanzen sowie die Quellen.¹² Ist nun aber das Baurecht als Dienstbarkeit gültig zustande gekommen, so bewirkt es nach **Art. 675 Abs. 1 ZGB**, dass der Eigentümer des Bauwerks und der Bodeneigentümer *nicht dieselbe Person* sind, da der Eigentümer des Bauwerks der Inhaber des Baurechts ist.¹³ Wesen des Baurechts ist somit die *Durchbrechung des Akzessionsprinzips*.¹⁴

⁹ FREIMÜLLER, S. 27; HENGGELER, S. 7; HITZ, Nr. 73; LEEMANN, BK, N 2 zu Art. 779 ZGB.

¹⁰ HITZ, a.a.O.; LEEMANN, a.a.O. Im Folgenden wird der Begriff «Baurecht» verwendet. Das so verstandene Baurecht ist abzugrenzen vom öffentlichen Baurecht, d.h. allen Normen, die bei der Bautätigkeit zu beachten sind. Vgl. HITZ, Nr. 1 mit Fn. 1 und 4. Zum Baurecht als Grunddienstbarkeit vgl. unten Nr. 18 ff.

¹¹ BGE 133 III 311 E. 3.2.1 und 4.2.2 S. 316 und S. 321; RIEMER, beschränkte dingliche Rechte, § 13 N 13.

¹² Vgl. ausführlich SCHMID-TSCHIRREN, S. 303 f.; ferner HITZ, Nr. 58 f.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 101 N 4.

¹³ BGE 133 III 311 E. 3.2.1 S. 315 f.; 111 II 134 E. 2 S. 138; HITZ, Nr. 79; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1368.

¹⁴ BGE 133 III 311 E. 3.2.1 S. 315 f.; 111 II 134 E. 2 S. 138 f.; FREIMÜLLER, S. 27; RIEMER, Baurecht, S. 1.

2. Die Doppelstellung des Bauberechtigten

- 6 Als Folge der Durchbrechung des Akzessionsprinzips hat der Bauberechtigte eine *Doppelstellung*:¹⁵ Zum einen ist er *Dienstbarkeitsberechtigter* bez. des belasteten Grundstücks, sodass nach dem Altersprioritätsprinzip diejenigen beschränkten dinglichen Rechte, die vor der Grundbucheintragung des Baurechts errichtet wurden, Vorrang haben.¹⁶ Zum anderen ist der Bauberechtigte *Eigentümer* des Bauwerks, das kraft Baurecht errichtet oder beibehalten wird (Art. 675 Abs. 1 ZGB).¹⁷ Daher darf er das Bauwerk erneuern, d.h., es abtragen und neu aufbauen.¹⁸ Das Eigentum an der Baute ist untrennbar mit der Dienstbarkeit verbunden und teilt damit das rechtliche Schicksal des beschränkten dinglichen Rechts am Boden.¹⁹

¹⁵ HITZ, Nr. 80; HENGGELER, S. 7; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1368.

¹⁶ BGE 85 II 474 E. 6 S. 488; GÖKSU, CHK, N 6 zu Art. 675 ZGB; LEEMANN, BK, N 34 zu Art. 779 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 14 zu Art. 675 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1369.

¹⁷ HITZ, Nr. 80; REY/STREBEL, BSK, N 5 zu Art. 675 ZGB; SIMONIUS/SUTTER, Band II, § 4 N 3.

¹⁸ BGE 111 II 134 E. 3 S. 139.

¹⁹ BGE 133 III 311 E. 3.4.1 S. 318; HAAB, ZK, N 8 zu Art. 675 ZGB; HENGGELER, S. 8; LIVER, SPR, S. 184.

III. Die Arten des Baurechts

Das Baurecht kann als *Personaldienstbarkeit* i.S.v. **Art. 779 ff. ZGB** oder als *Grunddienstbarkeit* i.S.v. **Art. 730 ff. ZGB** errichtet werden.²⁰ Sodann ist eine Einteilung der Baurechte nach ihrer *Selbständigkeit* bzw. *Unselbständigkeit* und ihrer *Dauerhaftigkeit* (Art. 779 Abs. 2 und 3 ZGB) möglich.²¹ Im Folgenden werden die verschiedenen Baurechtsarten dargestellt. Wie noch zu zeigen sein wird, hat die Baurechtsart Einfluss auf die Anwendbarkeit des Nachbarrechts.²²

1. Das Baurecht als Personaldienstbarkeit

A. Im Allgemeinen

Das Baurecht kann zunächst als Personaldienstbarkeit ausgestaltet sein, bei der eine bestimmte Person berechtigt ist, unabhängig davon, ob sie ein anderes Grundstück zu Eigentum hat.²³ Gemäss **Art. 779 Abs. 2 ZGB** ist das Baurecht, wenn es nicht anders vereinbart ist, *übertragbar* und *vererblich*.²⁴ Nach der dispositiven gesetzlichen Regelung stellt das Baurecht somit eine *irreguläre Personaldienstbarkeit* dar.²⁵ Aus Art. 779 Abs. 2 ZGB e contrario folgt, dass das Baurecht auch unübertragbar und unvererblich ausgestaltet werden kann.²⁶ Diese Art des Baurechts nennt ein Teil der Lehre *reguläre*

²⁰ BGE 88 II 331 E. 6 S. 339; HENGGELER, S. 11; HITZ, Nr. 83; STEINAUER, *Le contrat de superficie*, S. 132.

²¹ HITZ, a.a.O.; HENGGELER, S. 13 f.; RIEMER, *Baurecht*, S. 22 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1374.

²² Vgl. unten Nr. 61 ff.

²³ BALLIF, CR, N 8 zu Art. 779 ZGB; RIEMER, *Baurecht*, S. 24; STEINAUER, Band III, Nr. 2518.

²⁴ BGE 133 III 311 E. 4.2.1 S. 321; ISLER/GROSS, BSK, N 21 zu Art. 779 ZGB; STEINAUER, Band III, Nr. 2525.

²⁵ HITZ, Nr. 74 und 84; ISLER/GROSS, BSK, N 8 zu Art. 779 ZGB.

²⁶ BGE 133 III 311 E. 4.2.2 S. 321; HITZ, Nr. 84; ISLER/GROSS, a.a.O.

Personaldienstbarkeit.²⁷ Typische Beispiele sind Baurechte zugunsten von Elektrizitätswerken für Masten oder Transformationsstationen.²⁸

B. Das selbständige und dauernde Baurecht

a) *Begriff*

- 9 Nach **Art. 655 Abs. 3 Ziff. 1 und 2 ZGB** kann eine Dienstbarkeit als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden, wenn sie *selbständig* und *dauernd* ist.²⁹ Im Einzelnen:
- aa) Die Selbständigkeit i.S.v. Art. 655 Abs. 3 Ziff. 1 ZGB
- 10 Selbständig i.S.v. Art. 655 Abs. 3 Ziff. 1 ZGB ist ein Recht, wenn es *übertragbar* und vererblich ist.³⁰ Wie BACHMANN zu Recht ausführt, ist die Vererblichkeit nur dann begriffsnotwendig, wenn das Baurecht zugunsten einer natürlichen Person errichtet worden ist. Bei einer juristischen Person genügt dagegen die Übertragbarkeit des Baurechts, da sie von Gesetzes wegen nicht vererben kann.³¹ Nicht übertragbar und damit unselbständig sind Grunddienstbarkeiten, von Gesetzes wegen unübertragbare Personaldienstbarkeiten (z.B. Nutzniessung oder Wohnrecht) sowie die von den Parteien unübertragbar ausgestalteten Personaldienstbarkeiten.³²
- bb) Die Dauerhaftigkeit i.S.v. Art. 655 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB
- 11 Dauernd i.S.v. Art. 655 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB ist ein Recht, wenn es auf *wenigstens 30 Jahre* oder auf *unbestimmte Zeit* begründet ist. Das auf weniger als 30

²⁷ ISLER/GROSS, a.a.O.; RIEMER, Baurecht, S. 24; a.M. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1214 f., die nur die Nutzniessung und das Wohnrecht als reguläre Personaldienstbarkeiten bezeichnen, jedoch in Nr. 1325 auf die Mehrdeutigkeit des Begriffspaares «regulär/irregulär» hinweisen. Vgl. den Hinweis bei HITZ, Nr. 84 mit Fn. 340.

²⁸ ISLER/GROSS, a.a.O.; RIEMER, a.a.O.

²⁹ BACHMANN, S. 8; HITZ, Nr. 85; MEIER-HAYOZ, BK, N 20 ff. zu Art. 655 ZGB.

³⁰ BALLIF, Le droit de superficie, Nr. 153; RIEMER, Baurecht, S. 23; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1328; STEINAUER, Band II, Nr. 2017; WITT, S. 87; ausführlich BACHMANN, S. 138 ff.

³¹ Vgl. zum Ganzen BACHMANN, S. 6 f.

³² HITZ, Nr. 87; MEIER-HAYOZ, BK, N 20 zu Art. 655 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1328.

Jahre begründete Baurecht nennt sich *einfaches Baurecht*.³³ Nach **Art. 779I Abs. 1 ZGB** kann das Baurecht als selbständiges Recht auf höchstens 100 Jahre begründet werden. Zwar können die Parteien während der Baurechtsdauer das Baurecht in einer öffentlichen Urkunde um höchstens 100 Jahre verlängern, doch ist eine zum Voraus eingegangene Verpflichtung unverbindlich (**Art. 779I Abs. 2 ZGB**).³⁴

b) *Aufnahme ins Grundbuch*

Sind die genannten Elemente erfüllt, kann das Baurecht nach **Art. 779 Abs. 3** und **Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB** als *Grundstück in das Grundbuch aufgenommen* werden.³⁵ Die Aufnahme erfolgt nach Art. 22 Abs. 1 GBV auf schriftliches Begehren der berechtigten Person, das grundsätzlich jederzeit und ohne Zustimmung des belasteten Grundeigentümers gestellt werden kann.³⁶ Solche als Grundstück ins Grundbuch aufgenommenen Baurechte werden *Baurechtsgrundstücke* genannt.³⁷ Das Baurecht erhält mit Aufnahme ins Grundbuch ein eigenes Grundbuchblatt und wird kraft *gesetzlicher Fiktion* zu einem Grundstück *im Sinne des Gesetzes*.³⁸ 12

Folglich wird das Baurechtsgrundstück grundsätzlich wie eine Liegenschaft behandelt, sodass für die *Übertragung* des Baurechts ein *öffentlich beurkundeter Vertrag* und die *Eintragung* des Erwerbers *ins Grundbuch* erforderlich ist (vgl. Art. 656 f. ZGB und Art. 216 Abs. 1 OR).³⁹ Überdies kann das Baurechtsgrundstück mit *Grundpfandrechten* oder mit *Dienstbarkeiten* (z.B. mit weiteren Baurechten, den sogenannten Unterbaurechten) *belastet* werden.⁴⁰ 13

³³ BRANDENBURGER, S. 62 mit Fn. 1; FREIMÜLLER, S. 30; RIEMER, Baurecht, S. 25 mit Fn. 25.

³⁴ HITZ, Nr. 90 f.; ISLER/GROSS, BSK, N 9 zu Art. 779I ZGB; STEINAUER, Band III, Nr. 2523.

³⁵ BGE 133 III 311 E. 4.2.1 S. 320; HENGGELER, S. 14; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1375.

³⁶ BALLIF, CR, N 41 zu Art. 779 ZGB; vgl. bez. des Zeitpunkts der Aufnahme als Grundstück unten Nr. 86 ff.

³⁷ HENGGELER, S. 14 mit Fn. 26; SIMONIUS/SUTTER, Band II, § 4 N 22.

³⁸ BGE 118 II 115 E. 2 S. 118; HITZ, Nr. 115 und Nr. 130 ff.; FREIMÜLLER, S. 104; LIVER, SPR, S. 123.

³⁹ HENGGELER, S. 15; LEEMANN, BK, N 77 zu Art. 779 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1375.

⁴⁰ BGE 92 I 539 E. 2 S. 544; Botschaft Baurecht, S. 994; BALLIF, CR, N 41 zu Art. 779 ZGB; HENGGELER, a.a.O.; STEINAUER, Band III, Nr. 2529; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 101 N 40.

C. Das Baurecht als andere Dienstbarkeit i.S.v. Art. 781 ZGB

a) *Lehrmeinungen*

- 14 Die anderen Dienstbarkeiten nach **Art. 781 ZGB** sind nach der dispositiven Regelung von Art. 781 Abs. 2 ZGB unübertragbar, können von den Parteien aber übertragbar ausgestaltet werden.⁴¹ In der Lehre ist *umstritten*, ob *Baurechte* nach Art. 781 ZGB *begründet werden können*. Die Botschaft zur Revision des Baurechts von 1965 und ein Teil der älteren Lehre bejahen dies,⁴² weil unter Art. 675 ZGB auch andere Dienstbarkeiten als das Baurecht i.S.v. Art. 779 ff. ZGB subsumiert werden könnten, zumal der Wortlaut von Art. 675 ZGB nur von «Dienstbarkeit» spreche.⁴³
- 15 BACHMANN verneint die Zulässigkeit von Baurechten i.S.v. Art. 781 ZGB, weil Art. 779 Abs. 2 ZGB eine *lex specialis* für Baurechte sei, da diese Bestimmung selbständige, unselbständige, dauernde und nicht dauernde Baurechte zulasse.⁴⁴ Nach ZURBRIGGEN besteht grundsätzlich kein Bedürfnis, Baurechte nach Art. 781 ZGB zu errichten.⁴⁵ Zudem erblickt ein Teil der Lehre ein Spannungsverhältnis zum Numerus clausus der dinglichen Rechte und zum Grundsatz der Typenfixierung. Diese Grundsätze seien verletzt, wenn mit einem Baurecht nach Art. 781 ZGB die Art. 779 ff. ZGB, wie etwa die Vorschriften über den Heimfall (Art. 779c ff. ZGB) oder die Maximaldauer für das selbständige und dauernde Baurecht i.S.v. Art. 779i ZGB, umgangen werden sollen.⁴⁶ Nur bei atypischen Baurechten, z.B. wenn die Parteien keine Durchbrechung des Akzessionsprinzips vorsehen, sodass die Baute im Eigentum des Grundeigentümers verbleibt, sei Art. 781 ZGB anwendbar.⁴⁷ Demgegenüber wendet WITT auf das Baurecht als persönliche Dienstbarkeit Art. 781 Abs. 2 als *lex specialis* gegenüber Art. 779 Abs. 2 ZGB an.⁴⁸

⁴¹ HITZ, Nr. 92; PETITPIERRE, BSK, N 18 zu Art. 781 ZGB; STEINAUER, Band III, Nr. 2574; ZURBRIGGEN, S. 98.

⁴² Botschaft Baurecht, S. 984; FREIMÜLLER, S. 31; ISLER, S. 26; ZURBRIGGEN, S. 153 ff.

⁴³ Vgl. BRANDENBURGER, S. 61; FREIMÜLLER, a.a.O.; HITZ, Nr. 93 mit Fn. 386.

⁴⁴ BACHMANN, S. 37 f.

⁴⁵ ZURBRIGGEN, S. 160 f.

⁴⁶ Vgl. zum Ganzen BACHMANN, S. 37 und S. 39; HITZ, Nr. 94.

⁴⁷ HITZ, Nr. 93; ZURBRIGGEN, S. 160.

⁴⁸ WITT, S. 85.

b) *Stellungnahme*

Nach der hier vertretenen Auffassung ist ZURBRIGGEN insoweit beizupflichten, als *kein zulässiges Interesse der Parteien ersichtlich* ist, ein Baurecht, das einer der Varianten i.S.v. Art. 779 Abs. 2 ZGB entspricht, nach Art. 781 ZGB zu begründen. Sodann ist BACHMANN recht zu geben, dass die Feststellung von Lehre und Rechtsprechung, wonach ein Baurecht nicht errichtet werden könnte, wenn es nicht in Art. 779 ZGB vorgesehen wäre,⁴⁹ ihren Sinn verlöre, wenn zur Begründung eines Baurechts gleichwohl Art. 781 ZGB herangezogen werden könnte.⁵⁰ Insoweit ist mit BACHMANN davon auszugehen, dass Art. 779 Abs. 2 ZGB eine *lex specialis* zu Art. 781 ZGB darstellt. Aus vertragsrechtlicher Sicht ist das erläuterte Verhältnis zwischen Art. 779 Abs. 2 ZGB und Art. 781 ZGB nach der hier vertretenen Auffassung wie folgt umzusetzen: Die *rechtliche Qualifikation* eines Vertrags *entzieht* sich dem *Parteiwillen* (Art. 18 Abs. 1 OR).⁵¹ Dieser Grundsatz gilt auch für die Auslegung von Baurechtsverträgen als Dienstbarkeitsverträge.⁵² Das Gericht hat nach Art. 57 ZPO von Amtes wegen zu prüfen, ob die von den Parteien genannte Qualifikation dem übereinstimmenden wirklichen Willen entspricht.⁵³ 16

Wendet man diesen allgemeinen Grundsatz auf die vorliegende Konstellation an, so bedeutet dies nach der hier vertretenen Auffassung Folgendes: Ergibt die gerichtliche Vertragsauslegung, dass der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien auf die Errichtung eines Baurechts in einer der von Art. 779 Abs. 2 ZGB zugelassenen Varianten gerichtet ist, so finden die Art. 779 ff. ZGB Anwendung, auch wenn die Parteien selbst Art. 781 ZGB als Rechtsgrundlage angegeben haben sollten. Ergibt die Auslegung demgegenüber, dass keine der in Art. 779 Abs. 2 ZGB genannten Varianten gewollt ist, z.B. weil die *Parteien das Akzessionsprinzip nicht durchbrechen wollen*, so spricht in Übereinstimmung mit ZURBRIGGEN⁵⁴ nichts dagegen, diese Dienst- 17

⁴⁹ BGE 92 I 539 E. 3 S. 547 m.V. auf LIVER, ZK, N 15 zu Art. 730 ZGB; vgl. ferner FREIMÜLLER, S. 50.

⁵⁰ BACHMANN, S. 39.

⁵¹ BGE 131 III 217 E. 3 S. 219; 129 III 664 E. 3.1 S. 667; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1038; JÄGGI/GAUCH/ HARTMANN, ZK, N 241 zu Art. 18 OR; VON THUR/PETER, S. 290 f.; WINIGER, CR, N 5 f. zu Art. 18 OR.

⁵² BGE 115 II 434 E. 2b S. 436; RIEMER, Verträge des ZGB, S. 87.

⁵³ BGE 131 III 217 E. 3 S. 219; 113 II 264 E. 2a S. 266; 112 II 41 E. 1 S. 43; 84 II 493 E. 2 S. 496; Urteil des BGer 4A_611/2020 vom 12. Juli 2021 E. 4.3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1038.

⁵⁴ ZURBRIGGEN, S. 160.

barkeit gestützt auf Art. 781 ZGB *zuzulassen*. Dabei ist indes der Grundsatz der Beschränktheit der Belastung zu beachten, der auch für Dienstbarkeiten i.S.v. Art. 781 ZGB gilt.⁵⁵

2. Das Baurecht als Grunddienstbarkeit

A. Das gewöhnliche Baurecht

- 18 Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist ein Baurecht auch als *Grunddienstbarkeit* i.S.v. Art. 730 ff. ZGB möglich.⁵⁶ Baurechte als Grunddienstbarkeiten kommen etwa bei Bauten mit Nutzungs- und Schutzfunktion für das benachbarte Grundstück vor, wie z.B. bei Grenzmauern oder Garagen.⁵⁷ Dabei gilt der Grundsatz der *Beschränktheit der Belastung*.⁵⁸ Hiernach muss der Belastungsumfang entweder auf einen Teil des Grundstücks beschränkt sein oder es hat eine zeitliche Befristung auf 100 Jahre zu erfolgen, wenn die Grunddienstbarkeit das Recht zur Überbauung des gesamten Grundstücks einräumt (Art. 779 Abs. 1 ZGB analog).⁵⁹
- 19 Bei einem Baurecht als Grunddienstbarkeit bestehen ein *herrschendes* und ein *dienendes* Grundstück.⁶⁰ Dabei ist der *jeweilige Eigentümer* eines anderen Grundstücks berechtigt (Art. 730 Abs. 1 ZGB).⁶¹ Da das Recht bei einer Grunddienstbarkeit mit dem herrschenden Grundstück verknüpft ist, kann sie nur mit dem Grundstück zusammen übertragen werden.⁶²

⁵⁵ Vgl. zu diesem Grundsatz PETITPIERRE, BSK, N 2 i.V.m. N 13 zu Art. 781 ZGB und unten Nr. 18.

⁵⁶ BGE 133 III 311 E. 3.2.1 S. 316; HENGGELER, S. 11; HITZ, Nr. 95; ISLER, S. 102; RIEMER, Baurecht, S. 22.

⁵⁷ HITZ, Nr. 97; FREIMÜLLER, S. 31; ISLER/GROSS, BSK, N 7 zu Art. 779 ZGB; SCHMID JÜRG, S. 291.

⁵⁸ HITZ, Nr. 95. Vgl. zum Grundsatz der Beschränktheit der Belastung SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1268.

⁵⁹ BALLIF, Le droit de superficie, Nr. 145; GALLAND, Nr. 524; HITZ, Nr. 95; RIEMER, Baurecht, S. 24; SCHMID JÜRG, S. 291; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O. Vgl. auch STEINAUER, Le contrat de superficie, S. 132 m.V. auf FREIMÜLLER, S. 6 und BALLIF, Nr. 191, der als weitere (inhaltliche) Beschränkungsmöglichkeit die Begrenzung des Baurechts auf den Untergrund nennt.

⁶⁰ BRITSCHGI, S. 120; HITZ, Nr. 96; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1373.

⁶¹ HITZ, a.a.O.; ISLER/GROSS, BSK, N 7 zu Art. 779 ZGB; RIEMER, Baurecht, S. 22.

⁶² HITZ, a.a.O.; GERMANN, Nr. 74; RIEMER, a.a.O.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1257.

B. Das Überbaurecht

a) *Begriff*

Nach **Art. 674 Abs. 1 ZGB** verbleiben Bauten und andere Vorrichtungen, die von einem Grundstück auf ein anderes überragen, *Bestandteil* des Grundstückes, von dem sie *ausgehen*, wenn dessen Eigentümer auf ihren Bestand ein *dingliches Recht* hat. Somit ist zugunsten des Eigentümers des Ausgangsgrundstücks ein Überbaurecht als *spezielle Art* eines Baurechts zu errichten.⁶³ Das Überbaurecht ist nach Art. 674 Abs. 2 ZGB als Dienstbarkeit ins Grundbuch einzutragen, wodurch das Akzessionsprinzip durchbrochen wird und die überragende Baute im Eigentum des Überbauenden verbleibt.⁶⁴ Indes wird beim Überbaurecht das Bestandteilsprinzip⁶⁵ nicht durchbrochen, da die überragenden Bauteile Bestandteil des Ausgangsgrundstücks bleiben.⁶⁶ Das Überbaurecht ist nur als *Grunddienstbarkeit* denkbar, da es allein dem Eigentümer des Grundstücks mit der Hauptbaute dienen kann, nicht aber einer beliebigen Person.⁶⁷ 20

b) *Abgrenzung zum gewöhnlichen Baurecht*

aa) Lehrmeinungen und bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das *Verhältnis* zwischen dem gewöhnlichen Baurecht und dem Überbaurecht ist *umstritten*.⁶⁸ Nach einem Teil der Lehre unterscheiden sich das Überbaurecht und das gewöhnliche Baurecht insoweit, als das Bundesgericht beim Baurecht nach Art. 675 Abs. 2 ZGB die bauliche und funktionelle Eigenständigkeit der Baute verlangt.⁶⁹ Demgegenüber müssten die überragenden Bauten beim Überbaurecht baulich und funktionell abhängige Bauteile sein, 21

⁶³ BALLIF, CR, N 23 zu Art. 779 ZGB; REY/STREBEL, BSK, N 4 zu Art. 674 ZGB; SCHMID JÜRG, S. 304.

⁶⁴ REY/STREBEL, a.a.O.; BÜRGISSER, S. 276; HITZ, Nr. 99; FREIMÜLLER, S. 33; SCHMID JÜRG, a.a.O.

⁶⁵ Vgl. zum Bestandteilsprinzip BGE 111 II 31 E. 4b S. 36; FRIEDRICH, Baurecht, S. 137; SCHMID JÜRG, S. 293.

⁶⁶ HITZ, a.a.O.; BÜRGISSER, S. 276; SCHMID JÜRG, S. 304; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 898.

⁶⁷ MEIER-HAYOZ, BK, N 24 f. zu Art. 674 ZGB; FREIMÜLLER, a.a.O.; HAAB, ZK, N 8 zu Art. 674 ZGB.

⁶⁸ Vgl. HENGGELER, S. 20.

⁶⁹ BGE 111 II 134 E. 2 S. 139; HITZ, Nr. 100 und 204 f.; ISLER/GROSS, BSK, N 15 zu Art. 779 ZGB.

die Bestandteil der auf dem Ausgangsgrundstück erstellten Baute sind.⁷⁰ Beispiele sind etwa Balkone, Keller etc.⁷¹

- 22 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist auch ein vollständig auf dem Nachbargrundstück liegender Raum möglicher Gegenstand eines Überbaurechts, wenn er mit der Hauptbaute durch Mauern verbunden ist, einen direkten Zugang von der Hauptbaute aus hat und mit der Hauptbaute eine funktionale Einheit bildet (z.B. Zimmer, Küche, Keller etc.).⁷²
- 23 Nach einem anderen Teil der Lehre schliesst das gewöhnliche Baurecht inhaltlich auch das Überbaurecht ein.⁷³ Nach dieser Meinung ist es zulässig, dass ein Baurecht einen Gebäudeteil zum Gegenstand hat, der die Grundstücksgrenze überragt⁷⁴ und damit baulich-funktionell unselbständig ist.⁷⁵ Dagegen wendet HENGGELER zu Recht ein, dass das Baurecht i.S.v. Art. 675 ZGB eine rechtliche Verselbständigung der Baute bewirkt. Da der Bauberechtigte frei über seine Baute verfügen und sie abrechnen darf, können baulich-funktionell unselbständige Bauten nicht Gegenstand eines Baurechts sein, da diesfalls eine freie Verfügung unmöglich ist.⁷⁶
- 24 HENGGELER vertritt allerdings auch die Auffassung, dass in einem kleinen Grenzbereich sowohl die Einräumung eines Baurechts als auch eines Überbaurechts möglich sei. Dies sei der Fall, wenn das Bauwerk nur eine «vage bautechnische Abhängigkeit» von der Baute auf dem berechtigten Grundstück aufweise und es aufgrund der engen wirtschaftlich-funktionellen Beziehung zur Baute auf dem berechtigten Grundstück zweifelhaft sei, ob ein Heimfall im Interesse des belasteten Grundeigentümers liegen könne.⁷⁷ In Anlehnung an ISLER⁷⁸ ist er der Meinung, dass in diesem Grenzbereich die

⁷⁰ BGE 127 III 10 E. 2c/cc S. 13; HUBER, S. 92; PIOTET DENIS, SPR, Nr. 380; REY/STREBEL, BSK, N 5 zu Art. 674 ZGB; RUEDIN, S. 38; SCHMID JÜRIG, S. 304.

⁷¹ HITZ, Nr. 99; ISLER, S. 53; MEIER-HAYOZ, BK, N 10 zu Art. 674 ZGB; STEINAUER, Band II, Nr. 2302.

⁷² BGE 127 III 10 E. 2c/cc S. 13; GÖKSU, CHK, N 4 zu Art. 674 ZGB; HITZ, Nr. 100 mit Fn. 424; MARCHAND, CR, N 3 zu Art. 674 ZGB; REY/STREBEL, BSK, N 5 zu Art. 674 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 896.

⁷³ FREIMÜLLER, S. 34; LIVER, Baurecht, S. 46; WITT, S. 14.

⁷⁴ BRANDENBURGER, S. 66; FREIMÜLLER, S. 33; LIVER, Baurecht, S. 45 f.

⁷⁵ Vgl. den zutreffenden Hinweis bei HENGGELER, S. 20.

⁷⁶ Vgl. zum Ganzen HENGGELER, S. 21.

⁷⁷ Vgl. zum Ganzen HENGGELER, S. 22.

⁷⁸ ISLER, S. 53 f.

Abgrenzung zwischen gewöhnlichem Baurecht und Überbaurecht anhand allfälliger Heimfallsabreden im Dienstbarkeitsvertrag und anhand der Frage vorzunehmen sei, ob die Parteien selbst von einem gewöhnlichen Baurecht oder einem Überbaurecht ausgegangen sind.⁷⁹ Sind Heimfallsabreden vorhanden, liege ein gewöhnliches Baurecht vor, da nur dieses den vorzeitigen oder den ordentlichen Heimfall kenne.⁸⁰

bb) Stellungnahme

Nach der hier vertretenen Meinung sind die Ansichten HENGGELERS und ISLERS, wonach in einem Grenzbereich das Baurecht *und* das Überbaurecht möglich seien, *abzulehnen*: *Erstens* ist das Kriterium der «vagen bautechnischen Abhängigkeit» von HENGGELER *unpraktikabel*, da er nicht sagt, wann diese Abhängigkeit der Baute vom Bauwerk auf dem berechtigten Grundstück vage genug ist, damit noch ein Baurecht möglich ist. *Zweitens* entzieht sich die rechtliche Qualifikation eines Vertrags nach dem Gesagten dem *Parteiwillen*.⁸¹ Deshalb ist es nicht massgebend, ob die Parteien selbst von einem Baurecht oder einem Überbaurecht ausgegangen sind. 25

Drittens scheint es nicht überzeugend, die Qualifikation anhand allfälliger Heimfallsabreden vornehmen zu wollen. Beim vorzeitigen und beim ordentlichen Heimfall handelt es sich um *Rechtsfolgen*, die nach überwiegender Ansicht nur auf das gewöhnliche Baurecht, nicht aber auf das Überbaurecht anwendbar sind.⁸² Die Tatsache, dass ein gewöhnliches Baurecht vorliegt, ist somit ein Tatbestandsmerkmal für die Rechtsfolge des vorzeitigen oder ordentlichen Heimfalls.⁸³ Gerade weil ein gewöhnliches Baurecht vorliegt, kann es zum vorzeitigen oder ordentlichen Heimfall kommen. Daher geht es nicht an, *in umgekehrter Weise* von der Tatsache, dass die Parteien Heimfallsabreden als Rechtsfolgen getroffen haben, auf den *Tatbestand* (Vorliegen eines gewöhnlichen Baurechts) *schliessen zu wollen*. 26

⁷⁹ HENGGELER, S. 22.

⁸⁰ ISLER, S. 53.

⁸¹ Vgl. oben Nr. 16.

⁸² BÜRGISSER, S. 160 ff.; EGGEN, Bundesgesetz, S. 283; HENGGELER, S. 23; MEIER-HAYOZ, BK, N 38 zu Art. 674 ZGB; SIMONIUS/SUTTER, Band II, § 4 N 8; a.M. FREIMÜLLER, S. 34 f.; RIEMER, Baurecht, S. 70 f.

⁸³ Vgl. zum Verhältnis von Tatbestand und Rechtsfolge ganz allgemein HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Nr. 20 ff.

- 27 *Viertens* spricht auch die Rechtsnatur des vorzeitigen Heimfalls für die hier vertretene Meinung: Nach herrschender Ansicht ist der vorzeitige Heimfall i.S.v. Art. 779f ZGB *zwingender* Natur.⁸⁴ Wenn nun die Parteien durch ihre Heimfallsabreden die Qualifikation der Dienstbarkeit als gewöhnliches Baurecht herbeiführen könnten, würde letztlich auch die Frage des Anwendungsbereichs von Art. 779f ZGB in den Parteiwillen gestellt, was einen *Widerspruch zur zwingenden Natur* des vorzeitigen Heimfalls darstellen würde.
- 28 Aus den genannten Gründen ist im Fall einer bautechnischen Abhängigkeit der Baute vom Bauwerk auf dem berechtigten Grundstück nach der hier vertretenen Meinung stets ein Überbaurecht und nicht ein gewöhnliches Baurecht anzunehmen und zwar entgegen HENGGELER unabhängig davon, wie vage diese Abhängigkeit ist. Somit ist im Ergebnis derjenigen Ansicht zu folgen, die Überbauten nicht als gewöhnliche Baurechte zulässt.⁸⁵

⁸⁴ HENGGELER, S. 154; ISLER/GROSS, BSK, N 1 zu Art. 779f ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1406.

⁸⁵ BÜRGISSER, S. 159 f.; HUBER, S. 92; REY/STREBEL, BSK, N 5 zu Art. 674 ZGB; SCHMID JÜRIG, S. 304 f.

IV. Die Abwehransprüche des Bauberechtigten

Nach dem Gesagten hat der Bauberechtigte eine *Doppelstellung*, indem er Dienstbarkeitsberechtigter am belasteten Grundstück und Eigentümer des Bauwerks ist.⁸⁶ Im Folgenden werden die aus der Doppelstellung fließenden Ansprüche dargelegt, nämlich die *actio negatoria* und die *actio confessoria* (1.), der Besitzschutz (2.), die nachbarrechtlichen Rechtsbehelfe (3.), die vertraglichen Rechtsbehelfe (4.) und die ausservertraglichen Schadenersatzansprüche (5.).

1. Die *actio negatoria* und die *actio confessoria*

A. Tatbestand

Die **actio negatoria** (=Eigentumsfreiheitsklage, Negatorienklage) i.S.v. **Art. 641 Abs. 2 ZGB** ist die Klage des beeinträchtigten Eigentümers gegen den Störer, mit der ungerechtfertigte Eigentumseingriffe abgewehrt werden.⁸⁷ Es sind folgende Tatbestandsmerkmale erforderlich:⁸⁸

- Zunächst ist eine *Einwirkung*, d.h. eine «Einschränkung der rechtlichen oder tatsächlichen Möglichkeit zur Sachherrschaft», verlangt.⁸⁹ Dabei ist aber keine Schädigung nötig.⁹⁰ Beispiele sind etwa das Deponieren von Bauschutt⁹¹ oder das Spannen eines Kabels über das Grundstück.⁹²

⁸⁶ Vgl. oben Nr. 6.

⁸⁷ BGE 131 III 505 E. 5.1 S. 508; MEIER-HAYOZ, BK, N 89 zu Art. 641 ZGB; HAAB, ZK, N 39 f. zu Art. 641 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 670 f.; WOLF/WIEGAND, BSK, N 58 zu Art. 641 ZGB.

⁸⁸ Die vorliegende Darstellung folgt SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 670 ff.

⁸⁹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 671; vgl. auch BGE 132 III 651 E. 7 S. 654; 132 III 9 E. 3.6 S. 14.

⁹⁰ BGE 132 III 651 E. 7 S. 654; 131 III 505 E. 5.1 S. 508; MEIER-HAYOZ, BK, N 104 zu Art. 641 ZGB.

⁹¹ BGE 100 II 307 S. 309.

⁹² BGE 132 III 651 E. 7 S. 654. Vgl. die illustrative Kasuistik bei WOLF/WIEGAND, BSK, N 64 zu Art. 641 ZGB.

Sodann muss die Einwirkung *widerrechtlich* sein.⁹³ Dies trifft zu, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt, der sich aus Gesetz (z.B. Art. 699 ff. ZGB) oder durch Einwilligung (z.B. Baurecht i.S.v. Art. 779 ZGB) ergeben kann.⁹⁴

- 32 – Weiter ist für das Rechtsschutzinteresse i.S.v. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO vorausgesetzt, dass die Störung bereits *vorliegt* oder zumindest *unmittelbar droht*.⁹⁵ Ist die Störung beendet und droht keine Wiederholung, steht die actio negatoria nicht zur Verfügung und es sind Schadenersatzansprüche nach Art. 41 oder Art. 97 OR zu prüfen.⁹⁶ Ein *Verschulden* des Störers ist *nicht vorausgesetzt*, weshalb auch Urteilsunfähige mögliche Störer sind.⁹⁷ Ebenso ist es unerheblich, ob der Nachteil der Eigentumsstörung für den Eigentümer im Verhältnis zu den Beseitigungskosten des Störers geringfügig ist, sofern die Berufung auf Art. 641 Abs. 2 ZGB nicht geradezu rechtsmissbräuchlich ist.⁹⁸

B. Rechtsfolge

a) Allgemeines

- 33 Sind die genannten Tatbestandsmerkmale erfüllt, so hat der Eigentümer nach **Art. 641 Abs. 2 ZGB** das Recht, *jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren*. Dem Eigentümer steht somit ein *dinglicher Abwehranspruch* zu.⁹⁹ Nötigenfalls ist dieser Abwehranspruch vom Eigentümer klageweise durchzusetzen, wenn er vom Störer nicht aussergerichtlich erfüllt wird.¹⁰⁰

⁹³ BGE 132 III 651 E. 7 S. 654; FOËX, CR, N 46 zu Art. 641 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 100 f. zu Art. 641 ZGB; SIMONIUS/SUTTER, Band I, § 12 N 24; WOLF/WIEGAND, BSK, N 63 f. zu Art. 641 ZGB m.w.H.

⁹⁴ BGE 132 III 651 E. 7 S. 654; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 672; STEINAUER, Band I, Nr. 1428.

⁹⁵ Urteil des BGer 5A_325/2011 vom 14. November 2011 E. 2.1.1; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 673.

⁹⁶ STEINAUER, Band I, Nr. 1431; FOËX, CR, N 44 zu Art. 641 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O.

⁹⁷ HAAB, ZK, N 40 zu Art. 641 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 97 und 104 zu Art. 641 ZGB.

⁹⁸ Urteil des BGer 5A_106/2015 vom 20. März 2015 E. 3.2; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 675.

⁹⁹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 676; WOLF/WIEGAND, BSK, N 67 zu Art. 641 ZGB.

¹⁰⁰ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 677; vgl. auch REY, Sachenrecht, Nr. 2043.

b) *Aktivlegitimation und Abgrenzung der actio confessoria von der actio negatoria*

Aktivlegitimiert ist der *beeinträchtigte Eigentümer* von Grundstücken oder Fahrnis,¹⁰¹ wobei ein Teil der Lehre betont, dass es sich bei diesen Grundstücken auch um ins Grundbuch als Grundstücke aufgenommene selbständige und dauernde Rechte i.S.v. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB handeln könne.¹⁰² Dabei ist indes zu beachten, dass derartige Rechte nach zutreffender Ansicht keine Eigentumsobjekte sind.¹⁰³ Der Bauberechtigte ist vielmehr Eigentümer des Bauwerks.¹⁰⁴ Daher ist nach der *hier vertretenen Auffassung jeder Bauberechtigte* zur actio negatoria aktivlegitimiert, soweit es um Eingriffe geht, die das *Bauwerk betreffen*, und zwar unabhängig davon, ob das Baurecht als Grundstück ins Grundbuch aufgenommen ist.¹⁰⁵

aa) *Lehre und Rechtsprechung*

Nach einhelliger Meinung kann auch ein *Dienstbarkeitsberechtigter ungerichtfertigte Eingriffe abwehren*.¹⁰⁶ Umstritten ist die Rechtsgrundlage: Während ein Teil der Lehre – wie im deutschen Recht – in Analogie zu Art. 641 Abs. 2 ZGB von einer actio negatoria spricht,¹⁰⁷ spricht das Bundesgericht und ein anderer Teil der Lehre von der actio confessoria, die der actio negatoria zwar entspricht, sich aber auf Art. 737 Abs. 3 ZGB stützt.¹⁰⁸

¹⁰¹ HAAB, ZK, N 41 zu Art. 641 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 91 zu Art. 641 ZGB; STEINAUER, Band I, Nr. 1419.

¹⁰² HAAB, a.a.O.; LEEMANN, BK, N 40 zu Art. 641 ZGB; MEIER-HAYOZ, a.a.O.

¹⁰³ Grundlegend LIVER, SPR, S. 123; ihm folgend Urteil des BGer 5A_341/2019 vom 19. Oktober 2020 E. 3.4; BGE 118 II 115 E. 2 S. 118; FREIMÜLLER, S. 104 m.w.Verw.; HITZ, Nr. 139.

¹⁰⁴ Vgl. oben Nr. 5.

¹⁰⁵ A.M. ISLER, S. 132, der dem Bauberechtigten ohne nähere Differenzierung nur die actio confessoria zugesteht.

¹⁰⁶ BGE 142 III 551 E. 2.4 S. 555; 95 II 14 E. 3 S. 19; 91 II 339 E. 2 S. 341; HAAB, ZK, N 41 zu Art. 641 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 93 zu Art. 641 ZGB; WOLF/WIEGAND, BSK, N 60 zu Art. 641 ZGB.

¹⁰⁷ MEIER-HAYOZ, a.a.O.; WOLF/WIEGAND, a.a.O. Vgl. den Hinweis auf das deutsche Recht bei LIVER, ZK, N 180 zu Art. 737 ZGB. Vgl. zum deutschen Recht von STAUDINGER/WEBER, N 1 zu § 1027 BGB.

¹⁰⁸ BGE 142 III 551 E. 2.4 S. 555; 95 II 14 E. 3 S. 19; LIVER, a.a.O.; STEINAUER, Band II, Nr. 3481. Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1235, die trotz Verweis auf § 1027 BGB von der actio confessoria sprechen.

bb) Stellungnahme

- 36 Nach Art. 737 Abs. 3 ZGB darf der Belastete nichts vornehmen, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert. Da sich die Dienstbarkeit als beschränktes dingliches Recht gegen jeden und nicht nur gegen den Belasteten richtet, ist der Wortlaut der genannten Bestimmung zu eng.¹⁰⁹ Dem entspricht nach der *hier vertretenen Auffassung*, dass der Dienstbarkeitsberechtigte nach Art. 737 Abs. 1 ZGB befugt ist, alles zu tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit nötig ist, wenn jemand die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert. Dabei ist nicht einzusehen, warum dazu nicht auch eine Klage möglich sein soll. Entgegen SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP¹¹⁰ lässt sich auch nicht sagen, dass das Gesetz beim Eigentum anders als im Dienstbarkeitsrecht einen besonderen Rechtsschutz durch die Klagen nach Art. 641 Abs. 2 ZGB vorsehe. Art. 641 Abs. 2 ZGB spricht ebenso wenig von einer Klage wie Art. 737 Abs. 1 ZGB. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung können denn Ansprüche auch dann gerichtlich durchgesetzt werden, wenn dies im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt ist; vielmehr wird dies ausdrücklich normiert, wenn eine gerichtliche Durchsetzung ausnahmsweise nicht möglich ist (z.B. Art. 513 OR, Art. 90 Abs. 3 ZGB).¹¹¹
- 37 Sodann unterscheidet sich das schweizerische Recht insoweit vom deutschen Recht, als Letzteres in § 1027 BGB unter der Marginalie «Beeinträchtigung der Dienstbarkeit» lediglich einen Verweis auf § 1004 BGB enthält, der seinerseits die *actio negatoria* des Eigentümers regelt.¹¹² Demgegenüber regelt das schweizerische Recht die Befugnisse des Dienstbarkeitsberechtigten bei Beeinträchtigung seiner Dienstbarkeit in Art. 737 Abs. 1 ZGB eigenständig. Deshalb ist nach der hier vertretenen Auffassung **Art. 737 Abs. 1 ZGB die einschlägige Rechtsgrundlage für die *actio confessoria***.¹¹³ Einer analogen Anwendung von Art. 641 Abs. 2 ZGB bedarf es damit nicht. Daran ändert auch nichts, dass Art. 737 Abs. 3 ZGB anders als Art. 641 Abs. 2 ZGB nicht

¹⁰⁹ BGE 95 II 14 E. 3 S. 19; PETITPIERRE, BSK, N 12 zu Art. 737 ZGB.

¹¹⁰ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1232.

¹¹¹ BGE 144 III 100 E. 5.2.3.1 S. 105 betr. Durchsetzung des Auskunftsanspruchs eines VR einer AG nach Art. 715a OR. Dass es dort um einen obligatorischen und nicht um einen dinglichen Anspruch geht, ist nach der hier vertretenen Meinung für die Frage der gerichtlichen Durchsetzbarkeit irrelevant.

¹¹² Vgl. SOERGEL/STADLER, N 5 zu § 1004 BGB; SOERGEL/STÜRNER, N 1 zu § 1027; VON STAUDINGER/WEBER, N 1 zu § 1027 BGB; VON STAUDINGER/THOLE, N 1 zu § 1004 BGB.

¹¹³ So zumindest andeutungsweise auch SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1232.

von einer *ungerechtfertigten* Verhinderung oder Erschwerung der Dienstbarkeitsausübung spricht. Dass kein Rechtfertigungsgrund vorliegen darf, versteht sich nach der hier vertretenen Auffassung von selbst. Liegt ein Rechtfertigungsgrund vor, so besteht gar kein Recht zur Ausübung der Dienstbarkeit, welches verhindert oder erschwert werden könnte.

cc) Fazit

Wird der Bauberechtigte in seinem *Dienstbarkeitsrecht* am belasteten Grundstück *gestört*, z.B. weil jemand auf den unbebauten Flächen Schutt deponiert,¹¹⁴ steht ihm nach der hier vertretenen Meinung die *actio confessoria* i.S.v. Art. 737 Abs. 1 ZGB zu. Dies gilt unabhängig davon, ob das Baurecht als Grund- oder als Personaldienstbarkeit ausgestaltet ist, denn nach allgemeiner Ansicht ist das Grunddienstbarkeitsrecht und damit Art. 737 Abs. 1 ZGB auf alle Dienstbarkeiten anwendbar.¹¹⁵ Betrifft die *ungerechtfertigte Einwirkung* die *Baute*, weil sie z.B. der Grundeigentümer abubrechen beginnt, so ist nach der hier vertretenen Ansicht die *actio negatoria* i.S.v. Art. 641 Abs. 2 ZGB einschlägig. Freilich ist zuzugeben, dass die Unterscheidung von geringer Bedeutung ist, da mit den beiden Klagen dasselbe verlangt werden kann.¹¹⁶ 38

c) *Passivlegitimation*

Passivlegitimiert ist nach allgemeinen Grundsätzen der *Störer*, wobei es sich um den *unmittelbaren Täter* handeln kann, aber auch um eine Person, welche die Störung *begünstigt, veranlasst, toleriert oder ermöglicht*.¹¹⁷ So hat etwa der Vermieter für Störungen einzustehen, die durch die Mieter verursacht werden.¹¹⁸ Dabei kann auch der *baurechtsbelastete Grundeigentümer* Störer 39

¹¹⁴ Vgl. zu diesem Beispiel in anderem Kontext BGE 100 II 307 S. 309.

¹¹⁵ BGE 88 II 331 E. 6 S. 339; LIVER, ZK, N 57, Einleitung Dienstbarkeiten (vor Art. 730 ZGB) m.w.Verw.

¹¹⁶ Vgl. SUTTER-SOMM, Nr. 71 m.w.Verw., nach welchem die *actio confessoria* inhaltlich der *actio negatoria* entspricht. Vgl. auch BGE 142 III 551 E. 4.2 S. 555, wonach es nicht willkürlich sei, die Überlegungen zur *actio negatoria* auf die *actio confessoria* zu übertragen und ein grundsätzlicher Unterschied nicht bestehe.

¹¹⁷ Urteil des Zürcher Obergerichts vom 2. Dezember 2009, ZR 109/2010 Nr. 46 E. 5.4 S. 168 m.V. auf MEIER-HAYOZ, BK, N 96 zu Art. 641 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 680.

¹¹⁸ Urteil des Zürcher Obergerichts vom 22. Juni 1951, ZR 54/1955 Nr. 174 S. 347; FOEX, CR, N 38 mit Fn. 101 zu Art. 641 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 106 zu Art. 641 ZGB; WOLF/WIEGAND, BSK, N 62 zu Art. 641 ZGB.

sein.¹¹⁹ So muss z.B. nach der hier vertretenen Meinung der Grundeigentümer für Mieter eintreten, die ihr Material nicht im gemieteten Kellerraum deponieren, sondern im Kellerraum des Überbauberechtigten, der auf das Grundstück mit der Mietwohnung hinüberraagt.

- 40 Auch wenn dies in der Lehre nicht ausdrücklich gesagt wird,¹²⁰ bilden mehrere Störer nach der hier vertretenen Auffassung eine *freiwillige passive Streitgenossenschaft*.¹²¹ Denn: Die Klage beruht gegen sämtliche Störer auf Art. 641 Abs. 2 ZGB, d.h. auf gleichartigen Rechtsgründen i.S.v. Art. 71 Abs. 1 ZPO, es kommt regelmässig die gleiche Verfahrensart i.S.v. Art. 71 Abs. 2 ZPO zur Anwendung (ordentliches oder vereinfachtes Verfahren) und es besteht regelmässig die gleiche sachliche Zuständigkeit (Art. 90 lit. a ZPO analog).¹²² Demgegenüber bilden nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung mehrere *Stockwerkeigentümer* eine *notwendige passive Streitgenossenschaft*, wenn die Stammparzelle mit einer Dienstbarkeit belastet ist.¹²³

d) Inhalt der Klagen

- 41 Die *actio negatoria* und die *actio confessoria* können als *Beseitigungsklagen* auf Beseitigung einer vorliegenden Störung oder als *Unterlassungsklagen* auf Unterlassung einer drohenden Störung gerichtet sein.¹²⁴ Ebenso kann die *Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands* verlangt werden (z.B. Beseitigung von abgelagertem Schutt),¹²⁵ wobei dieser Anspruch ggf. durch eine Ersatzvornahme i.S.v. Art. 98 Abs. 1 OR durchgesetzt werden kann.¹²⁶ Scha-

¹¹⁹ ISLER, S. 132; SIMONIUS/SUTTER, Band II, § 4 N 23.

¹²⁰ Vgl. immerhin RUGGLE, BSK, N 24 zu Art. 71 ZPO, nach welchem die Vindikation gegen den unmittelbaren oder mittelbaren Besitzer einen Anwendungsfall der freiwilligen Streitgenossenschaft darstellt.

¹²¹ Vgl. zu den Voraussetzungen der freiwilligen Streitgenossenschaft allgemein GROLMUND, § 13 N 35 ff.

¹²² Vgl. zu dieser Voraussetzung der freiwilligen Streitgenossenschaft BGE 145 III 460 E. 4.1.2 S. 462.

¹²³ BGE 145 III 121 E. 4.3.6; Urteil des BGer 5A_664/2019 vom 3. Dezember 2020 E. 4.2.3 f.

¹²⁴ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 680; WOLF/WIEGAND, BSK, N 66 zu Art. 641 ZGB.

¹²⁵ BGE 100 II 307 S. 309; Urteil des BGer 5A_106/2015 vom 20. März 2015 E. 3.2; MEIER-HAYOZ, BK, N 109 zu Art. 641 ZGB; REY, Sachenrecht, Nr. 2046 mit Kritik in Nr. 2056a; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 678.

¹²⁶ Urteil des BGer 5A_732/2008 vom 14. Juli 2009 E. 3.3.1.

denersatzansprüche stützen sich nicht auf Art. 641 Abs. 2 ZGB, sondern auf **Art. 41 ff.** und **Art. 97 OR.**¹²⁷

Rechtsprechung und Lehre anerkennen bei einem Feststellungsinteresse¹²⁸ 42 sowohl eine Eigentumsfeststellungsklage¹²⁹ als auch eine Klage auf Feststellung der bestrittenen Dienstbarkeit.¹³⁰ Aufgrund der Doppelstellung des Bauberechtigten¹³¹ kann der Bauberechtigte nach der hier vertretenen Meinung ggf. sowohl eine *Klage zur Feststellung des Baurechts* als auch eine *Eigentumsfeststellungsklage bez. der Baute* erheben. Nach dem Gesagten gibt es atypische Baurechte i.S.v. Art. 781 ZGB, bei denen die Parteien keine Durchbrechung des Akzessionsprinzips vorsehen, sodass die Baute im Eigentum des Grundeigentümers bleibt.¹³² Zudem ist denkbar, dass der Grundeigentümer zwar das Bestehen eines Baurechts anerkennt, aber das Eigentum des Bauberechtigten an der Baute bestreitet. Daher hat die Eigentumsfeststellungsklage bez. der Baute neben der Klage zur Feststellung des Baurechts selbständige Bedeutung.

2. Der Besitzerschutz und Besitzesrechtsschutz i.S.v. Art. 926 ff. ZGB

A. Allgemeines

Der Besitzerschutz ist in den **Art. 926–929 ZGB** geregelt¹³³ und bezweckt 43 den Schutz der Besitzverhältnisse vor *eigenmächtiger* Veränderung.¹³⁴ Geschützt sind mittelbare, unmittelbare, selbständige oder unselbständi-

¹²⁷ MEIER-HAYOZ, BK, N 109 i.V.m. N 122 zu Art. 641 ZGB; STEINAUER, Band I, Nr. 1431.

¹²⁸ Vgl. zum Feststellungsinteresse ganz allgemein BGE 144 III 175 E. 5 S. 182; 135 III 378 E. 2.2 S. 380 m.w.H.

¹²⁹ Urteil des Obergerichts Basel-Land vom 31. August 1993, BJM 1995 E. 3 S. 130 ff.; HAAB, ZK, N 45 zu Art. 641 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 133 ff. zu Art. 641 ZGB; SIMONIUS/SUTTER, Band I, § 12 N 33 ff.

¹³⁰ Urteil des BGer 5A_325/2011 vom 14. November 2011 E. 2.1.2; Urteil des Obergerichts Basel-Land 31. August 1993, BJM 1995 E. 3c aa S. 131 ff.; STEINAUER, Band II, Nr. 3479 m.w.Verw.

¹³¹ Vgl. dazu oben Nr. 6.

¹³² Vgl. oben Nr. 17.

¹³³ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 210; STEINAUER, Band I, Nr. 389.

¹³⁴ STARK/LINDENMANN, BK, N 1 Vorbem. Besitzerschutz zu Art. 926–929 ZGB; SUTTER-SOMM, Nr. 1309.

ge Besitzer von Fahrnis oder Grundstücken (Art. 937 Abs. 2 ZGB).¹³⁵ Als Berechtigter einer affirmativen Dienstbarkeit ist der Bauberechtigte *unselbständiger, unmittelbarer Sachbesitzer* i.S.v. Art. 920 Abs. 2 ZGB und als Eigentümer des Bauwerks selbständiger Besitzer, weshalb er sich auf den Besitzschutz berufen kann.¹³⁶ Er ist zudem vom *Besitzesrechtsschutz erfasst*, d.h., er kann eine Vermutung zugunsten des eingetragenen Rechts geltend machen und die Klage aus dem Bucheintrag erheben (**Art. 937 Abs. 1 ZGB**).¹³⁷

B. Die verbotene Eigenmacht

- 44 Für alle Besitzesschutzbehelfe ist eine Störung oder Entziehung des Besitzes durch *verbotene Eigenmacht* verlangt.¹³⁸ Die Beeinträchtigung des Besitzes muss somit *widerrechtlich* sein.¹³⁹ Erlaubt ist die Beeinträchtigung bei einem Rechtfertigungsgrund wie z.B. Notwehr, Notstand, Einwilligung, Kapprecht i.S.v. Art. 687 ZGB oder erlaubte Selbsthilfe i.S.v. Art. 926 ZGB.¹⁴⁰ Ebenfalls *zulässig* sind *mässige Immissionen*, da der Massstab der Übermässigkeit i.S.v. Art. 684 ZGB für den Besitzesschutz gilt, auch wenn ein Nachbarschaftsverhältnis fehlt.¹⁴¹ Die Widerrechtlichkeit kann auch nach dem *öffentlichen Recht* entfallen, wenn dieses eine Störung erlaubt oder diese mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe unvermeidbar einhergeht.¹⁴² Demgegenüber setzt die Widerrechtlichkeit weder Urteilsfähigkeit noch Verschul-

¹³⁵ BGE 144 III 145 E. 3.2.1 S. 148; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 214; STEINAUER, Band I, Nr. 430.

¹³⁶ Vgl. BGE 83 II 141 E. 3a S. 145 f.; ISLER, S. 132; SIMONIUS/SUTTER, Band II, § 4 N 23; a.M. ERNST, BSK, N 28 Vorbem. Besitzesschutz zu Art. 926–929 ZGB (Dienstbarkeitsberechtigte als unmittelbare Rechtsbesitzer).

¹³⁷ Vgl. zum Besitzesrechtsschutz bei Dienstbarkeiten ganz allgemein SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1236a.

¹³⁸ STARK/LINDENMANN, BK, N 1 Vorbem. Besitzesschutz zu Art. 926–929 ZGB; SUTTER-SOMM, Nr. 1310.

¹³⁹ REY, Sachenrecht, Nr. 2095 f.; SIMONIUS/SUTTER, Band I, § 9 N 36; SUTTER-SOMM, a.a.O.

¹⁴⁰ ERNST, BSK, N 19 Vorbem. zu Art. 926–929; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 220; SUTTER-SOMM, Nr. 1311.

¹⁴¹ ERNST, BSK, N 9 Vorbem. zu Art. 926–929; HOMBERGER, ZK, N 14 zu Art. 928 ZGB; STARK/LINDENMANN, BK, N 45 Vorbem. Besitzesschutz zu Art. 926–929 ZGB; SUTTER-SOMM, Nr. 1314.

¹⁴² BGE 135 III 633 E. 3.2 S. 635; Urteil des BGer 5D_101/2015 vom 16. November 2015 E. 2.

den voraus.¹⁴³ Ebenso ist unerheblich, ob die Handlung zur Ausübung eines wirklichen oder vermeintlichen Rechts erfolgt,¹⁴⁴ weshalb *auch der Eigentümer* in verbotener Eigenmacht handeln kann.¹⁴⁵

C. Die einzelnen Besitzerschutzbehelfe

a) *Das Selbsthilferecht i.S.v. Art. 926 ZGB*

Nach Art. 926 Abs. 1 ZGB darf sich jeder Besitzer verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren. Der Besitzer hat ein Abwehrrecht, das er durch Selbsthilfe ausüben darf.¹⁴⁶ Das Selbsthilferecht hat nach **Art. 737 Abs. 1 i.V.m. Art. 926 Abs. 1 ZGB** auch der Bauberechtigte.¹⁴⁷ Zum einen kann es sich dabei um defensive *Besitzwehr* handeln, bei der eine Besitzesstörung abgewehrt oder eine Besitzesentziehung verhindert werden soll.¹⁴⁸ Die Besitzwehr ist solange zulässig, als die Störung anhält oder der Entziehungsversuch andauert.¹⁴⁹ So darf etwa – freilich erdacht – der Bauberechtigte den Grundeigentümer am Abbruch seines Bauwerks hindern.¹⁵⁰ 45

Zum andern hat der beeinträchtigte Besitzer die Möglichkeit der offensiven *Besitzkehr* i.S.v. **Art. 926 Abs. 2 ZGB**, wenn er den Besitz bereits verloren hat.¹⁵¹ Hierbei ist erforderlich, dass die Sache gewaltsam oder heimlich entzogen wurde.¹⁵² Die Besitzkehr ist nach Art. 926 Abs. 2 ZGB indes nur zulässig, wenn der Besitzer *sofort tätig* wird. Bei Grundstücken ist dieses Erfordernis nicht allzu wörtlich auszulegen, sodass die Besitzkehr u.U. auch 46

¹⁴³ STARK/LINDENMANN, BK, N 39 Vorbem. Besitzerschutz zu Art. 926–929 ZGB; SUTTER-SOMM, Nr. 1310.

¹⁴⁴ BGE 60 II 483 E. 6 S. 490; Urteil des Zürcher Obergerichts vom 6. November 1984, ZR 84/1985 Nr. 95 S. 234.

¹⁴⁵ ERNST, BSK, N 28 Vorbem. zu Art. 926–929 ZGB m.w.H.; ISLER, S. 132; SIMONIUS/SUTTER, § 4 N 23.

¹⁴⁶ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 225; STARK/LINDENMANN, BK, N 1 zu Art. 926 ZGB.

¹⁴⁷ Vgl. BGE 118 IV 291 E. 2a S. 292; 115 IV 26 E. 3a S. 30; Urteil des BGer 5A_212/2008 vom 18. September 2008 E. 6.2; GÖKSU, CHK, N 8 zu Art. 737 ZGB; LIVER, ZK, N 146 zu Art. 737 ZGB.

¹⁴⁸ ERNST, BSK, N 4 zu Art. 926 ZGB; STEINAUER, Band I, Nr. 419; SUTTER-SOMM, Nr. 1326.

¹⁴⁹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 226; STARK/LINDENMANN, BK, N 10 zu Art. 926 ZGB.

¹⁵⁰ Weitere Beispiele bei SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O.; STARK/LINDENMANN, BK, N 9 zu Art. 926 ZGB.

¹⁵¹ STARK/LINDENMANN, BK, N 11 zu Art. 926 ZGB; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 92 N 5.

¹⁵² STARK/LINDENMANN, BK, N 12 ff. zu Art. 926 ZGB; STEINAUER, Band I, Nr. 425 m.w.H.

nach einigen Tagen noch möglich ist.¹⁵³ So darf der Bauberechtigte einen vom Grundeigentümer errichteten Zaun entfernen, der ihn an der Errichtung des Bauwerks hindert.¹⁵⁴ Nach **Art. 926 Abs. 3 ZGB** muss die Reaktion des Besitzers *verhältnismässig* sein.¹⁵⁵ Im genannten Beispiel darf der Bauberechtigte den vom Grundeigentümer errichteten Zaun nur niederreißen, nicht aber verbrennen.¹⁵⁶

- 47 Nach SCHMID ist die Selbsthilfe aufgrund von Art. 737 Abs. 2 ZGB nur in engen Grenzen zulässig, da es zu einer ungewollten Spirale gegenseitiger Eigenmacht und Strafverfahren kommen könne, wenn der Dienstbarkeitsberechtigte bauliche Vorrichtungen (z.B. Zäune) entfernen dürfte.¹⁵⁷ Nach der *hier vertretenen Meinung* kann aus der *blossen Möglichkeit eines Strafverfahrens* nichts für die Schranken des Selbsthilferechts abgeleitet werden. Vielmehr wird im Strafverfahren nach Art. 14 StGB geprüft, ob das fragliche Verhalten nach Art. 737 Abs. 1 i.V.m. Art. 926 ZGB privatrechtlich erlaubt und somit strafrechtlich gerechtfertigt ist.¹⁵⁸ Daher ist sich nach der hier vertretenen Meinung das *Entfernen eines Zaunes* als Selbsthilfe *nicht von vornherein unzulässig*. Allerdings ist der Aspekt von SCHMID insoweit relevant, als der Dienstbarkeitsberechtigte bei Zweifeln an der Rechtmässigkeit seines Verhaltens vorsichtshalber auf das Selbsthilferecht verzichten und auf die Besitzerschutzklagen ausweichen sollte.¹⁵⁹

b) Die Klage aus Besitzesentziehung i.S.v. Art. 927 Abs. 1 ZGB

- 48 Im *Tatbestand* verlangt **Art. 927 Abs. 1 ZGB**, dass jemand dem Besitzer eine Sache durch verbotene Eigenmacht *entzogen*, d.h., dieser die tatsächliche Gewalt über diese Sache verloren, hat.¹⁶⁰ Bei Grundstücken ist die Abgrenzung

¹⁵³ WIELAND, BK, N 4a zu Art. 926 ZGB. Das Parlament hat die Motion Nr. 15351, die eine Reaktionszeit von 48 oder 72 Stunden einführen will, angenommen. Vgl. Amtl. Bull. NR 2017, S. 667; Amtl. Bull. StR 2017, S. 551. Art. 926 Abs. 2 VE-ZGB stellt indes auf die Kenntnisnahme bei zumutbarer Sorgfalt ab.

¹⁵⁴ Vgl. dazu in anderem Kontext STARK/LINDENMANN, BK, N 16 zu Art. 926 ZGB.

¹⁵⁵ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 229; siehe auch OSTERTAG, BK, N 32 zu Art. 926 ZGB.

¹⁵⁶ Vgl. dazu in anderem Kontext OSTERTAG, BK, N 31 f. zu Art. 926 ZGB.

¹⁵⁷ SCHMID JÖRG, Urteilsbesprechung, S. 43; vgl. auch SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1229.

¹⁵⁸ Vgl. zu Art. 14 StGB (resp. aArt. 32 StGB) BGE 115 IV 26 E. 3a S. 29; ferner STRATEN-WERTH, § 10 N 90 ff.

¹⁵⁹ Ähnlich GÖKSU, CHK, N 8 zu Art. 737 ZGB.

¹⁶⁰ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 233; SIMONIUS/SUTTER, Band I, § 9 N 41; STEINAUER, Band I, Nr. 429.

zwischen Störung und Entziehung oft heikel; massgebend ist nach der Lehre, ob der Störer *Voll- oder Teilbesitz* erwirbt.¹⁶¹ Eine Besitzesentziehung liegt z.B. vor, wenn der Bauberechtigte gehindert wird, das Grundstück zu betreten¹⁶² oder wenn sich der Grundeigentümer in der Baute des Bauberechtigten niedergelassen hat.¹⁶³

Rechtsfolge des Art. 927 Abs. 1 ZGB ist eine *Rückgabepflicht des Störers*, die der beeinträchtigte Besitzer mit der *Klage aus Besitzesentziehung* durchsetzen kann.¹⁶⁴ *Aktivlegitimiert* ist u.a. der Bauberechtigte als unmittelbarer, unselbständiger Besitzer.¹⁶⁵ *Passivlegitimiert* ist der Täter der verbotenen Eigenmacht (der *Störer*), ein Universalsukzessor sowie ein bösgläubiger Singularsukzessor (z.B. ein Hehler).¹⁶⁶ Die Klage hat nur Erfolg, wenn der Beklagte im Urteilszeitpunkt Besitzer ist.¹⁶⁷ Mehrere Störer bilden eine *freiwillige passive Streitgenossenschaft*.¹⁶⁸ 49

Da die Besitzesschutzklage possessorischer Natur ist, richtet sie sich auf die *Wiederherstellung der früheren Besitzverhältnisse*, weshalb sie im Grundsatz nach Art. 927 Abs. 1 ZGB auch dann Erfolg hat, wenn der Beklagte ein besseres Recht am Grundstück geltend macht.¹⁶⁹ Ob das behauptete bessere Recht besteht, ist Gegenstand eines weiteren Prozesses, ausser wenn der Beklagte sein *besseres Recht sofort nachweist* und daher dem Kläger die Sache wieder abverlangen könnte (**Art. 927 Abs. 2 ZGB**).¹⁷⁰ Eine solche Situation ist 50

¹⁶¹ HOMBERGER, ZK, N 9 zu Art. 927 ZGB; STARK/LINDENMANN, BK, N 16 Vorbem. Besitzesschutz zu Art. 926–929 ZGB; SUTTER-SOMM, Nr. 1341; differenzierend LIVER, ZK, N 147 ff. zu Art. 737 ZGB.

¹⁶² LIVER, ZK, N 147 zu Art. 737 ZGB.

¹⁶³ Vgl. dazu in anderem Kontext BGE 119 Ia 28 E. 3 S. 33 f.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 233.

¹⁶⁴ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 234. Für verfahrensrechtliche Aspekte vgl. SUTTER-SOMM, Nr. 1346 ff.

¹⁶⁵ Vgl. bereits oben Nr. 43.

¹⁶⁶ OSTERTAG, BK, N 17 zu Art. 927 ZGB; STARK/LINDENMANN, BK, N 3 ff. zu Art. 927 ZGB; STEINAUER, Band I, Nr. 431 f. m.w.Verw.; differenzierend bez. des Hehlers HOMBERGER, ZK, N 6 ff. zu Art. 927 ZGB.

¹⁶⁷ ERNST, BSK, N 2 zu Art. 927 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 237; SUTTER-SOMM, Nr. 1338.

¹⁶⁸ FUCHS, Nr. 479 ff.

¹⁶⁹ BGE 144 III 145 E. 3.1 S. 146 f.; STEINAUER, Band I, Nr. 435; SUTTER-SOMM, Nr. 1309 i.V.m. Nr. 1339.

¹⁷⁰ BGE 144 III 145 E. 3.1 S. 147; 113 II 243 E. 1b S. 245; SUTTER-SOMM, Nr. 1339 m.w.H.

nach der hier vertretenen Meinung z.B. dann denkbar, wenn der Grundeigentümer mit dem Baurechtsvertrag zu beweisen vermag, dass er zur fraglichen Besitzesentziehung berechtigt ist. Gemäss **Art. 927 Abs. 3 ZGB** kann nach den Art. 41 ff. OR *Schadenersatz* verlangt werden, die ein *Verschulden* erfordern.¹⁷¹

c) Die Klage aus Besitzesstörung i.S.v. Art. 928 ZGB

- 51 Im *Tatbestand* verlangt **Art. 928 Abs. 1 ZGB** eine *Besitzesstörung*, d.h. eine Beeinträchtigung in der tatsächlichen Gewalt, ohne dass eine Besitzesentziehung vorliegt.¹⁷² Beispiel ist etwa das Abbrechen des Bauwerks des Bauberechtigten durch den Grundeigentümer.¹⁷³ *Rechtsfolge* des Art. 928 Abs. 1 ZGB ist die Pflicht des Störers, die Beeinträchtigung zu unterlassen, die mit der *Klage aus Besitzesstörung* durchsetzbar ist.¹⁷⁴ *Aktivlegitimiert* ist u.a. der Bauberechtigte als unmittelbarer, unselbständiger Besitzer.¹⁷⁵ *Passivlegitimiert* sind tatsächliche oder potenzielle Störer, deren Universalsukzessoren sowie Personen, die eine Störung durch Dritte verhindern müssten, dies aber unterlassen, wie Vermieter bei Störungen ihrer Mieter.¹⁷⁶ Passivlegitimiert ist auch der Grundeigentümer eines mit einer Dienstbarkeit (z.B. Baurecht) belasteten Grundstücks.¹⁷⁷ Mehrere Störer bilden eine *freiwillige passive Streitgenossenschaft*.¹⁷⁸ Nach **Art. 928 Abs. 2 ZGB** ist eine *Beseitigungsklage* möglich, wenn die Störung noch andauert bzw. eine *Unterlassungsklage*, wenn die Störung ernsthaft zu erwarten ist.¹⁷⁹ Sodann kann nach Art. 41 ff. OR *Schadenersatz* verlangt werden, soweit ein *Verschulden* vorliegt.¹⁸⁰

¹⁷¹ BGE 66 I 228 E. 3 S. 236; STARK/LINDENMANN, BK, N 26 zu Art. 927 ZGB m.w.Verw.; a.M. OSTERTAG, BK, N 22 zu Art. 927 ZGB, der indes für die Schadenersatzbemessung die Art. 41 ff. OR analog anwenden will.

¹⁷² SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 239; HOMBERGER, ZK, N 5 zu Art. 926 ZGB; SUTTER-SOMM, Nr. 1341 f.

¹⁷³ Vgl. dazu in anderem Kontext LIVER, ZK, N 142 zu Art. 737 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1231.

¹⁷⁴ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 240.

¹⁷⁵ Vgl. bereits oben Nr. 43.

¹⁷⁶ STEINAUER, Band I, Nr. 463 f.; STARK/LINDENMANN, BK, N 10 ff. zu Art. 928 ZGB; SUTTER-SOMM, Nr. 1344.

¹⁷⁷ BGE 83 II 141 E. 3a S. 145 f.; 73 II 27 E. 2 S. 35; 60 II 483 E. 4 S. 489; STEINAUER, Band I, Nr. 465.

¹⁷⁸ FUCHS, Nr. 478.

¹⁷⁹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 242 ff.; HOMBERGER, ZK, N 18 ff. zu Art. 928 ZGB.

¹⁸⁰ BGE 99 II 28 E. 3b S. 33; ERNST, BSK, N 12 zu Art. 928 ZGB. A.M. OSTERTAG, BK, N 20 zu Art. 928 ZGB, nach welchem kein Verschulden verlangt ist.

d) *Die zeitlichen Grenzen der Besitzschutzklagen*

Für die Klagen aus Art. 927 f. ZGB gibt es eine *doppelte* zeitliche Grenze (Art. 929 ZGB).¹⁸¹ Zum einen sind die Klagen nur zulässig, wenn der Besitzer *sofort* seit Kenntnis von Eingriff und Täter die Sache zurückfordert oder die Beseitigung der Störung verlangt (**Art. 929 Abs. 1 ZGB**). Dabei genügt auch eine ausserprozessuale Reaktion des beeinträchtigten Besitzers, die unmittelbar nach Kenntnis von Eingriff und Störer zu erfolgen hat.¹⁸² Zum anderen besteht nach **Art. 929 Abs. 2 ZGB** eine *Verwirkungsfrist* von einem Jahr seit Entziehung oder Störung, auch wenn der Besitzer erst später von Eingriff und Täter Kenntnis erhalten hat.¹⁸³

3. Die nachbarrechtlichen Rechtsbehelfe

A. Das Verbot übermässiger Einwirkungen i.S.v. Art. 684 ZGB

Art. 684 ZGB schützt den *Nachbarn* vor *übermässigen Einwirkungen* (Immissionen).¹⁸⁴ Immissionen sind *indirekte* Einwirkungen, welche die Eigentumsausübung auf das Nachbargrundstück zur Folge haben kann, und nicht direkte Eingriffe wie das Deponieren von Material.¹⁸⁵ Lehre und Rechtsprechung kennen *positive Immissionen*, wie Staub oder Lärm¹⁸⁶, und *negative Immissionen*, wie z.B. der Entzug von Besonnung (vgl. Art. 684 Abs. 2 ZGB).¹⁸⁷ Unzulässig sind nur *übermässige* Einwirkungen.¹⁸⁸ Dies ist ein

¹⁸¹ STARK/LINDENMANN, BK, N 1 zu Art. 929 ZGB; STEINAUER, Band I, Nr. 440.

¹⁸² Urteil des Luzerner Kantonsgerichts vom 30. März 1975, LGVE 1976 I Nr. 285, S. 355 f.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 247; HOMBERGER, ZK, N 1 zu Art. 929 ZGB; STEINAUER, Band I, Nr. 443.

¹⁸³ Urteil des BGer 5A_658/2009 vom 19. Januar 2010 E. 4 m.V. auf STEINAUER, Band I, Nr. 445; a.M. OSTERTAG, BK, N 3 zu Art. 929 ZGB; WIELAND, ZK, N 1 zu Art. 929 ZGB, nach welchen diese Frist eine Verjährungsfrist i.S.v. Art. 127 ff. OR darstellen soll.

¹⁸⁴ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 947. Vgl. zum Begriff des Nachbarn unten Nr. 61.

¹⁸⁵ BGE 122 II 349 E. 4b S. 356 m.V. auf STEINAUER, Band II, Nr. 2605 ff.

¹⁸⁶ Urteil des Tribunal cantonal jurassien vom 19. März 2012 E. 3.3, in: ZBGR 95/2014, S. 309 ff.

¹⁸⁷ BGE 126 III 452 E. 2c S. 455 f.; MEIER-HAYOZ, BK, N 50 ff. zu Art. 684 ZGB; STEINAUER, Band II, Nr. 2612 ff.; a.M. HAAB, ZK, N 12 zu Art. 684 ZGB, der negative Einwirkungen nicht unter Art. 684 ZGB subsumiert.

¹⁸⁸ BGE 121 II 317 E. II./4b und E. II./6a S. 326 f. und S. 333; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 950.

Ermessensentscheid (Art. 4 ZGB), bei welchem das Gericht eine Interessenabwägung durchzuführen und auf das «Empfinden eines Durchschnittsmenschen» abzustellen hat.¹⁸⁹ Ein Verschulden ist *nicht verlangt*.¹⁹⁰ *Öffentlich-rechtliche* Immissionsvorschriften sind ein Indiz bei der Prüfung der Übermässigkeit.¹⁹¹

B. Die Rechtsbehelfe von Art. 679 und Art. 679a ZGB

a) *Tatbestand*

- 54 Die **Art. 679 und 679a ZGB** ergänzen Art. 684 ZGB und regeln die Rechtsbehelfe des beeinträchtigten Nachbarn. Der *Tatbestand* von Art. 679 Abs. 1 ZGB verlangt was folgt:¹⁹²
- 55 Zunächst muss eine *Eigentumsüberschreitung* auf Grund *menschlichen Verhaltens* vorliegen, d.h., es muss durch die Grundstücksnutzung eine Norm des Nachbarrechts (z.B. Art. 684 ZGB,¹⁹³ Art. 685 ZGB,¹⁹⁴ Art. 689 ZGB¹⁹⁵) verletzt worden sein.¹⁹⁶ Entgegen dem zu weiten Wortlaut von Art. 679 Abs. 1 ZGB stehen die Rechtsbehelfe nicht irgendjemandem, sondern nur dem *Nachbarn* zu, wobei die räumliche Betroffenheit dieser Person ausreicht.¹⁹⁷ Sodann muss der Nachbar *geschädigt* oder mit *Schaden bedroht* werden.¹⁹⁸ Dabei ist keine Substanzschädigung des Grundstücks verlangt; eine *Beeinträchtigung* von *Personen* oder *Mobilien* auf dem Grundstück genügt.¹⁹⁹ Schliesslich muss zwischen dem (drohenden) Schaden und der Immission ein *natürlicher*

¹⁸⁹ BGE 132 III 49 E. 2.1 S. 50; 126 III 223 E. 4a S. 227; REY/STREBEL, BSK, N 8 zu Art. 684 ZGB.

¹⁹⁰ HAAB, ZK, N 9 zu Art. 679 ZGB und N 15 in fine zu Art. 684 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 950.

¹⁹¹ BGE 132 III 49 E. 2.2 S. 51 f.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O.

¹⁹² Vgl. zum Ganzen SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 952 ff.

¹⁹³ BGE 122 II 349 E. 4b S. 356; REY, Sachenrecht, Nr. 2076; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 954.

¹⁹⁴ BGE 119 Ib 334 E. 3b S. 341 f.; REY, a.a.O.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O.

¹⁹⁵ BGE 127 III 241 E. 5c S. 247; Urteil des Aargauer Obergerichts vom 25. Juni 1999, AGVE 1999 Nr. 4 E. 3a S. 35.

¹⁹⁶ MEIER-HAYOZ, BK, N 85 ff. zu Art. 679 ZGB; STEINAUER, Band II, Nr. 2781.

¹⁹⁷ BGE 109 II 304 E. 2 S. 308 f.; STEINAUER, Band II, Nr. 2766 und Nr. 2768; SUTTER-SOMM, Nr. 766.

¹⁹⁸ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 955; SUTTER-SOMM, Nr. 754.

¹⁹⁹ MEIER-HAYOZ, BK, N 6 und N 95 zu Art. 679 ZGB; STEINAUER, Band II, Nr. 2792.

und adäquater Kausalzusammenhang bestehen.²⁰⁰ Für diese Voraussetzungen trägt die Beweislast, wer sich auf Art. 679 Abs. 1 ZGB beruft (Art. 8 ZGB).²⁰¹

b) *Rechtsfolge*

Ist der Tatbestand von Art. 679 Abs. 1 ZGB erfüllt, kommen als Rechtsfolgen 56 eine *Beseitigungsklage*, eine *Unterlassungsklage*, eine *Schadenersatzklage* und u.U. eine *Feststellungsklage* in Betracht.²⁰² Dazu bleibt zu bemerken was folgt:

Die Unterlassungsklage ist nicht nur zulässig, wenn eine Störung vorlag und 57 eine Wiederholung droht, sondern auch, wenn erst in Zukunft eine Störung erfolgen wird.²⁰³ Dabei handelt es sich um eine *Präventivklage*, welche die Errichtung von Bauten verhindern soll, von denen höchstwahrscheinlich übermässige Immissionen ausgehen werden.²⁰⁴ Die Schadenersatzforderung verlangt kein Verschulden²⁰⁵ und *verjährt* nach **Art. 60 Abs. 1 OR**.²⁰⁶ Die Feststellungsklage ist im Gesetz nicht erwähnt, von der Lehre bei einem Feststellungsinteresse aber anerkannt.²⁰⁷

Aktivlegitimiert ist der Nachbar, wobei dies nicht nur der Eigentümer, sondern 58 auch der Inhaber beschränkter dinglicher oder obligatorischer Rechte, d.h. auch der Dienstbarkeitsberechtigte, Mieter oder Pächter, sein kann.²⁰⁸ *Passivlegitimiert* ist nicht nur der Eigentümer, sondern auch der Inhaber eines beschränkten dinglichen oder obligatorischen Rechts an der Immissionsquel-

²⁰⁰ BGE 119 Ib 334 E. 3c S. 342 f.; HAAB, ZK, N 8 zu Art. 679 ZGB; STEINAUER, Band II, Nr. 2793.

²⁰¹ BGE 109 II 304 E. 2 in fine S. 310; Urteil des BGer 5A_648/2010 vom 17. Januar 2011 E. 2.1 m.w.Verw.

²⁰² Vgl. zum Ganzen MEIER-HAYOZ, BK, N 110 ff. zu Art. 679 ZGB; REY, Sachenrecht, Nr. 2076 ff.

²⁰³ BGE 58 II 336 S. 336 f.; 42 II 434 E. 1 S. 436 f.; MEIER-HAYOZ, BK, N 111 zu Art. 679 ZGB.

²⁰⁴ HAAB, ZK, N 21 zu Art. 679 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 111 f. zu Art. 679 ZGB; SUTTER-SOMM, Nr. 761.

²⁰⁵ BGE 119 II 411 E. 4d in fine S. 416 m.V. auf MEIER-HAYOZ, BK, N 104 f. zu Art. 679 ZGB.

²⁰⁶ BGE 127 III 257 E. 2b/aa S. 259; 109 II 418 E. 3 S. 420.

²⁰⁷ SUTTER-SOMM, Nr. 762 m.w.Verw. Vgl. zum Feststellungsinteresse allgemein BGE 144 III 175 E. 5 S. 182.

²⁰⁸ BGE 109 II 304 E. 2 S. 309; kritisch bez. des Mieters HÜRLIMANN-KAUP, Grundfragen, Nr. 392 ff.

le.²⁰⁹ Daher kann ebenso ein Bauberechtigter passivlegitimiert sein, der auch für Schäden einzustehen hat, die durch den Mieter oder Pächter der Baurechtsbaute verursacht werden.²¹⁰

c) *Besonderheiten bei Bauten und Bauarbeiten*

- 59 Die erläuterten Ansprüche bestehen nach **Art. 679 Abs. 2 ZGB** bei negativen Immissionen durch vorhandene Bauten und Einrichtungen nur dann, wenn bei Erstellung die *damaligen (öffentlich-rechtlichen) Vorschriften verletzt* wurden.²¹¹ So kann sich der Überbauberechtigte nach der hier vertretenen Meinung nicht zur Wehr setzen, wenn das zonenkonform errichtete Gebäude des Belasteten Schatten auf seinen kraft Überbaurechts bestehenden Balkon wirft.
- 60 Nach **Art. 679a ZGB** kann nur dann Schadenersatz verlangt werden, wenn der Grundeigentümer bei *rechtmässiger Bewirtschaftung* seines Grundstücks (z.B. Bauen), dem Nachbarn vorübergehend übermässige und unvermeidbare Nachteile zufügt und einen Schaden verursacht. Die Beseitigungs- und die Unterlassungsklage sind diesfalls ausgeschlossen, ausser wenn die Immissionen die körperliche Integrität tangieren oder das Grundstück übermässig erschüttern.²¹² Diese Bestimmung ist nach der hier vertretenen Meinung etwa für den Überbauberechtigten relevant, wenn seine Bauten von der Bautätigkeit des Belasteten betroffen sind.

C. Anwendbarkeit des Nachbarrechts im Baurechtsverhältnis

a) *Im Allgemeinen*

- 61 **Art. 684 ZGB** ist als eine Bestimmung des Nachbarrechts nur auf *Nachbarn* anwendbar.²¹³ Dies können Eigentümer aneinandergrenzender Grundstücke

²⁰⁹ BGE 104 II 15 E. 2 S. 19 ff.; STEINAUER, Band II, Nr. 2769 ff. m.w.Verw.; a.M. bez. der Passivlegitimation des obligatorisch Berechtigten MEIER-HAYOZ, BK, N 62 zu Art. 679 ZGB m.w.Verw.

²¹⁰ SIMONIUS/SUTTER, Band II, § 4 N 28; vgl. auch BGE 83 II 375 E. 2 S. 380; HAAB, ZK, N 11 zu Art. 679 ZGB.

²¹¹ REY/STREBEL, BSK, N 34 ff. zu Art. 679 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 957; SUTTER-SOMM, Nr. 763.

²¹² Botschaft Register-Schuldbrief, S. 5307; ENDER, Nr. 624; STEINAUER, Band II, Nr. 2811 m.w.Verw.

²¹³ REY/STREBEL, BSK, N 1 und N 3 zu Art. 684 ZGB; STEINAUER, Band II, Nr. 2601. Vgl. bereits oben Nr. 53.

sein, aber auch Eigentümer oder Besitzer von Grundstücken, die von einer Immission nur *räumlich betroffen* sind.²¹⁴ Stets muss aber die Einwirkung von einem *selbständigen Grundstück* ausgehen, das seinerseits vom Grundstück der durch die Immission betroffenen Person verschieden ist.²¹⁵ Art. 684 ZGB verlangt somit, dass sich die Immission auf einem *fremden Grundstück auswirkt*.²¹⁶ Nachfolgend ist zu prüfen, inwiefern dieses Erfordernis bei den verschiedenen Arten von Baurechten erfüllt ist. Wie im Folgenden dargelegt wird, unterscheiden sich diesbezüglich nach der hier vertretenen Auffassung die Grunddienstbarkeiten (b.) von den Personaldienstbarkeiten (c.).

b) *Baurechte als Grunddienstbarkeit*

aa) Bundesgerichtliche Rechtsprechung

aaa) *BGE 116 II 236*

Das Bundesgericht hat sich mit dem *Vorliegen eines Nachbarschaftsverhältnisses* und der *Anwendbarkeit* von **Art. 684** und **679 ZGB** u.a. in **BGE 116 II 236** befasst. In dieser Entscheidung ging es um ein Baurecht als Grunddienstbarkeit, das zwecks Erstellung einer Kegelbahn errichtet wurde. Auf dem herrschenden Grundstück befand sich ein Restaurant. Die Kegelbahn lag unterhalb eines Garagentraktes, der sich seinerseits auf dem dienenden Grundstück befand.²¹⁷ Grundlage der Streitigkeit war ein Wasserschaden an der Decke der Kegelbahn, der durch Schneewasser verursacht wurde, das von den im Garagentrakt abgestellten Autos abtaute.²¹⁸ Das Bundesgericht

62

²¹⁴ BGE 123 II 481 E. 7a S. 491; 121 II 317 E. II./4b, S. 326; 120 II 15 E. 2a S. 17; MEIER-HAYOZ, BK, N 44 zu Art. 679 ZGB; REY, Sachenrecht, Nr. 1105; REY/STREBEL, BSK, N 20 zu Art. 684 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 948; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 102 N 36; STEINAUER, Band II, Nr. 2606 m.w.Verw.

²¹⁵ BERGER-STEINER/SCHMID, OFK, N 5 zu Art. 679 ZGB; REY, Sachenrecht, Nr. 1106; kritisch FOËX, JdT 1999 S. 485 und 487.

²¹⁶ BGE 88 II 331 E. 4 S. 334; 57 II 258 E. 1 S. 260 f. MEIER-HAYOZ, BK, N 45 i.V.m. N 83 zu Art. 679 ZGB; L'HUILLIER, S. 9a f.; LIVER, ZK, N 117 ff. zu Art. 737 ZGB; REY, Sachenrecht, Nr. 1106. STARK, S. 61 und 205; a.M. BGE 70 II 85 E. 4 S. 94, wo das Bundesgericht ohne Rücksicht auf BGE 57 II 258 in einem Fall des Abgrabens von Untergrund unter einer fremden Leitung, die durch das eigene Grundstück verläuft, Art. 679 ZGB anwendet; dazu kritisch LIVER, ZK, N 121 zu Art. 737 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 83 zu Art. 679 ZGB.

²¹⁷ BGE 111 II 236 Sachverhalt A. S. 236.

²¹⁸ BGE 111 II 236 Sachverhalt A. S. 237.

erachtete **Art. 679 ZGB** unter Verweis auf BGE 88 II 263 zum einen als *anwendbar*, da die *Stellung* des Bauberechtigten nicht nur die eines Dienstbarkeitsberechtigten, sondern auch die eines *Eigentümers* sei, der Bauberechtigte hinsichtlich seiner *Pflichten* einem *Liegenschaftseigentümer gleichgestellt* sei und somit der Verantwortlichkeit von Art. 679 ZGB unterstehe.²¹⁹ Zum anderen stützt das Bundesgericht das vorinstanzliche Argument, wonach es im hypothetischen Fall, in dem nebst der Kegelbahn auch das Restaurant vom Wasserschaden betroffen ist, unhaltbar sei, dass eine Schadenersatzklage auf Art. 679 ZGB in Bezug auf das Restaurant und auf Art. 41 OR in Bezug auf die Kegelbahn gestützt werden müsste. Dieses Argument der *einheitlichen Haftungsgrundlage* spreche ebenfalls für die Anwendbarkeit von Art. 679 ZGB im Verhältnis zwischen dem Grundeigentümer und dem Bauberechtigten.²²⁰

bbb) BGE 127 III 10

- 63 In **BGE 127 III 10** prüfte das Bundesgericht die Anwendbarkeit von Art. 679 ZGB in einem Fall von zwei zusammengebauten Häusern auf zwei Grundstücken erneut. Zugunsten des einen Grundstücks wurde ein Überbaurecht i.S.v. Art. 674 ZGB an einem Raum errichtet, der in das Gebäude des Nachbargrundstücks eingefügt war. Vom Boden der Räume oberhalb des Raums im Überbaurecht gingen diverse Immissionen aus.²²¹ Das Bundesgericht wandte **Art. 679 ZGB** unter Verweis auf BGE 88 II 331 *nicht an*, da sich das Verhältnis zwischen dem Dienstbarkeitsberechtigten und dem Belasteten nach Art. 741 ZGB und nicht nach Nachbarrecht richte.²²²

ccc) Weitere Entwicklung der Rechtsprechung

- 64 Zunächst ist fraglich, wie sich BGE 111 II 236, der die Anwendbarkeit von Art. 679 ZGB bei einem Baurecht als Grunddienstbarkeit bejahte, zu BGE 127 III 10 verhält, in dem die Anwendbarkeit von Art. 679 ZGB bei einem Überbaurecht verneint wurde. Das Bundesgericht liess die Frage in einem unpublizierten Entscheid offen.²²³ In einem neueren Entscheid bejahte das Bundesgericht die Anwendbarkeit von Art. 679 und 684 ZGB unter Verweis auf

²¹⁹ BGE 111 II 236 E. 2 und 3 S. 237 ff.

²²⁰ Vgl. zum Ganzen BGE 111 II 236 E. 3 S. 240.

²²¹ Vgl. zum Ganzen BGE 127 III 10 Regeste und Sachverhalt A. S. 11.

²²² BGE 127 III 10 Regeste und 3c S. 14.

²²³ Urteil des BGer 5C.20/2003 vom 18. Juni 2003 E. 1.6.

BGE 111 II 236, ohne sich indes mit diesem Entscheid näher auseinanderzusetzen und obwohl es sich in diesem Fall um ein selbständiges und dauerndes Baurecht, d.h. eine Personaldienstbarkeit, handelte.²²⁴

bb) Stellungnahme und eigene Lösung

Nach der *hier vertretenen Auffassung* verdient **BGE 111 II 236** aus den folgenden Gründen zwar im *Ergebnis*, nicht jedoch in der Begründung *Zustimmung*: 65

- *Erstens* überzeugt der Entscheid insoweit nicht, als das Bundesgericht sich – zumindest in den publizierten Erwägungen – nicht mit seiner Rechtsprechung zur Frage auseinandersetzt, ob ein *Substanzeingriff* i.S.v. **Art. 641 Abs. 2 ZGB** oder ein *indirekter Eingriff* (**Art. 679 ZGB** als *lex specialis*) vorliegt.²²⁵ Wäre nämlich ein Substanzeingriff bejaht worden, wäre Art. 679 ZGB von vornherein nicht anwendbar gewesen. Bei einem Wasserschaden an der Decke der Kegelbahn kann ein Substanzeingriff jedenfalls nicht ohne Weiteres ausgeschlossen werden. Angesichts der Tatsache, dass der Wasserschaden vorliegend nicht das eigentliche Handlungsziel, sondern nur eine unerwünschte Nebenfolge des Abstellens der Autos in der Garage ist,²²⁶ verdient das Bundesgericht im Ergebnis insoweit *Zustimmung*, als es stillschweigend einen *indirekten Eingriff* bejaht hat. 66
- *Zweitens* überzeugt das Argument des Bundesgerichts nicht, wonach sich der Bauberechtigte wegen seiner Stellung als Grundeigentümer gegenüber dem dienstbarkeitsbelasteten Grundeigentümer auf Art. 679 ZGB berufen könne.²²⁷ Indem das Bundesgericht in diesem Fall die Stellung des Bauberechtigten als Grundeigentümer als entscheidendes Element für die Anwendbarkeit von Art. 679 ZGB gegenüber dem dienstbarkeitsbelasteten Grundeigentümer erachtet, setzt es sich nach der hier vertretenen Auffassung in *Widerspruch zu seiner sonstigen Rechtsprechung* zu Art. 679 ZGB, nach welcher auch Inhaber beschränkter dinglicher oder 67

²²⁴ BGE 145 II 282 Sachverhalt A. S. 284 und E. 2 S. 286 f.

²²⁵ Vgl. zu dieser Rechtsprechung BGE 131 III 505 E. 5.1 S. 508; 111 II 24 E. 2b S. 25 f.; 73 II 151 E. 2 S. 157.

²²⁶ Vgl. zu dieser Abgrenzung HÜRLIMANN-KAUP, ZBJV, S. 524 f. und unten Nr. 92 ff.

²²⁷ BGE 111 II 236 E. 3 S. 240 in fine.

obligatorischer Rechte aktiv- und passivlegitimiert sind,²²⁸ auch wenn diese gerade keine Grundeigentümerstellung aufweisen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb sich ein Dienstbarkeitsberechtigter diesfalls gegenüber Dritten auf Art. 679 ZGB berufen können soll, während dies gegenüber dem Grundeigentümer nur aufgrund der Stellung als Eigentümer der Baute möglich sein soll.

- 68 – Nach der hier vertretenen Meinung ist das allgemeine Kriterium, wonach die Einwirkung von einem *Grundstück ausgehen* muss, das vom *betroffenen Grundstück verschieden* ist,²²⁹ um Art. 679 ZGB anzuwenden, auch zwischen dem Grundeigentümer und dem Bauberechtigten relevant. Daher ist vorliegend die Tatsache, dass die Kegelbahn als *Bestandteil* der Parzelle mit dem Restaurant zu betrachten ist, entgegen dem Bundesgericht²³⁰ gerade *entscheidend*: Indem das Wasser vom Garagentrakt in die Decke der Kegelbahn eingedrungen ist, die Bestandteil des Grundstücks mit dem Restaurant darstellt, ist im Ergebnis das Restaurantgrundstück von der Einwirkung betroffen. Dieses Grundstück ist ein anderes als dasjenige, auf dem sich der Garagentrakt befindet. Daher hat das Bundesgericht im Ergebnis *Art. 679 ZGB zu Recht angewendet*.
- 69 – Das Bundesgericht konnte die Kegelbahn wohl nur deshalb als Bestandteil der Restaurantparzelle qualifizieren, weil sie bautechnisch vom Restaurant abhängig ist. Nach der hier vertretenen Abgrenzung zwischen Baurecht und Überbaurecht²³¹ und mit Blick auf BGE 127 III 10, wonach auch ganz auf dem Nachbargrundstück liegende Räume u.U. im Überbaurecht möglich sind, wäre das Recht zur Errichtung der Kegelbahn entgegen dem Bundesgericht *richtigerweise als Überbaurecht* zu qualifizieren gewesen.
- 70 Daher stellt sich die Frage, ob die in BGE 111 II 236 begründete Rechtsprechung nach wie vor gilt umso mehr, als in **BGE 127 III 10** bez. eines Überbaurechts Art. 679 ZGB nicht angewendet wurde. Die dort angeführte Begründung *überzeugt* nach der hier vertretenen Meinung indes *nicht*: Zunächst sind die Verweise auf MEIER-HAYOZ und LIVER²³² nicht einschlägig, da sich

²²⁸ BGE 109 II 304 E. 2 S. 309; 106 Ib 241 E. 2 S. 243 in fine (betr. Aktivlegitimation); BGE 132 III 689 E. 2.2 S. 692 f. (betr. Passivlegitimation); kritisch HÜRLIMANN-KAUP, Grundfragen, Nr. 392 ff. und Nr. 412 ff.

²²⁹ Vgl. dazu oben Nr. 61.

²³⁰ Vgl. BGE 111 II 236 E. 3 S. 240.

²³¹ Vgl. dazu oben Nr. 25 ff.

²³² MEIER-HAYOZ, BK, N 83 zu Art. 679 ZGB; LIVER, ZK, N 119 zu Art. 737 ZGB.

die zitierten Autoren weder mit dem Baurecht noch mit dem Überbaurecht auseinandersetzen.

Sodann beschränkt sich das Bundesgericht zur Begründung auf den Verweis auf BGE 88 II 331, wonach sich das Verhältnis zwischen dem Überbauberechtigten und dem Belasteten nach dem Dienstbarkeitsrecht, nicht nach dem Nachbarrecht richte.²³³ Allerdings geht es in BGE 88 II 331 entgegen dem Bundesgericht nicht um ein Überbaurecht, sondern um ein Wohnrecht und um zwei Gebäude auf derselben Liegenschaft.²³⁴ Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Sachverhalt von BGE 127 III 10 vielmehr mit demjenigen von BGE 111 II 236 vergleichbar, in dem es nach dem hier vertretenen Verständnis eigentlich ebenfalls um ein Überbaurecht geht.²³⁵ Gegenstand des Streits sind diverse Immissionen, die vom Boden der Räume ausgehen, die oberhalb des Raums im Überbaurecht liegen.²³⁶ Diese Immissionen betreffen den Raum im Überbaurecht, der nach Art. 674 Abs. 1 ZGB Bestandteil des anderen Grundstücks ist. Somit betreffen die Immissionen im Ergebnis ein anderes als das Ausgangsgrundstück, weshalb nach der hier vertretenen Auffassung Art. 679 ZGB *richtigerweise anzuwenden* gewesen wäre.²³⁷

Es stellt sich die Frage, ob BGE 127 III 10 als *Praxisänderung* zu BGE 111 II 236 verstanden werden kann. Nach der hier vertretenen Auffassung ist das *nicht der Fall*:²³⁸ *Erstens* setzt sich das Bundesgericht weder mit BGE 111 II 236 auseinander noch zitiert es diesen Entscheid.²³⁹ *Zweitens* wird BGE 127 III 10 in der Regeste weder als Änderung noch als Präzisierung der Rechtsprechung ausgewiesen. *Drittens* liegt das Schwergewicht des Falles auf der Frage, inwiefern vollständig auf dem Nachbargrundstück liegende Räume Gegenstand eines Überbaurechts sein können, und nicht auf der Frage der Anwendbarkeit von Art. 679 ZGB,²⁴⁰ weshalb bez. dieser letzteren Frage dem Entscheid keine präjudizielle Wirkung zukommt.

²³³ BGE 127 III 10 E. 3c S. 14.

²³⁴ Vgl. BGE 88 II 331 Sachverhalt A. und C. S. 332 ff.

²³⁵ Vgl. oben Nr. 69.

²³⁶ BGE 127 III 10 Sachverhalt A. S. 11.

²³⁷ So im Ergebnis auch REY, Urteilsbesprechung, S. 269 f., der allerdings zur Begründung auf das – hier (vgl. oben Nr. 67) abgelehnte – Kriterium der Stellung des Bauberechtigten als Grundeigentümer abstellt.

²³⁸ Zumindest zweifelnd auch BERGER-STEINER/SCHMID, OFK, N 5 zu Art. 679 ZGB.

²³⁹ Vgl. BGE 127 III 10 E. 3c S. 14.

²⁴⁰ Vgl. BGE 127 III 10 E. 2 S. 12 ff.

- 73 *Zusammenfassend* ist die Frage der Anwendbarkeit von Art. 679 ZGB auf Baurechte als Grunddienstbarkeiten nach der *hier vertretenen Auffassung* wie folgt zu beantworten:
- 74 – Da bei *Überbaurechten* die vom Überbaurecht erfasste Baute nach Art. 674 Abs. 1 ZGB Bestandteil des Grundstücks ist, von dem die Immission ausgeht, wirkt sich die Immission vom belasteten Grundstück stets auf einem anderen Grundstück aus. Somit liegt ein Nachbarschaftsverhältnis vor und **Art. 679 ZGB** ist bei Überbaurechten *anwendbar*.
- 75 – Ist bei gewöhnlichen Baurechten als *Grunddienstbarkeit*²⁴¹ *nur* die *Baurechtsbaute* von der Immission *betroffen*, die vom belasteten Grundstück ausgeht, fehlt es an der Betroffenheit eines anderen Grundstücks von der Immission, da die Baurechtsbaute ebenfalls auf dem belasteten Grundstück liegt. Art. 679 ZGB ist somit *nicht anwendbar*. Anders verhält es sich, wenn nicht die Baurechtsbaute (z.B. eine Garage), sondern eine *Baute* auf dem *berechtigten Grundstück* (z.B. ein Einfamilienhaus) *betroffen* ist. Diesfalls betrifft die Immission ein anderes Grundstück als dasjenige, von dem sie ausgeht, weshalb Art. 679 ZGB *anwendbar* ist. In diesem Fall dürfte wohl auch das Bundesgericht Art. 679 ZGB anwenden, da es nicht um das Dienstbarkeitsverhältnis geht und das Dienstbarkeitsrecht von vornherein nicht betroffen ist. Sind sowohl die Baurechtsbaute als auch eine Baute auf dem berechtigten Grundstück von der Immission betroffen, ist die Klage teilweise auf Art. 41 OR und teilweise auf Art. 679 ZGB zu stützen. Inwiefern dies unhaltbar sein soll, ist entgegen dem Bundesgericht²⁴² nicht ersichtlich.

c) *Baurechte als Personaldienstbarkeit*

aa) Bundesgerichtliche Rechtsprechung und Lehrmeinungen

- 76 Das Bundesgericht hat die Frage der Anwendbarkeit von Art. 679 ZGB im Verhältnis zwischen dem Grundeigentümer und dem Bauberechtigten bei einer *Personaldienstbarkeit* – soweit ersichtlich – bislang *nicht restlos geklärt*.²⁴³ Indes hat es bei einem Quellenrecht i.S.v. Art. 780 ff. ZGB Art. 679

²⁴¹ Vgl. dazu oben Nr. 18 f.

²⁴² Vgl. BGE 111 II 236 E. 3 S. 240.

²⁴³ Vgl. BGE 145 II 282 E. 2 S. 286 f., wo Art. 679 ZGB ohne nähere Begründung angewendet wurde.

ZGB zwischen dem Grundeigentümer und dem Quellenrechtsberechtigten *nicht angewandt*, da der Dienstbarkeitsvertrag zum Schutz des Dienstbarkeitsberechtigten ausreiche. Dies gelte unabhängig davon, ob die Dienstbarkeit als selbständiges und dauerndes Recht errichtet und als Grundstück aufgenommen wurde.²⁴⁴ Einen Schutz durch das Nachbarrecht bedürfe der Dienstbarkeitsberechtigte nur im Verhältnis zu Drittpersonen, die am Quellengrundstück nicht berechtigt sind.²⁴⁵ Auch die Lehre erachtet die Aufnahme des Baurechts als Grundstück überwiegend nicht entscheidend, um Art. 679 ZGB anzuwenden.²⁴⁶

Demgegenüber wurde in **BGE 70 II 85** bei einer *nicht als Grundstück aufgenommenen* Leitungsdienstbarkeit Art. 679 ZGB *angewendet*.²⁴⁷ Nach STARK²⁴⁸ und LEEMANN²⁴⁹ ist Art. 679 ZGB generell auf das Verhältnis zwischen dem Grundeigentümer und dem Dienstbarkeitsberechtigten, somit auch zwischen dem Grundeigentümer und dem Bauberechtigten anwendbar. 77

bb) Eigene Stellungnahme

Nach der hier vertretenen Auffassung ist Art. 679 ZGB auf Baurechte als Personaldienstbarkeiten, die *nicht als Grundstück aufgenommen* sind, entgegen BGE 70 II 85 sowie entgegen STARK und LEEMANN *nicht anzuwenden*, da dies einen *doppelten Ausnahmecharakter* hätte: 78

– Einerseits ist Art. 679 ZGB eine *Kausalhaftung eigener Art*, die eine *Ausnahme* vom Grundsatz der *Verschuldenshaftung* darstellt.²⁵⁰ Daher 79

²⁴⁴ Vgl. zum Ganzen BGE 57 II 258 E. 1 S. 260 f.; bestätigt bez. eines Wohnrechts in BGE 88 II 331 E. 4 S. 334.

²⁴⁵ BGE 57 II 258 E. 1 S. 261; 68 II 369 E. 2 S. 373; 88 II 252 E. 3 S. 264; 145 II 282 E. 2 S. 286 f.

²⁴⁶ ENDER, Nr. 224; FREIMÜLLER, S. 113; L'HUILLIER, S. 92a f.; LIVER, ZK, N 110 zu Art. 737 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 58 f. zu Art. 679 ZGB; RIEMER, Baurecht, S. 91. Vgl. auch LEEMANN, BK, N 27 f. zu Art. 679 ZGB, der zwar im Allgemeinen nur die Inhaber von als Grundstück ins Grundbuch aufgenommenen beschränkten dinglichen Rechte als passivlegitimiert betrachtet, bei Baurechten indes eine Ausnahme machen will.

²⁴⁷ BGE 70 II 85 E. 4 S. 94.

²⁴⁸ STARK, S. 195, S. 205 und S. 206 mit Fn. 37.

²⁴⁹ LEEMANN, BK, N 10 zu Art. 737 ZGB.

²⁵⁰ BGE 119 II 411 E. 4d S. 416 m.V. auf MEIER-HAYOZ, BK, N 12 und N 104 f. zu Art. 679 ZGB; BGE 119 Ib 334 E. 3c S. 342; 109 II 304 E. 2 S. 308; ferner FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 519 und Nr. 990.

muss Art. 679 ZGB restriktiv ausgelegt werden.²⁵¹ Gegen diesen Gedanken würde nun aber nach der hier vertretenen Meinung verstossen, wenn Art. 679 ZGB auf Personaldienstbarkeiten schlechthin, d.h. unabhängig von einer Aufnahme als Grundstück ins Grundbuch, angewendet würde.

- 80 – Andererseits würde mit der uneingeschränkten Anwendung von Art. 679 ZGB auf Baurechte als Personaldienstbarkeiten vom *generellen Erfordernis* von Art. 679 ZGB, dass sich die Immission auf einem *fremden Grundstück auswirkt, abgewichen*.²⁵² Diese Ausnahme bedürfte nach der hier vertretenen Auffassung einer sachlichen Rechtfertigung. Indes ist *nicht ersichtlich*, inwiefern der Bauberechtigte bei einer Personaldienstbarkeit *generell schutzbedürftiger* sein und sich auf die Kausalhaftung von Art. 679 ZGB berufen können soll als ein Bauberechtigter bei einer Grunddienstbarkeit. Dort ist die Anwendbarkeit von Art. 679 ZGB nach der hier vertretenen Meinung grundsätzlich ebenfalls zu verneinen.²⁵³ Diese sachliche Rechtfertigung liefert auch STARK nicht, weicht er doch von seinem erarbeiteten Grundsatz, dass die Immission die Grenze eines Grundstücks überschritten haben muss, ohne Begründung ab, wie LIVER zu Recht ausführt.²⁵⁴
- 81 Demgegenüber ist nach der hier vertretenen Auffassung die Anwendbarkeit von Art. 679 ZGB auf Baurechte als Personaldienstbarkeiten entgegen BGE 57 II 260 dann *zu bejahen*, wenn das Baurecht als Grundstück ins Grundbuch *aufgenommen* ist, und zwar aus folgenden Gründen:
- 82 – *Erstens* lässt sich die Anwendbarkeit von Art. 679 ZGB auf Baurechte als Personaldienstbarkeiten entgegen dem Bundesgericht nicht bloss damit verneinen, dass der Dienstbarkeitsvertrag zum Schutz des Bauberechtigten ausreiche. Wie aus der allgemeinen Konkurrenzlehre folgt,²⁵⁵ ist nicht ausgeschlossen, dass sich der Bauberechtigte bei einer Personaldienstbarkeit nebst der vertraglichen Verschuldenshaftung *alternativ* auch auf ausservertragliche Ansprüche und damit auf Art. 679 ZGB berufen kann.

²⁵¹ MEIER-HAYOZ, BK, N 62 zu Art. 679 ZGB m.V. auf STARK, S. 70.

²⁵² Vgl. zu diesem Erfordernis oben Nr. 61 und Nr. 68.

²⁵³ Vgl. oben Nr. 75.

²⁵⁴ LIVER, ZK, N 123 f. zu Art. 737 ZGB mit Kritik an STARK, S. 195, S. 205 und S. 206 mit Fn. 37.

²⁵⁵ Vgl. zur Alternativität von vertraglichen und ausservertraglichen Ansprüchen BGE 112 II 138 E. 3b S. 142; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2938 ff., insb. Nr. 2943; HUGUENIN, Nr. 4143 ff.; KRAMER, S. 130.

- *Zweitens* führt die Aufnahme eines Baurechts als Grundstück dazu, dass das Baurecht den Vorschriften über das Grundeigentum unterworfen ist und insb. mit Dienstbarkeiten und Grundpfandrechten belastet werden kann.²⁵⁶ Auch wenn solche Baurechte nur in bestimmter Hinsicht wie Liegenschaften behandelt werden,²⁵⁷ ist nach der hier vertretenen Auffassung *nicht ersichtlich*, weshalb sie gerade *hinsichtlich* der Haftung *nicht wie Liegenschaften behandelt* werden sollen. Art. 679 ZGB verlangt nur, dass sich die Immission auf einem fremden Grundstück i.S.v. Art. 655 Abs. 2 ZGB auswirkt. Dabei ist nicht ersichtlich, warum dieses Grundstück eine Liegenschaft sein muss.²⁵⁸ Nach der hier vertretenen Meinung lässt sich Art. 679 ZGB auf Baurechtsgrundstücke entgegen LIVER²⁵⁹ auch anwenden, ohne der von ihm kritisierten Auffassung zu folgen, dass der Dienstbarkeitsberechtigte durch die Aufnahme des Baurechts als Grundstück zum Grundeigentümer werde. Dies daher, weil nach der hier vertretenen Auffassung nicht die Stellung als Grundeigentümer, sondern die Auswirkung der Immission auf ein fremdes Grundstück ausschlaggebend ist, um Art. 679 ZGB anzuwenden.²⁶⁰ 83
- *Drittens* ist es entgegen einem Teil der Lehre auch *nicht unvernünftig* oder sinnlos, auf die möglicherweise zufällige *Aufnahme des Baurechts als Grundstück* ins Grundbuch abzustellen,²⁶¹ wie nach der hier vertretenen Meinung ein *Vergleich* mit dem *Stockwerkeigentum* zeigt: Nach einhelliger Ansicht ist das Nachbarrecht im Verhältnis unter Stockwerkeigentümern anwendbar, nicht aber unter Mietern.²⁶² Nach Art. 712d Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Ziff. 2 ZGB kann Stockwerkeigentum durch eine einseitige Erklärung des Alleineigentümers einer Liegenschaft und Eintragung im Grundbuch begründet werden. Wenn nun ein Alleineigen- 84

²⁵⁶ BGE 92 I 539 E. 1 S. 543; MEIER-HAYOZ, BK, N 5 und N 36 ff. zu Art. 655 ZGB; RIEMER, Baurecht, S. 32.

²⁵⁷ BGE 127 III 300 E. 5a/aa, S. 303; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1333; RIEMER, Baurecht, S. 33.

²⁵⁸ Vgl. oben Nr. 61.

²⁵⁹ Vgl. LIVER, ZK, N 110 zu Art. 737 ZGB mit Kritik an der Auffassung von LEEMANN, BK, N 40 zu Art. 641 ZGB; siehe auch HITZ, Nr. 131 mit Fn. 550, nach welcher die Kritik LIVERS nicht gerechtfertigt ist.

²⁶⁰ Vgl. oben Nr. 61 und 68.

²⁶¹ So aber FREIMÜLLER, S. 113; LIVER, ZK, N 111 zu Art. 737 ZGB.

²⁶² BGE 106 II 315 E. 2c S. 318 f.; FOEX, JdT 1999, S. 487; HAAS, S. 5 m.w.Verw.; HÜRLIMANN-KAUP, Grundfragen, Nr. 377; MEIER-HAYOZ, BK, N 83 zu Art. 679 ZGB; REY/STREBEL, BSK, N 17 zu Art. 684 ZGB.

tümer Stockwerkeigentum begründet und die verschiedenen Einheiten vermietet, ist Nachbarrecht anwendbar, da auch Mieter passivlegitimiert sein können.²⁶³ Vermietet er indes die einzelnen Wohnungen, ohne Stockwerkeigentum begründet zu haben, so ist zwischen den Mietern nach dem Gesagten Nachbarrecht nicht anwendbar. Somit kann die Anwendbarkeit von Art. 679 ZGB beim Stockwerkeigentum von einer *einseitigen Erklärung* einer Person und darauffolgender Grundbucheintragung *abhängig* sein, was in der Lehre zwar kritisiert, aber hingenommen wird.²⁶⁴ Nach der hier vertretenen Meinung ist nicht ersichtlich, warum nicht auch bei Baurechten als Personaldienstbarkeiten, die zufolge *einseitiger Erklärung* des Bauberechtigten *als Grundstücke aufgenommen* werden, Nachbarrecht anwendbar sein soll.

- 85 Zusammenfassend ist Art. 679 ZGB nach der hier vertretenen Auffassung nur auf Baurechte als Personaldienstbarkeiten anwendbar, die *als Grundstück ins Grundbuch aufgenommen* sind. Das von LIVER²⁶⁵ angedeutete Missbrauchspotenzial der hier vertretenen Ansicht ist über den Zeitpunkt der Aufnahme des Baurechts als Grundstück zu beseitigen, wie sogleich gezeigt wird.

d) *Zeitpunkt der Aufnahme des Baurechts als Grundstück ins Grundbuch*

- 86 Da nach der hier vertretenen Meinung die Aufnahme des Baurechts als Grundstück entscheidend ist, um Art. 679 ZGB auf Personaldienstbarkeiten anzuwenden, ist fraglich, wann das Baurecht als Grundstück aufgenommen sein muss. Das Bundesgericht hat – freilich betr. ein Überbaurecht – verlangt, dass die Eigentümerstellung im Schadenszeitpunkt feststehen müsse.²⁶⁶ Dazu ist nach der hier vertretenen Meinung zu bemerken was folgt:
- 87 *Erstens* ist diese Aussage insoweit *unpräzise*, als es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Anwendbarkeit von Art. 679 ZGB keiner Eigentümerstellung, sondern einer *Berechtigtenstellung* bedarf, die auch bei Inhabern von beschränkten dinglichen Rechten oder obligatorisch Berechtigten gegeben ist.²⁶⁷ *Zweitens* ist diese Berechtigtenstellung zwar nötig, aber nicht

²⁶³ Vgl. oben Nr. 58.

²⁶⁴ Vgl. HAAS, S. 5; FOEX, JdT 1999, S. 487; HÜRLIMANN-KAUP, Grundfragen, Nr. 377.

²⁶⁵ LIVER, ZK, N 111 zu Art. 737 ZGB.

²⁶⁶ Urteil des BGer 5C.20/2003 vom 18. Juni 2003 E. 1.6 in fine.

²⁶⁷ Vgl. oben Nr. 67.

ausreichend, um Art. 679 ZGB anzuwenden, da vielmehr das *Vorliegen eines nachbarschaftlichen Verhältnisses entscheidend* ist.²⁶⁸ Dieses Verhältnis entsteht bei Personaldienstbarkeiten mit der Aufnahme des Baurechts als Grundstück.²⁶⁹

Drittens muss das Baurecht nicht im Schadens-, sondern im *Immissionszeitpunkt* als Grundstück *aufgenommen* sein, damit Art. 679 ZGB anwendbar ist. Darunter ist hier derjenige Zeitpunkt gemeint, in dem die Immission beginnt resp. bei einer Unterlassungsklage höchstwahrscheinlich wird.²⁷⁰ Die Immission als Handlung und der Schaden als Erfolg können zeitlich auseinanderfallen, wie etwa bei einem Wasserschaden, wo der Zeitpunkt des Wasseraustritts und derjenige der Schädigung, z.B. durch Erosion, nicht identisch sein müssen. Daher verlangt Art. 679 ZGB gerade einen adäquaten Kausalzusammenhang.²⁷¹ 88

Entscheidend dafür, dass der Immissions- und nicht der Schadenszeitpunkt für die Anwendbarkeit von Art. 679 ZGB massgebend ist, ist die Überlegung, dass es sonst Fälle einer *rechtsmissbräuchlichen Aufnahme* des Baurechts als Grundstück geben könnte. Zwar kann das Begehren um Aufnahme eines Baurechts als Grundstück i.S.v. Art. 22 Abs. 1 GBV grundsätzlich jederzeit erfolgen.²⁷² Wäre aber der Schadenseintritt massgebend, könnte ein noch nicht aufgenommenes Baurecht nach Auftreten der Immission, aber noch vor Schadenseintritt, mit Blick auf einen bevorstehenden Streit ins Grundbuch aufgenommen werden, um die Anwendbarkeit der Kausalhaftung von Art. 679 ZGB herbeizuführen. 89

Dies wäre nach der hier vertretenen Meinung ein Anwendungsfall einer *zweckwidrigen Verwendung eines Rechtsinstituts* i.S.v. **Art. 2 Abs. 2 ZGB**.²⁷³ Denn der Zweck der Aufnahme eines Baurechts als Grundstück ist die Be- 90

²⁶⁸ Vgl. oben Nr. 80.

²⁶⁹ Vgl. oben Nr. 81.

²⁷⁰ Vgl. zu diesem Erfordernis bei Unterlassungsklagen nach Art. 679 Abs. 1 ZGB oben Nr. 57.

²⁷¹ Vgl. oben Nr. 55.

²⁷² Vgl. DESCHENAUX, S. 71; HAAB, ZK, N 9 zu Art. 655 ZGB; HOMBERGER, ZK, N 12 zu Art. 943 ZGB; Urteil des Schwyzer Kantonsgerichts vom 19. Mai 1952, in: SJZ 50/1954, S. 195 f.

²⁷³ Vgl. zu dieser Fallgruppe des Rechtsmissbrauchs ganz allgemein BAUMANN, ZK, N 323 ff. zu Art. 2 ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, N 253 ff. zu Art. 2 ZGB; HÜRLEMANN-KAUP/SCHMID, Nr. 296a ff.

lastungsmöglichkeit des Baurechts mit Grundpfandrechten und Dienstbarkeiten²⁷⁴ und nicht die einseitige Herbeiführung der Anwendbarkeit von Art. 679 ZGB. Es wäre nach der hier vertretenen Meinung *stossend*, wenn durch die Aufnahme eines Baurechts als Grundstück mit Blick auf eine *konkrete Streitigkeit* die Anwendbarkeit der Kausalhaftung von Art. 679 ZGB herbeigeführt werden könnte.²⁷⁵ Die Rechtsfolge eines Rechtsmissbrauchs ist die *Rechtsschutzverweigerung*, wobei die Gerichte im Einzelfall entscheiden.²⁷⁶ Vorliegend bedeutet dies, dass das Baurecht zwar als Grundstück aufgenommen wird und auch mit Dienstbarkeiten und Grundpfandrechten belastet werden kann, aber auf die konkrete Immission nicht Art. 679 ZGB, sondern Art. 41 OR anwendbar und somit ein Verschulden des Grundeigentümers erforderlich ist.

- 91 Die *Anwendbarkeit* der *Kausalhaftung* von Art. 679 ZGB ist nach der hier vertretenen Meinung lediglich eine *Nebenfolge* der Aufnahme eines Baurechts als Grundstück ins Grundbuch. Daher ist es entgegen LIVER²⁷⁷ unschädlich, d.h. nicht rechtsmissbräuchlich, wenn die Aufnahme des Baurechts als Grundstück *unabhängig einer konkreten Immission* verlangt wird, da es diesfalls zwar auch möglich ist, dass der Bauberechtigte irgendwann in den Genuss der Kausalhaftung von Art. 679 ZGB kommt, aber es andererseits auch denkbar ist, dass er irgendwann nach Art. 679 ZGB haftet. Dies stellt einen angemessenen Interessenausgleich dar.

D. Sonderfragen

a) *Abgrenzung zwischen Art. 641 Abs. 2 und Art. 679 ZGB*

aa) *Rechtsprechung und Lehre*

- 92 Nach dem soeben Gesagten ist Art. 679 ZGB nur bei gewissen Baurechtsarten anwendbar. In diesen Fällen der grundsätzlichen Anwendbarkeit von Art. 679 ZGB stellt sich die Frage der Abgrenzung des Art. 679 von Art. 641 Abs. 2 ZGB. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist entscheidend, ob ein *unmittelbarer Substanzeingriff* in das betroffene Grundstück vorliegt. Ist

²⁷⁴ Vgl. oben Nr. 13.

²⁷⁵ Vgl. zu dieser Voraussetzung des Rechtsmissbrauchs ganz allgemein BGE 131 II 265 E. 4.2 S. 267.

²⁷⁶ BAUMANN, ZK, N 243 ff. zu Art. 2 ZGB; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 6 N 36.

²⁷⁷ LIVER, ZK, N 111 zu Art. 737 ZGB.

das der Fall, ist **Art. 641 Abs. 2 ZGB** anwendbar. Liegt indes nur eine *indirekte Einwirkung* vor, so hat **Art. 679 ZGB** als *lex specialis* den Vorrang gegenüber Art. 641 Abs. 2 ZGB.²⁷⁸ Demgegenüber unterscheidet HÜRLIMANN-KAUP Eingriffe als *ungewollte Folge* einer Eigentumsausübung i.S.v. Art. 679 ZGB von *gewollten Eingriffen* i.S.v. Art. 641 Abs. 2 ZGB.²⁷⁹

Der Abgrenzung zwischen Art. 641 Abs. 2 ZGB und Art. 679 ZGB kommt nach einem Teil der Lehre deshalb praktische Bedeutung zu, weil die *actio negatoria* gegen *jede ungerechtfertigte* Einwirkung offen ist, während die Rechtsbehelfe i.S.v. Art. 679 ZGB eine *übermässige Immission* voraussetzen.²⁸⁰ Zudem ist Art. 679 ZGB eine Kausalhaftung, während Art. 641 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 41 OR ein *Verschulden* verlangt.²⁸¹ Die Relevanz letzterer Unterscheidung ziehen ein Teil der Lehre und Rechtsprechung in Zweifel, da wegen des objektivierten Verschuldensbegriffs i.S.v. Art. 41 OR oft das gleiche Ergebnis wie bei Art. 679 ZGB erzielt werde.²⁸² 93

bb) Eigene Stellungnahme

Nach der hier vertretenen Ansicht ist der Ansatz von HÜRLIMANN-KAUP zur Abgrenzung von Art. 679 ZGB und Art. 641 Abs. 2 ZGB überzeugend und lässt sich in Anlehnung an die Vorsatzlehre der strafrechtlichen Doktrin wie folgt weiterentwickeln: Dort wird zwischen den *eigentlichen Handlungszielen*, den *Durchgangsstufen* zur Verwirklichung der Handlungsziele und den *Nebenfolgen* der Handlungsziele unterschieden.²⁸³ Es ist sachgerecht, dass Immissionen als eigentliche Handlungsziele oder Durchgangsstufen zur Verwirklichung der Handlungsziele nach Art. 641 Abs. 2 ZGB unabhängig ihrer Übermässigkeit unterlassen werden müssen, während dem Immissionen als unerwünschte Nebenfolgen des eigentlichen Handlungsziels nach Art. 679 94

²⁷⁸ Vgl. zum Ganzen BGE 131 III 505 E. 5.1 S. 508; 111 II 24 E. 2b S. 25 f.; STEINAUER, Band II, Nr. 2760.

²⁷⁹ HÜRLIMANN-KAUP, ZBJV, S. 524 f; ihr folgend SCHMID JÖRG, Nachbarrecht, S. 276.

²⁸⁰ HÜRLIMANN-KAUP, ZBJV, S. 523; SCHMID/BUTTLIGER, S. 315.

²⁸¹ Vgl. HAAB, ZK, N 1 zu Art. 679 ZGB; LIVER, ZK, N 120 zu Art. 737 ZGB; REY, Sachenrecht, Nr. 2050; SCHMID JÖRG, Nachbarrecht, S. 274; SCHMID/BUTTLIGER, a.a.O.; SUTTER-SOMM, Nr. 73.

²⁸² BGE 111 II 236 E. 3 S. 239 m.V. auf LIVER, ZK, N 120 zu Art. 737 ZGB; ferner ENDER, Nr. 236; Urteil des Freiburger Kantonsgerichts 101 2016 55 vom 30. Juni 2016 E. 4 in fine (Internetpublikation).

²⁸³ Vgl. NIGGLI/MAEDER, BSK, N 44 und N 46 f. zu Art. 12 StGB; STRATENWERTH, § 9 N 95, 97 und 99.

ZGB nur bei Übermässigkeit verboten sind. Dies daher, weil bei Immissionen als unerwünschte Nebenfolgen häufig Zustandsstörer und Zweckveranlasser haftbar gemacht werden,²⁸⁴ die im Gegensatz zu den Verhaltensstörern die Störung nicht in eigener Person verursachen und daher nicht für jede kleine Immission haften sollen.²⁸⁵

- 95 In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie es sich verhält, wenn Art. 679 ZGB von vornherein nicht anwendbar ist, z.B. i.d.R. bei den Grunddienstbarkeiten oder wenn das Baurecht als Personaldienstbarkeit nicht als Grundstück aufgenommen wurde.²⁸⁶ Diesfalls fallen auch die unerwünschten Nebenfolgen unter **Art. 641 Abs. 2 ZGB** als *lex generalis*.²⁸⁷ Fraglich ist, ob dann alle unerwünschten Nebenfolgen unabhängig ihrer Übermässigkeit verboten sind. Dies ist nach der hier vertretenen Meinung nicht der Fall. Denn: Wollte man anders entscheiden, könnte der Bauberechtigte bei den Personaldienstbarkeiten durch Aufnahme des Baurechts als Grundstück bewirken, dass Immissionen als unerwünschte Nebenfolgen nach Art. 679 ZGB zulässig sind, solange sie nicht übermässig sind. Demgegenüber müssten Immissionen als unerwünschte Nebenfolgen bei fehlender Aufnahme in das Grundbuch nach Art. 641 Abs. 2 ZGB stets unterlassen werden. Dies wäre nicht sachgerecht, weshalb *Immissionen als unerwünschte Nebenfolgen stets zulässig* sein müssen, d.h. auch bei Anwendbarkeit von Art. 641 Abs. 2 ZGB. Die hier vertretene Ansicht entspricht im Ergebnis derjenigen eines Teils der Lehre, der bei der Beurteilung der Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 641 Abs. 2 ZGB stets den Massstab von Art. 679 ZGB heranzieht, und zwar auch, wenn das Nachbarrecht nicht anwendbar ist.²⁸⁸
- 96 Die dargelegte Unterscheidung bedeutet freilich, dass dem *Verschulden* bei **Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 641 Abs. 2 ZGB** praktisch *keine eigenständige Bedeutung* zukommt. Denn: Ist Art. 641 Abs. 2 ZGB anwendbar, weil

²⁸⁴ Vgl. Urteil des BGer 5A_884/2012 vom 16. Mai 2013 Sachverhalt und E. 4.3.

²⁸⁵ Vgl. zu diesen Begriffen TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 56 N 31 ff. A.M. wohl SCHMID/BUTTLIGER, S. 315 (Keine Differenzierung zwischen verschiedenen Störern, da jeweils der «Störer» passivlegitimiert sei). Vgl. zur Übertragbarkeit der Begriffe ins Privatrecht Urteil des BGer 5A_884/2012 vom 16. Mai 2013 E. 4.3.

²⁸⁶ Vgl. dazu oben Nr. 75 und Nr. 78.

²⁸⁷ Vgl. zum *lex specialis* – *lex generalis* Verhältnis von Art. 679 ZGB und Art. 641 Abs. 2 ZGB oben Nr. 92.

²⁸⁸ ERNST, BSK, N 9 Vorbem. zu Art. 926–929 ZGB; WOLF/WIEGAND, BSK, N 63 zu Art. 641 ZGB.

die Eigentumsbeeinträchtigung vom Störer gewollt ist, liegt i.d.R. auch das Verschulden vor, ausser wenn der Störer urteilsunfähig ist und es an der subjektiven Seite des Verschuldens fehlt.²⁸⁹ Ferner bewirkt die dargelegte Unterscheidung, wonach nicht der Substanzeingriff, sondern der Willen des Störers entscheidend ist, dass die *Abgrenzung* zwischen Art. 641 Abs. 2 und Art. 679 ZGB *subjektiviert* wird. Als Folge treffen den Kläger zwar u.U. Beweisschwierigkeiten, da der Wille eine *innere Tatsache* darstellt.²⁹⁰ Doch sind hier die allgemeinen Grundsätze (*Indizienbeweis*) zum Beweis innerer Tatsachen zu beachten, weshalb dies nicht gegen die hier vertretene Ansicht eingewendet werden kann.²⁹¹

Schliesslich scheint auch dem Bundesgericht die hier vertretene Meinung nicht fremd zu sein: So wandte es in einem Fall des Deponierens von Material auf einem fremden Grundstück Art. 641 Abs. 2 ZGB an,²⁹² während dem es sich bei Laubfall auf ein fremdes Grundstück auf Art. 679 ZGB stützte.²⁹³ In beiden Fällen lagen als Ergebnis Sachen auf einem fremden Grundstück und eine unterschiedliche Behandlung dieser Vorgänge lässt sich nach der hier vertretenen Ansicht nur durch den anders gearteten Willen des Störers erklären. 97

Hinsichtlich der praktischen Bedeutung der Unterscheidung von Art. 41 OR und Art. 679 ZGB ist zu bemerken, dass es *materiell* zwar zutrifft, dass die beiden Bestimmungen wegen des objektivierten Verschuldensbegriffs oft zum selben Ergebnis führen. Doch ist erstens zu beachten, dass bei einer Klage i.S.v. **Art. 41 OR** das *Verschulden* und damit die Haftung wegen fehlender Urteilsfähigkeit entfallen kann, was bei **Art. 679 ZGB** *nicht der Fall* ist.²⁹⁴ Zweitens ist die Unterscheidung *in prozessualer Hinsicht* relevant: Nach einhelliger Meinung ist Art. 679 ZGB eine *Kausalhaftung eigener Art*, bei der sich der Störer *nicht* durch einen Sorgfaltsbeweis *befreien* kann.²⁹⁵ Denkt man 98

²⁸⁹ Vgl. zur subjektiven Seite des Verschuldens ganz allgemein statt aller FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 571.

²⁹⁰ Vgl. zum Willen als innere Tatsache ganz allgemein GROLIMUND, § 18 N 3.

²⁹¹ Vgl. zum Indizienbeweis und zur Beweisschwierigkeit innerer Tatsachen ganz allgemein GROLIMUND, a.a.O und § 18 N 17.

²⁹² Vgl. BGE 100 II 307 S. 309.

²⁹³ Vgl. BGE 131 III 505 E. 4.2 und E. 5.1 S. 507 f.

²⁹⁴ Vgl. dazu ganz allgemein FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 671; REY/WILDHABER, Nr. 79.

²⁹⁵ FELLMANN/KOTTMANN, Nr. 990; MEIER-HAYOZ, BK, N 15 zu Art. 679 ZGB; REY/WILDHABER, Nr. 1320.

sich eine Situation, in der zwar eine Störung vorliegt, nach dem objektivierten Verschuldensbegriff der Störer aber die geforderte Sorgfalt gewahrt hat, so gelingt dem Geschädigten bei Art. 41 OR der Verschuldensbeweis nicht, weshalb die Klage abgewiesen wird. Bei Anwendung von Art. 679 ZGB ist die Klage indes gutzuheissen, weil dem Störer hier kein Sorgfaltsbeweis offensteht. Insoweit bietet Art. 679 ZGB für den Geschädigten das *geringere Beweisrisiko* als Art. 41 OR, weshalb die Unterscheidung eben doch relevant ist.

4. Rechtsbehelfe aus dem Baurechtsvertrag i.S.v. Art. 97 ff. OR

A. Ansprüche auf Realerfüllung und Schadenersatz

- 99 Der Grundeigentümer und der Bauberechtigte sind Parteien des Baurechtsvertrags.²⁹⁶ Daher stellt sich die Frage, inwiefern die **Art. 97 ff. OR** auf den Baurechtsvertrag anwendbar sind. Der Baurechtsvertrag ist als Dienstbarkeitsvertrag ein *Schuldvertrag* und ein *Innominatkontrakt* (Vertrag sui generis), auf den nach Art. 7 ZGB der OR AT anwendbar ist.²⁹⁷ Sachenrechtliche Spezialvorschriften, die dem OR AT ggf. vorgehen,²⁹⁸ sind bei Vertragsverletzungen durch den Grundeigentümer nicht ersichtlich, weshalb die Art. 97 ff. OR nach der hier vertretenen Meinung anwendbar sind. Verletzt der Grundeigentümer seine Verpflichtungen aus dem Baurechtsvertrag i.S.v. Art. 779b ZGB, so steht dem Bauberechtigten zunächst ein Anspruch auf Realerfüllung zu (z.B. Beseitigung von abgelagertem Material), der u.U. mit einer *Ersatzvornahme* i.S.v. **Art. 98 Abs. 1 OR** durchsetzbar ist.²⁹⁹ Ist Realerfüllung nicht mehr möglich, kann der Bauberechtigte unter den Voraussetzungen von **Art. 97 Abs. 1 OR** *Schadenersatz* verlangen.³⁰⁰

²⁹⁶ Vgl. ISLER, S. 17 und S. 19; BALLIF, CR, N 5 zu Art. 779a ZGB.

²⁹⁷ ISLER, S. 21 f., S. 48 und S. 51; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1243 f.; a.M. RIEMER, Verträge des ZGB, S. 85, der den Dienstbarkeitsvertrag als Nominatvertrag bezeichnet, aber den OR AT dennoch anwenden will.

²⁹⁸ ISLER, S. 51; RIEMER, a.a.O.

²⁹⁹ ISLER, S. 132; vgl. auch FREIMÜLLER, S. 85.

³⁰⁰ ISLER, a.a.O.; FREIMÜLLER, a.a.O. Vgl. zum Verhältnis zwischen Realerfüllung und Schadenersatz ganz allgemein GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2488 ff.; SCHMID JÖRG, Realerfüllung, S. 592 ff.

B. Kündigungsrecht des Baurechtsvertrags

Es ist in Lehre und Rechtsprechung allgemein anerkannt, dass *Dauerverträge* aus *wichtigen Gründen vorzeitig aufgelöst* werden können, wobei dieser wichtige Grund gerade die Unzumutbarkeit weiterer Vertragsbindung (z.B. wegen einer schweren Vertragsverletzung) voraussetzt.³⁰¹ Fraglich ist, ob dieser allgemeine Grundsatz auch auf den Baurechtsvertrag anwendbar ist, der nach dem Gesagten ebenfalls einen Dauervertrag darstellt.³⁰² 100

Sachenrechtliche Spezialvorschriften, welche diesem Kündigungsrecht vorgehen, sind nach der hier vertretenen Meinung nicht ersichtlich. Sodann wäre es wertungsinkohärent, nur dem Grundeigentümer eine vorzeitige Auf Lösungsmöglichkeit durch das Kündigungsrecht oder den vorzeitigen Heimfall zu gewähren, nicht aber dem Bauberechtigten. Daher ist auch dem *Bauberechtigten* im Fall einer *schweren Vertragsverletzung* durch den Grundeigentümer ein *Recht zur vorzeitigen Vertragsauflösung* zuzugestehen. Ein Fall einer schweren Vertragsverletzung liegt nach der hier vertretenen Ansicht etwa vor, wenn der Grundeigentümer die Baute des Bauberechtigten abzurechen beginnt. Als Ausfluss der Vertragsfreiheit i.S.v. Art. 19 Abs. 1 OR bleibt es den Parteien des Baurechtsvertrags unbenommen, das vorzeitige Kündigungsrecht durch den Bauberechtigten vertraglich zu regeln und z.B. die Fälle zu konkretisieren, in denen ein wichtiger Grund für die vorzeitige Kündigung des Baurechts vorliegt.³⁰³ Im Einzelnen: 101

a) Kündigung mit Wirkung *ex nunc* statt *Rücktritt ex tunc*

Da als Folge eines Baurechtsvertrags nach dem Gesagten ein Dauerschuldverhältnis entsteht, hat der Bauberechtigte kein Rücktrittsrecht, sondern ein *Kündigungsrecht mit Wirkung ex nunc*, sobald das Baurecht begründet wurde.³⁰⁴ Somit erfolgt die Vertragsauflösung nur bez. der zukünftig zu erbrin 102

³⁰¹ BGE 138 III 304 E. 7 S. 319; 128 III 428 E. 3 S. 429; 122 III 262 E. 2a/aa S. 265; GAUCH, System, S. 173 ff.; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, N 691 zu Art. 18 OR m.w.Verw.; VENTURI-ZEN-RUFFINEN, Nr. 339 ff.

³⁰² ISLER/GROSS, BSK, N 26 zu Art. 779a ZGB; DIESELBEN, BSK, N 1 zu Art. 779f ZGB. Vgl. zum Dauervertrag und zum Dauerschuldverhältnis allgemein MÜLLER, BK, N 136, Einleitung in das OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 263; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Nr. 90; TERCIER/BIERI/CARRON, Nr. 366 ff.

³⁰³ Vgl. ISLER/GROSS, BSK, N 2 zu Art. 779f ZGB.

³⁰⁴ Vgl. dazu ganz allgemein BGE 123 III 124 E. 3b S. 127; grundlegend GAUCH, System, S. 209 ff.

genden Leistungen.³⁰⁵ Indes lässt die Lehre *ausnahmsweise* auch bei Dauer-
verträgen einen *Rücktritt mit Wirkung ex tunc* zu, wenn die bereits erhaltene
Leistung für den Gläubiger keinen Wert hat, der Gläubiger für die Dauer, in
welcher diese Leistung erbracht wurde, den Vertrag nicht abgeschlossen hätte
oder wenn der Gläubiger bereits eine erhebliche Vorleistung erbracht hat.³⁰⁶
In der vorliegenden Konstellation ist nach der hier vertretenen Auffassung
ein Rücktritt mit Wirkung ex tunc etwa dann denkbar, wenn das Baurecht
für den Bauberechtigten wegen vom Grundeigentümer verursachten Mängeln
am Baugrund wertlos ist, der Bauberechtigte für die Dauer bis zur Pflicht-
verletzung des Grundeigentümers den Baurechtsvertrag nicht abgeschlossen
hätte oder er schon eine erhebliche Summe an Baurechtszins bezahlt hat. In
diesen Ausnahmefällen hat der Bauberechtigte ein Rücktrittsrecht mit der
Folge, dass der Grundeigentümer bereits bezahlte Baurechtszinsen zurück-
erstaten muss.

b) *Ausübung und Rechtsfolgen des Kündigungsrechts*

- 103 Nach allgemeinen Grundsätzen ist dieses Kündigungsrecht ein *Gestaltungs-
recht*,³⁰⁷ das durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung des Bau-
berechtigten auszuüben ist.³⁰⁸ Nach der *Umwandlungstheorie* des Bundes-
gerichts und der herrschenden Lehre wird der Baurechtsvertrag dadurch in
ein vertragliches Liquidationsverhältnis umgestaltet.³⁰⁹ Dies bedeutet nach
der hier vertretenen Meinung, dass der Grundeigentümer eine *vertragliche
Forderung auf Abgabe einer Löschungserklärung* bezüglich des Baurechts
(**Art. 964 Abs. 1 ZGB**) durch den Bauberechtigten hat.³¹⁰ Aufgrund der Lö-
schung des Baurechts lebt das Akzessionsprinzip i.S.v. Art. 667 Abs. 2 ZGB

³⁰⁵ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2815; SCHENKER, Nr. 817; WIEGAND, BSK, N 10 zu Art. 109 OR.

³⁰⁶ BUCHER, S. 385; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O.; SCHENKER, Nr. 816; WIEGAND, a.a.O.

³⁰⁷ Vgl. zum Kündigungsrecht als Gestaltungsrecht statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 65 und 72 m.w.H.

³⁰⁸ Vgl. zum Begriff der Willenserklärung und der Empfangsbedürftigkeit GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 168 ff. und Nr. 193 ff., insb. Nr. 194 mit Fn. 125; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK, N 20 ff. und N 129 zu Art. 1 OR.

³⁰⁹ Grundlegend BGE 114 II 152 E. 2c/aa S. 157; 129 III 264 E. 4.1 S. 269; 130 III 504 E. 6.4 S. 512; BUCHER, S. 377 f.; GAUCH, System, S. 207 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1572 ff.; HUGUENIN, Nr. 960.

³¹⁰ Vgl. ausführlich unten Nr. 122 f.

wieder auf, weshalb die Bauten ins Eigentum des Grundeigentümers fallen.³¹¹ Daher steht dem Bauberechtigten eine *vertragliche Forderung auf angemessene Entschädigung dieser Bauten* zu. Für die Bemessung dieser Entschädigung ist **Art. 779g Abs. 1 ZGB** nach der hier vertretenen Auffassung *analog* anzuwenden, da die Situation der Kündigung des Baurechtsvertrags mit derjenigen des vorzeitigen Heimfalls wertungsmässig vergleichbar ist. Denn es erfolgt beide Male eine vorzeitige Auflösung des Baurechtsvertrags.³¹² Daher ist für die Bemessung der Entschädigung insb. der Verkehrswert der Bauten zu beachten.³¹³ Diese vertraglichen Forderungen verjähren nach **Art. 127 Abs. 1 i.V.m. Art. 130 Abs. 1 OR** in *zehn Jahren seit Fälligkeit*, d.h. seit Ausübung des Kündigungsrechts durch den Bauberechtigten.³¹⁴

c) *Recht zur Übertragung des Baurechts auf den Grundeigentümer*

Schliesslich ist zu prüfen, ob der Bauberechtigte anstelle der Löschung des Baurechts *alternativ* auch die *Übertragung des Baurechts* auf den Grundeigentümer *verlangen* kann. Dies ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Parteien dies vertraglich vorgesehen haben.³¹⁵ Auf solche Rechte ist Art. 779f ZGB nicht direkt anwendbar.³¹⁶ Doch gibt es nach der hier vertretenen Meinung auch bei Fehlen einer vertraglichen Regelung Fälle, in denen der Bauberechtigte die Übertragung des Baurechts auf den Grundeigentümer verlangen können muss. Denn: Ist das Baurecht als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen und entweder mit Dienstbarkeiten oder mit Grundpfandrechten belastet, kann der Bauberechtigte die Löschung des Baurechts nicht alleine bewirken, da nach Art. 964 Abs. 1 ZGB diesfalls die Zustimmung des Dienstbarkeitsberechtigten oder des Grundpfandgläubigers erforderlich ist.³¹⁷

104

³¹¹ PIOTET PAUL, SPR, S. 601; vgl. auch HENGGELER, S. 92; ISLER/GROSS, BSK, N 1 zu Art. 779c ZGB.

³¹² Vgl. zum Analogieschluss ganz allgemein HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Nr. 207 ff.; KRAMER, S. 226 ff.

³¹³ Vgl. zu diesem Kriterium für die Bemessung der Heimfallsentschädigung HENGGELER, S. 181 m.w.Verw.

³¹⁴ Vgl. HENGGELER, S. 148 f., der für die Verjährung der ordentlichen Heimfallsentschädigung i.S.v. Art. 779d ZGB Art. 127 Abs. 1 i.V.m. Art. 130 Abs. 1 OR (zehn Jahre seit Ablauf der Baurechtsdauer) anwenden will. Gl.M. PIOTET PAUL, SPR, S. 602; a.M. FREIMÜLLER, S. 90 mit Fn. 9.

³¹⁵ ISLER/GROSS, BSK, N 2 zu Art. 779c ZGB.

³¹⁶ ISLER/GROSS, a.a.O.

³¹⁷ Vgl. zu diesem Zustimmungserfordernis allgemein BGE 118 II 115 E. 2 S. 118; HENGGELER, S. 73 f.

Liegt nun eine schwere Pflichtverletzung vor, könnte sich der Bauberechtigte wegen des genannten Zustimmungserfordernisses nicht vom Baurechtsvertrag lösen. Wegen der schweren Pflichtverletzung müsste dies nach der hier vertretenen Meinung wertungsmässig indes möglich sein. Aus den Materialien folgt, dass der Bauberechtigte mit der Einführung von Art. 779f ZGB vor der missbräuchlichen Abrede von Kaufrechten geschützt werden sollte, mit welchen der Grundeigentümer schon bei geringen Pflichtverletzungen des Bauberechtigten das Baurecht selbst erwerben könnte.³¹⁸ Indes ist es nicht Zweck von Art. 779f ZGB, dem Bauberechtigten bei einer schweren Pflichtverletzung durch den Grundeigentümer die vorzeitige Auflösung des Baurechtsvertrags zu verwehren. Als vorzeitige Lösungsmöglichkeit besteht die Kündigung aus wichtigem Grund, die nach dem Gesagten allgemein gilt und deshalb keiner eigenen Regelung in den Art. 779ff. ZGB bedurfte. Im soeben dargelegten Fall der erforderlichen Zustimmung eines Dritten zur Löschung des Baurechts kann diese Kündigung jedoch nicht vollzogen werden. Diesfalls liegt nach der hier vertretenen Meinung eine *Lücke* vor, die durch *analoge Anwendung von Art. 779f ZGB* zu schliessen ist. Der Bauberechtigte kann somit die Übertragung des Baurechts auf den Grundeigentümer gegen angemessene Entschädigung der Bauten verlangen.

5. Ausservertragliche Schadenersatzansprüche

- 105 Neben den vertraglichen Rechtsbehelfen kann der Bauberechtigte auch nach **Art. 41 Abs. 1 OR** vom Grundeigentümer Schadenersatz verlangen.³¹⁹ Wie erwähnt, ist diese Bestimmung dann relevant, wenn Art. 679 ZGB nicht anwendbar ist, z.B. bei einer Grunddienstbarkeit oder bei einer Personaldienstbarkeit, die nicht als Grundstück aufgenommen ist.³²⁰ Sodann haftet der Grundeigentümer nach der hier vertretenen Meinung u.U. nach **Art. 58 Abs. 1 OR**, z.B. wenn die Liegenschaft nur teilweise mit dem Baurecht belastet ist und der Bauberechtigte durch hinunterfallende Ziegel von Bauten des Grundeigentümers auf der Liegenschaft geschädigt wird.

³¹⁸ Botschaft Baurecht, S. 980 und S. 988; vgl. auch EGGEN, Revision, S. 246; FREIMÜLLER, S. 81; FRIEDRICH, Neuordnung, S. 18; HENGGELER, S. 152 f.; ISLER, S. 126; LIVER, Baurechtsdienstbarkeit, S. 378 und S. 383 f.

³¹⁹ ISLER, S. 132; vgl. auch BGE 73 II 27 E. 2 S. 34 f.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1227.

³²⁰ Vgl. oben Nr. 95 ff.

V. Die Abwehransprüche des Grundeigentümers

Nach einem Überblick über die sachenrechtlichen Abwehransprüche des Grundeigentümers (1.), werden die Ansprüche aus dem Baurechtsvertrag (2.) und die ausservertraglichen Ansprüche behandelt (3.). Schliesslich wird die Anwendbarkeit des vorzeitigen Heimfalls auf die verschiedenen Baurechte und das Verhältnis zur Kündigung aus wichtigem Grund beleuchtet (4.). 106

1. Die sachenrechtlichen Abwehransprüche

Da die sachenrechtlichen Abwehransprüche des Grundeigentümers inhaltlich weitgehend identisch sind wie mit denjenigen des Bauberechtigten, kann hierfür auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen werden.³²¹ Hier sind einige Bemerkungen zu Besonderheiten am Platz. 107

A. Die actio negatoria i.S.v. Art. 641 Abs. 2 ZGB

Als Eigentümer des baurechtsbelasteten Grundstücks ist der Grundeigentümer zur actio negatoria i.S.v. Art. 641 Abs. 2 ZGB aktivlegitimiert, wenn der Bauberechtigte sein Baurecht pflichtwidrig ausübt.³²² Hierbei geht es um die Verletzung von Vertragsbestimmungen mit *dinglicher Wirkung* i.S.v. **Art. 779b Abs. 1 ZGB**,³²³ d.h. solche, die den Grundeigentümer verpflichten, einen Eingriff in sein Eigentumsrecht zu *dulden*.³²⁴ Beispiele sind etwa Bestimmungen über räumliche Ausdehnung und Gestaltung der Baute.³²⁵ Bei der Prüfung, ob ein Eingriff ungerechtfertigt ist, ist der *Baurechtsvertrag* als *möglicher Rechtfertigungsgrund* auszulegen.³²⁶ Eine Verletzung einer dinglichen Vertragsbestimmung liegt z.B. vor, wenn der Bauberechtigte eine Fabrik 108

³²¹ Vgl. oben Nr. 29 ff.

³²² FREIMÜLLER, S. 85; ISLER, S. 131 f.

³²³ Urteil des BGer 5C.269/2001 vom 6. März 2002 E. 4b; FREIMÜLLER, S. 51; FRIEDRICH, Neuordnung, S. 10 ff.

³²⁴ ISLER/GROSS, BSK, N 3 zu Art. 779b ZGB; ISLER, S. 95; RIEMER, Baurecht, S. 78.

³²⁵ ISLER/GROSS, BSK, N 4 f. zu Art. 779b ZGB; ISLER, a.a.O.; RIEMER, Baurecht, S. 77.

³²⁶ Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 672.

anstelle einer Lagerhalle errichtet.³²⁷ Diesfalls kann der Grundeigentümer die *Beseitigung der vertragswidrigen Baute* verlangen, wenn dies nicht rechtsmissbräuchlich ist. Daher muss der Grundeigentümer *Einspruch* erheben, sobald die Vertragswidrigkeit der Baute *erkennbar* wird.³²⁸ *Passivlegitimiert* ist der *Bauberechtigte*, wenn er in eigener Person stört oder er Störungen durch Unterbauberechtigte oder Mieter der Baurechtsbaute duldet.³²⁹

B. Der Besitzerschutz i.S.v. Art. 926 ff. ZGB und der Besitzesrechtsschutz

- 109 Als Eigentümer des belasteten Grundstücks ist der Grundeigentümer mittelbarer, selbständiger Besitzer i.S.v. **Art. 920 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 937 Abs. 2 ZGB** und daher zu den Rechtsbehelfen des *Besitzesschutzes* aktivlegitimiert.³³⁰ Bei der Prüfung der verbotenen Eigenmacht ist der *Baurechtsvertrag* i.S.v. Art. 779b ZGB als *möglicher Rechtfertigungsgrund* auszulegen.³³¹ Der Bauberechtigte ist *passivlegitimiert*, wenn er in eigener Person stört, aber auch bei Duldung von Störungen durch Unterbauberechtigte oder Mieter der Baurechtsbaute, sofern er zu deren Verhinderung verpflichtet wäre.³³² Da der Grundeigentümer als Eigentümer des baurechtsbelasteten Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist, kann er sich nach **Art. 937 Abs. 1 ZGB** auf die Eigentumsvermutung berufen und ist zur *Klage aus dem Bucheintrag* aktivlegitimiert.³³³

C. Die nachbarrechtlichen Rechtsbehelfe

- 110 Der Grundeigentümer ist zu den nachbarrechtlichen Rechtsbehelfen i.S.v. **Art. 679 ff. ZGB** aktivlegitimiert,³³⁴ soweit zwischen ihm und dem Bauberechtigten ein *Nachbarschaftsverhältnis besteht*, was nach dem Gesagten beim Überbaurecht und den Baurechtsgrundstücken zu bejahen, bei den Grunddienst-

³²⁷ ISLER/GROSS, BSK, N 4 zu Art. 779b ZGB.

³²⁸ Vgl. zum Ganzen BALLIF, Le droit de superficie, Nr. 219 f.; FREIMÜLLER, S. 57 f.; ISLER/GROSS, BSK, N 4 zu Art. 779b ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 117 zu Art. 641 ZGB.

³²⁹ Vgl. oben Nr. 39.

³³⁰ ISLER, S. 132.

³³¹ Vgl. zum Vertrag als Rechtfertigungsgrund ganz allgemein SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 220.

³³² Vgl. oben Nr. 49 und Nr. 51.

³³³ Vgl. dazu ganz allgemein SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 600 f. und Nr. 608.

³³⁴ HITZ, Nr. 81 m.v.Verw.; MEIER-HAYOZ, BK, N 15 zu Art. 675 ZGB; SIMONIUS/SUTTER, Band II, § 4 N 28.

barkeiten i.d.R. zu verneinen ist.³³⁵ Passivlegitimiert ist der Bauberechtigte, der auch für Schäden haftet, die Mieter oder Pächter der Baute verursachen.³³⁶

2. Ansprüche aus dem Baurechtsvertrag

A. Ansprüche auf Realerfüllung und Schadenersatz

Bei Verletzung *obligatorischer* Vertragsbestimmungen, d.h. solcher, die den Bauberechtigten zu einem *Handeln* oder *Unterlassen* verpflichten,³³⁷ hat der Grundeigentümer einen Anspruch auf *Realerfüllung*, der u.U. mit einer *Ersatzvornahme* i.S.v. **Art. 98 Abs. 1 OR** durchgesetzt werden kann.³³⁸ Beispiele sind etwa die Verletzung der Pflicht zu korrektem Gebäudeunterhalt oder der Pflicht, kein Material auf den unbebauten Flächen zu lagern.³³⁹ Ist Realerfüllung unmöglich, hat der Grundeigentümer eine *Schadenersatzforderung* i.S.v. **Art. 97 Abs. 1 OR**.³⁴⁰ 111

B. Haftung des Bauberechtigten für Ausübungsgehilfen i.S.v. Art. 101 OR

Gelegentlich findet sich in der Lehre die Aussage, dass der Bauberechtigte beim Besitzschutz und im Nachbarrecht auch für Unterbauberechtigte sowie für Mieter und Pächter hafte, denen er die Baurechtsbaute zum Gebrauch überlassen hat.³⁴¹ Zu prüfen ist, ob eine solche Haftung auch gestützt auf den Baurechtsvertrag besteht. Diese Frage wird in der Lehre – soweit ersichtlich – nicht beantwortet. Nach der hier vertretenen Auffassung besteht eine solche Haftung dann, wenn der Tatbestand von **Art. 101 Abs. 1 OR** erfüllt ist,³⁴² da der *Unterbauberechtigte* sowie der *Mieter* und *Pächter* der 112

³³⁵ Vgl. oben Nr. 74 f. und Nr. 81.

³³⁶ Vgl. oben Nr. 58.

³³⁷ ISLER/GROSS, BSK, N 3 zu Art. 779b ZGB; ISLER, S. 97 ff. und S. 132, RIEMER, Baurecht, S. 82 f.

³³⁸ FREIMÜLLER, S. 86; ISLER, S. 132. Vgl. zur Realerfüllung GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2488 ff.

³³⁹ ISLER/GROSS, BSK, N 8 zu Art. 779b ZGB; ISLER, S. 98 f. und S. 132; RIEMER, Baurecht, S. 83.

³⁴⁰ FREIMÜLLER, S. 85; ISLER, S. 132. Vgl. zur Verletzung dinglicher Vertragsbestimmungen oben Nr. 108.

³⁴¹ Vgl. oben Nr. 51 und Nr. 58 und Nr. 109.

³⁴² Vgl. zu den Voraussetzungen von Art. 101 OR statt aller GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 3016 ff.

Baurechtsbaute *Ausübungsgehilfen* des Bauberechtigten sind. Zwar ist der wichtigste Anwendungsfall des Ausübungsgehilfen die Überlassung geliehener, gemieteter oder gepachteter Sachen an Dritte, d.h. die Ausübung obligatorischer Rechte.³⁴³ Doch weist SPIRO darauf hin, dass auch ein Nutzniesser dem Eigentümer für Personen haftet, denen er die Sache zum Gebrauch überlassen hat, obwohl die Nutzniessung ein dingliches Recht ist, neben der – bei vertraglicher Begründung – ein Schuldverhältnis fortbesteht.³⁴⁴

- 113 Dieser Ansicht ist nach der hier vertretenen Meinung *beizupflichten*: Der Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 OR spricht *ohne Rücksicht auf die Rechtsnatur* von einem Recht aus einem Schuldverhältnis und es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich eine Differenzierung zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten rechtfertigen soll. Somit kann das Recht aus einem Schuldverhältnis auch ein Baurecht als dingliches Recht sein, da aus einem Baurechtsvertrag ein Schuldverhältnis entsteht,³⁴⁵ das nach dem Kausalitätsprinzip den Rechtsgrund für die Entstehung des Baurechts bildet.³⁴⁶ Der Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 OR verlangt nur, dass die Ausübung eines Rechts aus einem Schuldverhältnis durch eine Hilfsperson vorgenommen wird. Daher ist es unerheblich, welcher Rechtsnatur diese Vornahme ist, ob sie auf einem obligatorischen (z.B. Miete), einem dinglichen Recht (z.B. Unterbaurecht) oder einer prekaristischen Gestattung³⁴⁷ beruht. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Bauberechtigte dem Grundeigentümer für alle Personen haftet, denen er das baurechtsbelastete Grundstück zum Gebrauch überlassen hat.

3. Ausservertragliche Schadenersatzansprüche

- 114 Der Grundeigentümer hat ggf. nach **Art. 41 Abs. 1 OR** eine ausservertragliche Schadenersatzforderung gegen den Bauberechtigten.³⁴⁸ Als Eigentü-

³⁴³ BGE 130 III 591 E. 5.2 S. 601; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 3031; SPIRO, S. 147; VON TUHR/ESCHER, S. 128.

³⁴⁴ SPIRO, S. 153 f.; vgl. auch VON TUHR/ESCHER, S. 128 mit Fn. 34, die, m.V. auf LEEMANN, BK, N 9 zu Art. 758 ZGB, Art. 101 OR analog anwenden wollen.

³⁴⁵ Vgl. zum Begriff des Schuldverhältnisses statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 115 ff.

³⁴⁶ Vgl. dazu ISLER, S. 48; vgl. zum Kausalitätsprinzip allgemein SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 74 ff.

³⁴⁷ Vgl. zur prekaristischen Gestattung ganz allgemein SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1202.

³⁴⁸ FREIMÜLLER, S. 85; ISLER, S. 132; vgl. zu Art. 41 Abs. 1 OR allgemein WERRO, CR, N 6 ff. zu Art. 41 OR.

mer der Baurechtsbaute haftet der Bauberechtigte dem Grundeigentümer bei einem Werkmangel auch nach **Art. 58 Abs. 1 OR**.³⁴⁹

4. Der vorzeitige Heimfall i.S.v. Art. 779f ZGB

A. Allgemeines

Verletzt der Bauberechtigte seine vertraglichen Verpflichtungen oder überschreitet er sein dingliches Recht in grober Weise, kann der Grundeigentümer nach **Art. 779f ZGB** die Übertragung des Baurechts mit allen Rechten und Lasten auf sich selber verlangen. Im Einzelnen: 115

a) Tatbestand

Art. 779f ZGB verlangt zunächst eine *grobe Pflichtverletzung* des Bauberechtigten, wobei es sich entweder um eine *Überschreitung des dinglichen Rechts*, d.h. einen Verstoss gegen den vertraglich geregelten Umfang und Inhalt des Baurechts, oder um die *Verletzung einer obligatorischen Abrede* (z.B. betr. Gebäudeunterhalt) handeln kann.³⁵⁰ 116

Sodann hat der Grundeigentümer den vorzeitigen Heimfall fristgerecht geltend zu machen.³⁵¹ Im Gesetz fehlt eine Frist, was nach einhelliger Meinung eine *echte Lücke* ist.³⁵² Während ein Teil der Lehre eine sofortige Anzeige des Heimfalls fordert (Art. 107 und Art. 214 Abs. 2 OR analog),³⁵³ weist ein anderer Teil zu Recht auf die Ähnlichkeit zum Kaufrecht hin und sieht eine *Verwirkungsfrist von drei Monaten* seit Kenntnis der Pflichtverletzung vor (**Art. 681a Abs. 2 ZGB; Art. 216e OR analog**).³⁵⁴ Zudem ist nach dieser Meinung die *Verjährungsfrist von zehn Jahren* seit Pflichtverletzung zu beachten (**Art. 127 i.V.m. Art. 130 Abs. 2 OR**).³⁵⁵ Die Art. 779f und 779g ZGB sind 117

³⁴⁹ HAAB, ZK, N 10 zu Art. 675 ZGB; REY/STREBEL, BSK, N 5 zu Art. 675 ZGB.

³⁵⁰ Botschaft Baurecht S. 988; ISLER, S. 128; HENGGELER, S. 163 ff.; STEINAUER, Band III, Nr. 2540.

³⁵¹ BALLIF, CR, N 7 zu Art. 779f ZGB; ISLER, S. 130; HENGGELER, S. 170; PIOTET PAUL, SPR, S. 604.

³⁵² HENGGELER, a.a.O.; PIOTET PAUL, a.a.O.; vgl. auch FREIMÜLLER, S. 82 f.; ISLER, a.a.O.

³⁵³ FREIMÜLLER, S. 83; ISLER, a.a.O.; ISLER/GROSS, BSK, N 10 zu Art. 779f ZGB; STEINAUER, Band III, Nr. 2542.

³⁵⁴ HENGGELER, S. 171; PIOTET DENIS, SPR, Nr. 465; PIOTET PAUL, SPR, S. 604 mit Fn. 46.

³⁵⁵ HENGGELER, S. 174; vgl. auch STEINAUER, Band III, Nr. 2542.

sodann bez. der *materiellen Voraussetzungen zwingend*, sodass der vorzeitige Heimfall nicht für leichte Pflichtverletzungen vereinbart werden kann.³⁵⁶

- 118 Schliesslich besteht das Heimfallsrecht nur gegen *angemessene Entschädigung*, wobei das *schuldhafte* Verhalten des Bauberechtigten bei der Bemessung als *Herabsetzungsgrund* berücksichtigt werden kann.³⁵⁷ Die Übertragung des Baurechts setzt die Bezahlung oder Sicherstellung der Entschädigung voraus (**Art. 779g Abs. 1 und 2 ZGB**).

b) *Rechtsfolgen*

- 119 Sind die beschriebenen Elemente erfüllt, kann der Grundeigentümer das Heimfallsrecht mit *formloser, einseitiger Willenserklärung* ausüben.³⁵⁸ Diesfalls muss der Bauberechtigte das Baurecht mit den Rechten und Lasten (z.B. Pfandrechte) auf den Grundeigentümer übertragen (Art. 779f ZGB).³⁵⁹ Dies erfolgt bei den Baurechtsgrundstücken mit öffentlicher Urkunde und Grundbucheintragung, ansonsten mit schriftlicher Erklärung des Bauberechtigten.³⁶⁰ Weigert sich der Bauberechtigte, kann der Grundeigentümer den vorzeitigen Heimfall u.a. mit *der Gestaltungsklage* i.S.v. **Art. 665 Abs. 1 ZGB** gerichtlich bewirken.³⁶¹ Mit dem vorzeitigen Heimfall geht das Baurecht nicht unter, sondern besteht als *Eigentümergebrauch* fort.³⁶² Will der Eigentümer die Dienstbarkeit löschen lassen, ist die *Zustimmung* der Personen nötig, die ein beschränktes dingliches Recht (z.B. Grundpfandrecht) am Baurecht haben (**Art. 964 ZGB**).³⁶³

³⁵⁶ Botschaft Baurecht, S. 388; FRIEDRICH, Neuordnung, S. 4; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1406 m.w.Verw.

³⁵⁷ Botschaft Baurecht, a.a.O.; EGGEN, Bundesgesetz, S. 279; HENGGELER, S. 176 f.; ISLER, S. 128 f.

³⁵⁸ HENGGELER, S. 175; a.M. ISLER/GROSS, BSK, N 11 zu Art. 779f ZGB, die Schriftlichkeit verlangen.

³⁵⁹ HENGGELER, S. 192 m.w.H.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1408; STEINAUER, Band III, Nr. 2543.

³⁶⁰ HENGGELER, S. 188; ISLER, S. 131; vgl. zur Anwendung des vorzeitigen Heimfalls auf die diversen Baurechte hinten Nr. 120 ff.; a.M. BALLIF, CR, N 10 zu Art. 779f ZGB; FREIMÜLLER, S. 84 f. (Schriftlichkeit genügt).

³⁶¹ HENGGELER, S. 190; ISLER/GROSS, BSK, N 11 zu Art. 779f ZGB; FREIMÜLLER, S. 85 m.V. auf Art. 166 OR.

³⁶² ISLER, S. 131; ISLER/GROSS, BSK, N 12 zu Art. 779f ZGB; SIMONIUS/SUTTER, Band II, § 4 N 45.

³⁶³ Botschaft Baurecht, S. 987 f.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1408; STEINAUER, Band III, Nr. 2544.

B. Anwendbarkeit auf übertragbare Personaldienstbarkeiten

Der vorzeitige Heimfall i.S.v. Art. 779f ZGB ist jedenfalls auf Baurechte als *übertragbare Personaldienstbarkeiten* anwendbar.³⁶⁴ Nach dem Gesagten ist der Baurechtsvertrag ein Dauer- und ein Innominatvertrag, auf den der OR AT anwendbar ist.³⁶⁵ Daher ist das Verhältnis zwischen dem vorzeitigen Heimfall und dem Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zu prüfen.

a) *Verhältnis zum Kündigungsrecht aus wichtigem Grund*

aa) Lehrmeinungen

Nach einem Teil der Lehre ist ein Rücktritt i.S.v. Art. 107 OR nur im obligatorischen Stadium, d.h. vor Eintragung des Baurechts ins Grundbuch, möglich, nachher sei die Möglichkeit eines «Rücktritts» durch den vorzeitigen Heimfall i.S.v. Art. 779f ZGB geregelt.³⁶⁶ HARTMANN weist darauf hin, dass sich auch beim Baurechtsvertrag als Vertrag über die Begründung eines dinglichen Rechts die Frage nach den sachenrechtlichen Folgen einer Vertragsauflösung stellt.³⁶⁷ Nachfolgend werden zunächst die Rechtsfolgen des Kündigungsrechts beim Baurechtsvertrag erläutert (aa.) und danach sein Verhältnis zum vorzeitigen Heimfall geklärt (bb.).

bb) Eigene Lösung

aaa) *Rechtsfolgen des Kündigungsrechts aus wichtigem Grund*

Nach dem Gesagten wird bei Dauerverträgen der Rücktritt durch eine Kündigung ersetzt, sobald das Dauerschuldverhältnis in Vollzug gesetzt wurde. Dabei wird der Vertrag in ein *vertragliches Liquidationsverhältnis umgewandelt*.³⁶⁸ In diesem Stadium gibt es u.a. *Abwicklungspflichten*, wie die Rückgabe des Vertragsgegenstandes.³⁶⁹

³⁶⁴ FREIMÜLLER, S. 83; HENGGELER, S. 155; ISLER, S. 127; STEINAUER, Band III, Nr. 2520.

³⁶⁵ Vgl. oben Nr. 99.

³⁶⁶ ISLER, S. 51 und S. 126; ISLER/GROSS, BSK, N 4 zu Art. 779f ZGB.

³⁶⁷ HARTMANN, Nr. 91.

³⁶⁸ Vgl. zum Ganzen oben Nr. 102 f.

³⁶⁹ GAUCH, System, S. 203 und S. 212 f.; MIDDENDORF, Nr. 65 ff.; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Nr. 131 f.

- 123 Durch Begründung des Baurechts wird das Akzessionsprinzip für die Baurechtsdauer durchbrochen.³⁷⁰ Bei Beendigung des Baurechtsvertrags durch Kündigung ist das Akzessionsprinzip nach der hier vertretenen Meinung durch Löschung des Baurechts *für die Zukunft (ex nunc) wiederherzustellen*, wird doch durch den Baurechtsvertrag ein noch nicht existentes Baurecht *begründet* und *nicht* ein bestehendes *übertragen*.³⁷¹ Das Akzessionsprinzip wird indes nur durch Löschung und nicht durch Übertragung des Baurechts hergestellt. Denn: Beim vorzeitigen Heimfall besteht das Baurecht als Eigentümerdienstbarkeit fort.³⁷² Damit ist der Grundeigentümer zwar *Eigentümer* der *Baurechtsbaute*, aber nicht, weil er Eigentümer des Bodens, sondern weil er *Dienstbarkeitsberechtigter* aus der Eigentümerdienstbarkeit ist.³⁷³ Auch nach Ausübung des vorzeitigen Heimfalls ist das Akzessionsprinzip durchbrochen, weshalb die Wiederherstellung desselben nur durch eine Kündigung im hier verstandenen Sinn erfolgen kann.

Somit entsteht mit Ausübung des Kündigungsrechts nach der hier vertretenen Meinung eine vertragliche Forderung des Grundeigentümers auf *Abgabe einer Löschungserklärung* i.S.v. **Art. 964 ZGB** durch den Bauberechtigten und eine vertragliche Forderung des Bauberechtigten auf *angemessene Entschädigung der Baurechtsbaute*. Die Abgabe der Löschungserklärung kann nach allgemeinen Grundsätzen mit *Leistungs- oder Gestaltungsklage* durchgesetzt werden.³⁷⁴ Zur Bemessung der Entschädigung ist **Art. 779g Abs. 1 ZGB analog** heranzuziehen.³⁷⁵

bbb) Verhältnis zum vorzeitigen Heimfall

- 124 Nach dem Gesagten ist die Rücktrittsmöglichkeit nach Begründung des Baurechts nach einem Teil der Lehre durch den vorzeitigen Heimfall geregelt.³⁷⁶ Damit wird wohl implizit gesagt, dass der vorzeitige Heimfall i.S.v. Art. 779f

³⁷⁰ Vgl. oben Nr. 5.

³⁷¹ Davon ist der Vertrag auf Übertragung eines bestehenden Baurechts zu unterscheiden, der bei Baurechtsgrundstücken ein Grundstückkaufvertrag, ansonsten ein pactum de cedendo ist. Vgl. dazu allgemein ISLER/GROSS, BSK, N 26d zu Art. 779 ZGB; vgl. zum pactum de cedendo GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 3411.

³⁷² Vgl. oben Nr. 119.

³⁷³ Vgl. zur Doppelstellung des Bauberechtigten oben Nr. 6.

³⁷⁴ Vgl. HENGELER, S. 75; LIVER, ZK, N 90 zu Art. 734 ZGB; STEINAUER, Band II, Nr. 3387 m.w.Verw.

³⁷⁵ Vgl. bereits oben Nr. 103.

³⁷⁶ Vgl. oben Nr. 121.

ZGB *lex specialis* zum Kündigungsrecht aus wichtigem Grund sei und daher Letzterem vorgehe. Diese Ansicht verdient nach der hier vertretenen Meinung nur *teilweise Zustimmung*: Allgemein liegt ein Spezialitätsverhältnis vor, wenn sämtliche Sachverhalte, die unter die *lex specialis* subsumierbar sind, auch unter die *lex generalis* fallen.³⁷⁷ Nach dem Gesagten setzt der vorzeitige Heimfall eine grobe Pflichtverletzung des Bauberechtigten,³⁷⁸ das Kündigungsrecht einen wichtigen Grund voraus.³⁷⁹ Dieser wichtige Grund kann auch eine grobe Pflichtverletzung des Bauberechtigten sein.³⁸⁰ Daraus folgt, dass in sämtlichen Fällen, in denen eine grobe Pflichtverletzung zum vorzeitigen Heimfall berechtigt, zugleich ein wichtiger Grund für eine Kündigung des Baurechtsvertrags vorliegt. Somit besteht zwischen dem *vorzeitigen Heimfall* und dem *Kündigungsrecht* auch nach der hier vertretenen Meinung ein *Spezialitätsverhältnis*. Dies heisst aber nicht, dass der vorzeitige Heimfall exklusiv anwendbar wäre. Denn: Teleologische Rechtfertigung für die Exklusivität der *lex specialis* ist die Gefahr der Verdrängung der *lex specialis* durch die *lex generalis*.³⁸¹ Daher ist KRAMER in Anlehnung an MERZ der Ansicht, dass die *Exklusivität* der *lex specialis* dann zu bejahen ist, wenn diese *strengere Voraussetzungen* kennt als die *lex generalis*. Ist hingegen die *lex generalis* nicht günstiger für den Berechtigten, besteht *Alternativität* zwischen der *lex specialis* und der *lex generalis*, da *keine Verdrängungsgefahr* auf Kosten der *lex specialis* vorliegt.³⁸² Vorliegend bedeutet diese überzeugende Ansicht nach der hier vertretenen Meinung was folgt:

Nach dem Gesagten verlangt der vorzeitige Heimfall wie das Kündigungsrecht einen wichtigen Grund in Form einer groben Pflichtverletzung.³⁸³ Somit sind die Voraussetzungen des vorzeitigen Heimfalls nicht strenger als diejenigen des Kündigungsrechts. Zudem besteht für den vorzeitigen Heimfall nach einem Teil der Lehre eine dreimonatige Verwirkungsfrist, während für das Kündigungsrecht eine sofortige Anzeige des Bauberechtigten erforderlich ist.³⁸⁴ Diesbezüglich ist der vorzeitige Heimfall sogar günstiger für den Bauberechtigten als das Kündigungsrecht. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der vorzeitige Heimfall als *lex specialis nicht einschränkender* ist als das

125

³⁷⁷ KRAMER, S. 126.

³⁷⁸ Vgl. oben Nr. 116.

³⁷⁹ Vgl. oben Nr. 100.

³⁸⁰ Vgl. oben Nr. 101.

³⁸¹ KRAMER, S. 128.

³⁸² Vgl. zum Ganzen KRAMER, a.a.O.; MERZ, S. 94 ff.

³⁸³ Vgl. oben Nr. 124.

³⁸⁴ Vgl. oben Nr. 117.

Kündigungsrecht als *lex generalis*, weshalb aus *teleologischer* Sicht nach der hier vertretenen Meinung *Alternativität* und nicht Exklusivität am Platz ist.

- 126 Dieses Ergebnis ergibt sich auch bei *systematischer Betrachtung*. Zwar ist der vorzeitige Heimfall nach Art. 779h ZGB wegen des Schutzbedürfnisses des Bauberechtigten bez. seiner materiellen Voraussetzungen zwingend.³⁸⁵ Doch ist nach der hier vertretenen Ansicht *nicht ersichtlich*, weshalb für diesen Schutz auch die *Rechtsfolge* der Rückübertragung des Baurechts zwingend sein muss. In der Lehre wird denn gesagt, dass Art. 779h ZGB *nicht* sämtliche vertraglichen Rechte zur vorzeitigen Aufhebung (= Löschung) des Baurechts *ausschliessen* will, sondern dass diese Rechte bez. ihrer *Voraussetzungen* denjenigen des vorzeitigen Heimfalls *angeglichen* werden sollen.³⁸⁶ Soweit eine solche Vertragsklausel bez. ihrer Voraussetzungen Art. 779h ZGB entspricht, ist sie gültig.³⁸⁷ Da der Gesetzgeber vertragliche Kündigungsrechte unter den Voraussetzungen von Art. 779h ZGB neben dem vorzeitigen Heimfall zulässt, ist nach der hier vertretenen Meinung das gesetzliche Kündigungsrecht aus wichtigem Grund durch die Regelung des vorzeitigen Heimfalls nicht ausgeschlossen, sondern besteht vielmehr neben diesem.
- 127 Schliesslich wird eine solche *Alternativität* nach der hier vertretenen Meinung auch den *Interessen des Grundeigentümers* gerecht. So muss er im einvernehmlichen Fall bei den Baurechtsgrundstücken nicht an einer öffentlichen Beurkundung mitwirken, sondern kann *direkt* die *Löschungsbewilligung* (Art. 964 ZGB) vom Bauberechtigten *verlangen*. Im streitigen Fall sind die Vorteile für den Grundeigentümer geringer, doch kann er immerhin *direkt* auf *Abgabe der Löschungsbewilligung klagen* und muss nicht zunächst die Übertragung des Baurechts auf sich selbst durchsetzen und dann noch die Löschung des Baurechts verlangen.³⁸⁸
- 128 Zusammenfassend besteht nach der hier vertretenen Meinung *Alternativität* zwischen dem Kündigungsrecht aus wichtigem Grund und dem vorzeitigen Heimfall. Kündigt der Grundeigentümer und verweigern am Baurecht berechnigte Personen die Zustimmung zur Löschung (vgl. Art. 964 Abs. 1 ZGB),³⁸⁹ hat sich

³⁸⁵ Vgl. oben Nr. 117.

³⁸⁶ Botschaft Baurecht, S. 988; EGGEN, Bundesgesetz, S. 280; HENGGELER, S. 162.

³⁸⁷ Botschaft Baurecht, a.a.O.; EGGEN, a.a.O.; HENGGELER, a.a.O.

³⁸⁸ Vgl. zu den Übertragungsformen mit Einvernehmen der Parteien (öffentliche Urkunde und Grundbucheintragung) und ohne Einvernehmen der Parteien (Klage, insb. Gestaltungsklage) HENGGELER, S. 188 ff.

³⁸⁹ Vgl. zum Erfordernis der Zustimmung solcher Personen zur Löschung oben Nr. 104.

der Grundeigentümer für ein inexistentes Gestaltungsrecht entschieden. Diesfalls kann eine neue Gestaltungserklärung im Sinne eines *uneigentlichen ius variandi* erfolgen, mit welcher der vorzeitige Heimfall ausgeübt werden kann.³⁹⁰

b) *Verhältnis zum Schadenersatzanspruch i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR*

Fraglich ist das Verhältnis des vorzeitigen Heimfalls zu **Art. 41 Abs. 1 OR**. Nach FREIMÜLLER kann der Grundeigentümer zwar Schadenersatz verlangen, doch sei dies meist unnötig, da bei der Bemessung der Heimfallsentschädigung die Schädigung des Grundeigentümers einfließen würde.³⁹¹ Allgemein hat der Kündigende eine Schadenersatzforderung im Umfang des negativen Interesses.³⁹² Die Heimfallsentschädigung orientiert sich am Verkehrswert der heimfallenden Baute, wobei das Verschulden des Bauberechtigten u.U. ein Herabsetzungsgrund ist (Art. 779g Abs. 1 ZGB).³⁹³ Für eine Herabsetzung in Höhe der Schadensposten des Grundeigentümers fehlt aber nach der hier vertretenen Meinung eine gesetzliche Grundlage, weshalb Art. 41 Abs. 1 OR entgegen FREIMÜLLER durchaus *Bedeutung* hat, um den *Schaden auszugleichen*. So sind z.B. beim Heimfall einer Baurechtsparzelle die Kosten der öffentlichen Beurkundung des Übertragungsvertrags, die der Grundeigentümer zu tragen hätte (Art. 188 OR), nach Art. 41 Abs. 1 OR auf den Bauberechtigten zu überwälzen.³⁹⁴ Diese Forderung kann nach der hier vertretenen Ansicht mit der Heimfallsentschädigung *verrechnet* werden (Art. 120 ff. OR).

129

c) *Verhältnis zum Schadenersatzanspruch i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR*

Fraglich ist das Verhältnis des vorzeitigen Heimfalls zum Schadenersatzanspruch i.S.v. **Art. 97 Abs. 1 OR**. Nach FREIMÜLLER kann der Grundeigentümer grundsätzlich kumulativ Schadenersatz i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR verlangen.³⁹⁵ Diese Ansicht verdient nach der hier vertretenen Meinung *keine Zustimmung*. Da die vertragliche Beziehung durch den vorzeitigen Heimfall

130

³⁹⁰ Vgl. zum uneigentlichen ius variandi allgemein WEBER/EMMENEGGER, BK, N 117 und N 170 zu Art. 107 OR.

³⁹¹ FREIMÜLLER, S. 86.

³⁹² Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2808 ff. und Nr. 2587.

³⁹³ Vgl. oben Nr. 118.

³⁹⁴ Art. 188 OR (i.V.m. Art. 221 OR) wäre nach der hier vertretenen Meinung anwendbar, weil die Übertragung eines Baurechtsgrundstücks ein Grundstückkaufvertrag ist. Vgl. oben Nr. 13 und ISLER, S. 131.

³⁹⁵ FREIMÜLLER, S. 86.

beendet wird,³⁹⁶ kann Schadenersatz nur im Umfang des negativen Interesses nach Art. 109 Abs. 2 OR analog verlangt werden,³⁹⁷ nicht jedoch nach Art. 97 Abs. 1 OR, der auf das positive Interesse geht.³⁹⁸ Somit kann der vorzeitige Heimfall nur mit einem Schadenersatzanspruch nach **Art. 109 Abs. 2 OR** *kumuliert* werden, zu Art. 97 Abs. 1 OR besteht *Alternativität*.

d) *Verhältnis zur actio negatoria i.S.v. Art. 641 Abs. 2 ZGB*

- 131 Fraglich ist das Verhältnis zwischen dem vorzeitigen Heimfall und der actio negatoria. Nach FREIMÜLLER ist die actio negatoria *kumulativ* zum vorzeitigen Heimfall möglich. Allerdings bezweifelt er die Relevanz der actio negatoria, da die Beeinträchtigung der Rechte des Grundeigentümers bei der Bemessung der Heimfallsentschädigung einfließen würde.³⁹⁹ Nach der hier vertretenen Meinung hat der Grundeigentümer durchaus ein *Rechtsschutzinteresse* zur actio negatoria *neben* dem vorzeitigen Heimfall. Denn: Mit Ausübung des vorzeitigen Heimfalls fällt die Baute im aktuellen, ggf. zufolge Pflichtverletzungen schlechten, Zustand heim. Zwar wird dieser Umstand über den Verkehrswert bei der Bemessung der Heimfallsentschädigung berücksichtigt.⁴⁰⁰ Doch kann der Grundeigentümer ein Interesse haben, *neben* dem vorzeitigen Heimfall nach Art. 641 Abs. 2 ZGB *zusätzlich* die *Wiederherstellung des bisherigen Zustands* zu verlangen.⁴⁰¹

C. Anwendbarkeit auf unübertragbare Personaldienstbarkeiten

a) *Lehrmeinungen*

- 132 Die Frage der Anwendbarkeit des vorzeitigen Heimfalls auf Baurechte *als unübertragbare Personaldienstbarkeiten* ist in der Lehre *umstritten*.⁴⁰² Nach FREIMÜLLER ist der vorzeitige Heimfall *nicht anwendbar*, da dieser

³⁹⁶ Vgl. oben Nr. 119.

³⁹⁷ Vgl. zur Schadenersatzforderung i.S.v. Art. 109 Abs. 2 OR ganz allgemein GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2808 ff. und Nr. 2587; HUGUENIN, Nr. 904 und Nr. 963; KOLLER, Nr. 55.78.

³⁹⁸ Vgl. zum positiven Interesse bei Art. 97 Abs. 1 OR ganz allgemein GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2900.

³⁹⁹ Vgl. zum Ganzen FREIMÜLLER, S. 86.

⁴⁰⁰ Vgl. zur Bemessung der Heimfallsentschädigung oben Nr. 118.

⁴⁰¹ Vgl. zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes im Rahmen von Art. 641 Abs. 2 ZGB oben Nr. 41.

⁴⁰² Vgl. HENGGELER, S. 155.

die Übertragbarkeit des Baurechts voraussetze, was bei den unselbständigen Baurechten gerade nicht gegeben sei.⁴⁰³ Die wohl herrschende Lehre wendet indes den vorzeitigen Heimfall zumindest *auch* auf Baurechte als *unübertragbare* Personaldienstbarkeiten *an*, da ein zuvor unübertragbares Baurecht in ein übertragbares Baurecht umgewandelt werden könne, um den vorzeitigen Heimfall herbeizuführen.⁴⁰⁴ So argumentiert RIEMER, dass bei den unübertragbaren Baurechten die fehlende Übertragbarkeit im Interesse des Grundeigentümers vereinbart sei.⁴⁰⁵ Ähnlicher Ansicht ist EGGEN, nach dem die Umwandlung eines unübertragbaren in ein übertragbares Baurecht nur der Zustimmung des Grundeigentümers bedarf, die dieser bereits mit Geltendmachung des Heimfallsrechts ausdrückt, da er die Übertragung des Baurechts auf sich selbst verlangt.⁴⁰⁶ Vermittelnder Ansicht sind SIMONIUS/SUTTER, die in Extremfällen das *Heimfallsrecht* auf unübertragbare Baurechte *analog* anwenden, indes mit der Rechtsfolge der *Konsolidation* des Baurechts mit dem Eigentum.⁴⁰⁷

b) *Eigene Stellungnahme*

Nach der hier vertretenen Meinung folgt aus **Art. 779 Abs. 2 ZGB**, dass die Frage der *Übertragbarkeit* des Baurechts vom Gesetz in den *Parteiwillen* gestellt wird. Haben sich die Parteien für die Unübertragbarkeit des Baurechts entschieden, gibt es *keinen sachlichen Grund*, warum dieser Parteiwillen im Fall einer groben Pflichtverletzung *übersteuert* werden soll. Dabei verdient auch das Argument von RIEMER, dass eine Umwandlung in ein übertragbares Baurecht möglich sei, weil die fehlende Übertragbarkeit im Interesse des Grundeigentümers vereinbart sei, keine Zustimmung. Gerade weil die fehlende Übertragbarkeit im Allgemeinen im Interesse des Grundeigentümers ist, kann er sich nicht nur darauf berufen, wenn dies für ihn opportun ist. Vielmehr muss er sich diese Vereinbarung *auch dann entgegenhalten lassen*, wenn dies für ihn *in der konkreten Situation nachteilig* ist, weil er den vorzeitigen Heimfall nicht ausüben kann.

133

⁴⁰³ FREIMÜLLER, S. 83 f.

⁴⁰⁴ EGGEN, Bundesgesetz, S. 281; ISLER/GROSS, BSK, N 3 zu Art. 779f ZGB; PIOTET PAUL, SPR, S. 599 und S. 604; RIEMER, Baurecht, S. 70; STEINAUER, Band III, Nr. 2520; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 109 N 39.

⁴⁰⁵ RIEMER, a.a.O.

⁴⁰⁶ EGGEN, Bundesgesetz, S. 281.

⁴⁰⁷ SIMONIUS/SUTTER, Band II, § 4 N 46.

- 134 Sodann ist die Umwandlung in ein übertragbares Baurecht auch *vertragsrechtlich heikel*: Die Baurechtsart ist ein *objektiv wesentlicher Vertragspunkt* des Baurechtsvertrags.⁴⁰⁸ Allgemein sind objektiv wesentliche Vertragspunkte solche, welche die Parteien selbst regeln müssen, «weil sonst eine Lücke offenbliebe, die weder durch Gesetz noch durch Gewohnheitsrecht oder Richterrecht geschlossen werden könnte».⁴⁰⁹ Objektiv wesentliche Punkte müssen vom *Konsens beider Parteien* erfasst sein.⁴¹⁰ Daher genügt es entgegen EGGEN nicht, dass nur der Grundeigentümer mit der Umwandlung einverstanden ist. Vielmehr ist auch die Zustimmung des Bauberechtigten nötig. Der zur Änderung dieses objektiv wesentlichen Punkts erforderliche Konsens liegt *erstens* vor, wenn die Parteien bereits im *Baurechtsvertrag* vorsehen, dass das grundsätzlich unübertragbare Baurecht bei einer *groben Pflichtverletzung* durch den Bauberechtigten auf den Grundeigentümer *übertragbar* ist. *Zweitens* ist es nach **Art. 19 Abs. 1 OR** möglich, dass die Parteien in der *konkreten Situation* einer Pflichtverletzung die *Übertragung* des ehemals unübertragbaren Baurechts auf den Grundeigentümer *vereinbaren*. Eine solche Vereinbarung bedarf als Änderung eines objektiv wesentlichen Punkts nach der hier vertretenen Meinung der *öffentlichen Beurkundung* (vgl. **Art. 779a ZGB i.V.m. Art. 12 OR analog**).⁴¹¹
- 135 Sehen die Parteien keine Übertragbarkeit vor, gilt nach der hier vertretenen Meinung Folgendes: Wenn schon eine gerichtliche *Ergänzung* eines objektiv wesentlichen Punkts *unzulässig* ist, muss dies *a fortiori*⁴¹² auch für eine gerichtliche *Änderung eines objektiv wesentlichen Punkts* gelten. Dies bedeutet, dass bei fehlender Parteivereinbarung weder eine gesetzliche Umwandlung erfolgt noch eine gerichtliche Umwandlung in ein übertragbares Baurecht bewirkt werden kann. In diesem Fall ist der vorzeitige Heimfall nicht anwendbar. Der Grundeigentümer hat aber das *Kündigungsrecht aus wichtigem Grund*, worauf der Bauberechtigte *die Löschungsbewilligung* i.S.v. **Art. 964 ZGB** abzugeben hat. Da das unübertragbare Baurecht nicht

⁴⁰⁸ ISLER, S. 22 und S. 26. Vgl. auch ISLER/GROSS, BSK, N 13 zu Art. 779a ZGB; HITZ, Nr. 173 ff.

⁴⁰⁹ GAUCH, wesentliche Vertragspunkte, S. 47; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 335 m.w.H.; KOLLER, Nr. 6.31.

⁴¹⁰ GAUCH, wesentliche Vertragspunkte, S. 45; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 330; KOLLER, Nr. 6.28.

⁴¹¹ Vgl. zur analogen Anwendung von Art. 12 OR auf die öffentliche Beurkundung BGE 123 III 97 E. 2 S. 99 f.

⁴¹² Vgl. zum argumentum a fortiori HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Nr. 155; KRAMER, S. 234 f.

mit beschränkten dinglichen Rechten belastet werden kann,⁴¹³ gibt es keine Dritte, die der Löschung zustimmen müssten. Die hier vertretene Lösung entspricht im Ergebnis derjenigen von SIMONIUS/SUTTER, die in analoger Anwendung des Heimfallsrechts eine Konsolidation des Baurechts mit dem Eigentum vorsehen.⁴¹⁴ Allerdings ist deren Ansicht *methodisch nicht überzeugend*: Nach dem Gesagten ist der vorzeitige Heimfall *lex specialis* zum Kündigungsrecht.⁴¹⁵ Der Analogieschluss ist ein Mittel zur Lückenfüllung.⁴¹⁶ Wenn der vorzeitige Heimfall auf unübertragbare Baurechte nicht anwendbar ist, gibt es *keine Gesetzeslücke*, die mittels Analogie zu schliessen wäre, weil das Kündigungsrecht als *lex generalis* anwendbar ist. Bei analoger Anwendung des vorzeitigen Heimfalls würde das Kündigungsrecht als *lex generalis* unzulässigerweise verdrängt.⁴¹⁷

In prozessualer Hinsicht ist zu bemerken, dass das Gericht bei einem unübertragbaren Baurecht *nicht von Amtes wegen* auf *Löschung* des Baurechts erkennen darf, wenn der Grundeigentümer in seinem Rechtsbegehren nur die Rückübertragung verlangt hat. Ansonsten spräche das Gericht dem Grundeigentümer etwas anderes zu, als er in seinem Rechtsbegehren verlangt hat. Dies wäre nach der hier vertretenen Meinung ein Verstoß gegen die *Dispositionsmaxime* i.S.v. **Art. 58 Abs. 1 ZPO**.⁴¹⁸ Daher muss das Gericht die Klage diesfalls abweisen. 136

D. Anwendbarkeit auf Grunddienstbarkeiten

a) Lehrmeinungen

Fraglich ist die Anwendbarkeit des vorzeitigen Heimfalls auf Grunddienstbarkeiten. Ein Teil der Lehre *verneint* die *Anwendbarkeit*, weil die dadurch bewirkte *Übertragung des Baurechts* bei Grunddienstbarkeiten *unmöglich* sei, da eine Übertragung des Baurechts untrennbar mit der Übertragung des herrschenden Grundstücks verbunden sei.⁴¹⁹ Ein anderer Teil der Lehre *befür-* 137

⁴¹³ Vgl. oben Nr. 12 f.

⁴¹⁴ SIMONIUS/SUTTER, Band II, § 4 N 46.

⁴¹⁵ Vgl. oben Nr. 124.

⁴¹⁶ Vgl. dazu KRAMER, S. 226 ff.; EMMENEGGER/TSCHECHTER, BK, N 351 zu Art. 1 ZGB.

⁴¹⁷ Vgl. zur Verdrängungsgefahr als Grund für die Exklusivität der *lex specialis* oben Nr. 124.

⁴¹⁸ Vgl. zur *Dispositionsmaxime* ganz allgemein STAHELIN/BACHOFNER, § 10 N 3 ff.

⁴¹⁹ PIOTET PAUL, SPR, S. 599 und S. 604; RIEMER, Baurecht, S. 70; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 109 N 39.

wortet die Anwendbarkeit, da der vorzeitige Heimfall dem Grundeigentümer bei einer *groben Pflichtverletzung* eine *Auflösungsmöglichkeit* des Baurechtsvertrags gewähren wolle. Dabei werde die Grunddienstbarkeit in eine übertragbare Personaldienstbarkeit umgewandelt.⁴²⁰

b) *Eigene Stellungnahme*

- 138 Nach der hier vertretenen Meinung ist der vorzeitige Heimfall auf *Grunddienstbarkeiten nicht anwendbar*. Die dafür geforderte Umwandlung der Grunddienstbarkeit in eine übertragbare Personaldienstbarkeit ist heikel, da die Art des Baurechts ein *objektiv wesentlicher Punkt* des Baurechtsvertrags ist, in den nicht durch das Gesetz oder das Gericht eingegriffen werden darf.⁴²¹ Zudem stünde diese Umwandlung in einem *Spannungsverhältnis* zum *Kausalitätsprinzip*, da ein Baurechtsvertrag über eine Grunddienstbarkeit nur Rechtsgrund sein kann für eine Grund-, nicht auch für eine Personaldienstbarkeit.⁴²² Zulässig ist die Umwandlung nur, wenn sie die Parteien im Baurechtsvertrag oder später bei einer Pflichtverletzung vereinbaren.⁴²³
- 139 Schliesslich darf der vorzeitige Heimfall – obwohl *dogmatisch unbefriedigend* – nicht nur deshalb angewendet werden, um den Schutz des Grundeigentümers vor Pflichtverletzung durchzusetzen. Dies wäre allzu *ergebnisorientiert*. Vielmehr lässt sich dieses berechnete Interesse grundsätzlich auch über das *Kündigungsrecht aus wichtigem Grund* verwirklichen. Dabei ist nach **Art. 964 ZGB** ggf. die Zustimmung derjenigen Personen erforderlich, die nach Errichtung des Baurechts am herrschenden Grundstück dinglich berechtigt wurden (z.B. Grundpfandgläubiger).⁴²⁴ Verweigern sie die Zustimmung, geht ihr Interesse am Bestand des dinglichen Rechts als absolutes Recht dem Kündigungsrecht des Grundeigentümers als relatives Recht vor, weshalb *diesfalls* eine *Kündigung* nach der hier vertretenen Meinung *nicht möglich* ist.⁴²⁵

⁴²⁰ Vgl. zum Ganzen EGGEN, Bundesgesetz, S. 280 f.; ISLER, S. 127; ISLER/GROSS, BSK, N 3 zu Art. 779f ZGB.

⁴²¹ Vgl. oben Nr. 134.

⁴²² Vgl. ISLER, S. 22 (Essentialia des Baurechtsvertrags werden durch die Funktion als Rechtsgrund bestimmt).

⁴²³ Vgl. oben Nr. 134.

⁴²⁴ Vgl. dazu HENGGELER, S. 158 m.w.Verw., der jedoch – anders als hier – den vorzeitigen Heimfall befürwortet.

⁴²⁵ A.M. HENGGELER, S. 159; ISLER, S. 127 (Keine Zustimmung nötig, da sich die dinglich berechtigten Personen nur unter Vorbehalt des vorzeitigen Heimfalls auf den Bestand der Grunddienstbarkeit verlassen dürften).

VI. Zusammenfassung in Thesen

Das Baurecht ist eine *Dienstbarkeit*, die zur *Durchbrechung des Akzessionsprinzip* führt (Nr. 4 f.) und dem Bauberechtigten eine *Doppelstellung* als Eigentümer und Dienstbarkeitsberechtigter einräumt (Nr. 6). Das Baurecht kann entweder als *Personaldienstbarkeit* oder als *Grunddienstbarkeit* errichtet werden, jedoch *nur ausnahmsweise* als andere Dienstbarkeit i.S.v. Art. 781 ZGB (Nr. 7 ff.). Wird das Baurecht als Grunddienstbarkeit errichtet, sind das *gewöhnliche Baurecht* und das *Überbaurecht* mit je getrenntem Anwendungsbereich zu unterscheiden (Nr. 18 ff.). Dem Bauberechtigten stehen gegen den Grundeigentümer die *actio negatoria* und die *actio confessoria* zu, wobei sich Letztere **auf Art. 737 Abs. 1 ZGB** stützt (Nr. 30 ff.). Sodann stehen dem Bauberechtigten bei verbotener Eigenmacht des Grundeigentümers die *Besitzeschutzbehelfe* i.S.v. **Art. 926 ff. ZGB** zu (Nr. 43 ff.). Das Nachbarrecht ist nur *auf Baurechtsgrundstücke* sowie auf *Überbaurechte*, indes *nicht* auf *nicht* als Grundstück *aufgenommene Baurechte* und grundsätzlich *nicht* auf gewöhnliche Baurechte als *Grunddienstbarkeiten* anwendbar (Nr. 61 ff.). Verletzt der Grundeigentümer den Baurechtsvertrag, hat der Bauberechtigte einen Anspruch auf *Realerfüllung*, ggf. auf *Schadenersatz* i.S.v. **Art. 97 ff. OR** und bei schweren Pflichtverletzungen auch ein *Kündigungsrecht aus wichtigem Grund* (Nr. 99 ff.). Letzteres setzt nach **Art. 964 ZGB** die *Zustimmung* der am Baurechtsgrundstück berechtigten Personen voraus. Verweigern diese die Zustimmung, kann der Bauberechtigte die *Rückübertragung des Baurechts* auf den Grundeigentümer verlangen (**Art. 779f ZGB analog**) (Nr. 104). Der Grundeigentümer kann sich gegenüber dem Bauberechtigten ebenfalls auf die *actio negatoria*, den *Besitzeschutz* i.S.v. **Art. 926 ff. ZGB** und die nachbarrechtlichen Rechtsbehelfe berufen, soweit ein *Nachbarschaftsverhältnis vorliegt* (Nr. 108 ff.). Auch steht ihm bei Verletzung des Baurechtsvertrags durch den Bauberechtigten ein Anspruch auf Realerfüllung und ggf. Schadenersatz i.S.v. **Art. 97 ff. OR** zu (Nr. 111). Im Fall einer groben Pflichtverletzung des Bauberechtigten kann der Grundeigentümer bei den Baurechten als übertragbare Personaldienstbarkeiten den *vorzeitigen Heimfall* i.S.v. **Art. 779f ZGB** herbeiführen, wobei ihm *alternativ* dazu auch das *Kündigungsrecht aus wichtigem Grund* zusteht (Nr. 115 ff.). Auf die *unübertragbaren Personaldienstbarkeiten* ist der vorzeitige Heimfall nicht anwendbar, doch steht dem Grundeigentümer auch hier das *Kündigungsrecht aus wichtigem Grund* zu

140

(Nr. 132 ff.). Auf die *Grunddienstbarkeiten* ist der vorzeitige Heimfall ebenfalls nicht anwendbar, doch hat der Grundeigentümer auch hier das *Kündigungsrecht aus wichtigem Grund*. Dabei ist jedoch nach **Art. 964 ZGB** die *Zustimmung* der Personen erforderlich, die nach Errichtung des Baurechts am herrschenden Grundstück *dinglich berechtigt* wurden (Nr. 137 ff.).

Selbständigkeitserklärung

Ich bestätige mit meiner Unterschrift, dass ich die vorliegende Masterarbeit selbständig und ohne Verwendung von unerlaubten Hilfsmitteln verfasst und in der Arbeit alle verwendeten Quellen angegeben habe. Ich willige darin ein, dass meine Arbeit mittels Plagiatserkennungssoftware überprüft werden kann, und nehme zur Kenntnis, dass im Falle eines Plagiats oder der Inanspruchnahme fachlicher Mitarbeit von Drittpersonen der Dekan gemäss § 53 Abs. 2 StuPO 2016 auf Note 1 erkennen kann. Vorbehalten bleiben Sanktionen der Universität gemäss § 36 des Universitätsstatuts und die Strafverfolgung.

Ort Alpnach Dorf

Datum 29. September 2021

Jonas Wolfisberg



In dieser Reihe sind ebenfalls erschienen:

- #1 **MACCABE Der neurechtliche Schuldbrief und das Doppelzahlungsrisiko**
- #2 **BAUMGARTNER Organtransplantation – Zustimmungs- oder Widerspruchslösung**
- #3 **HUG Die Einwilligung des urteilsfähigen Kindes in die Impfung gegen den Willen seiner gesetzlichen Vertretung**
- #4 **EDER Der übergangene Pflichtteilserbe und sein Forum: Die ZPO und das IZPR in Deutschland, der Schweiz und der EU**
- #5 **ERNST Die Patientenverfügung, Errichtung und gesetzlicher Inhalt**
- #6 **SUTER Ausgewählte Rechtsprobleme bei Dienstbarkeiten, insbesondere im Grundbuchverkehr**
- #7 **STANISCHEWSKI Die vorsorgliche Beweisführung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung**
- #8 **MULLER Die Anfechtung von prozessleitenden Verfügungen**
- #9 **HOLZER Die prozessualen Befugnisse des Willensvollstreckers**
- #10 **LIEDERER Nachlassspaltung im grenzüberschreitenden Sachverhalt**
- #11 **AMMANN Materielle und prozessuale Aspekte der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage**
- #12 **MACULA Verwaltungs(aufsichts)rechtliche Mitwirkungspflichten und strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit**
- #13 **RIEDERER Die Pflicht zur Bildung von Rückstellungen nach Art. 960e Abs. 2 OR**
- #14 **KOLLER Die Vorabklärung im Kartellverwaltungsrecht**
- #15 **BUCHER Die Kündigung des Anstellungsverhältnisses von Lehrpersonen der Volksschule des Kantons Zürich**
- #16 **REIMANN Die strafrechtsähnliche Rechtsnatur der Sanktionen von Art. 49a Abs. 1 KG**
- #17 **BIRI Testierfähigkeit und deren Beweis unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung**

- #18 **BASILE Aktiv- und Passivlegitimation, Rechtsbegehren und Klagefundament bei der Herabsetzungsklage (Art. 522 ff. ZGB)**
- #19 **SCHENK Die antizipierte Beweiswürdigung gemäss ZPO**
- #20 **JENAL Religiöser Frieden durch strafrechtliche Zensur? – Warum Art. 261 StGB aufgegeben werden sollte**
- #21 **SCHUMACHER Die Abbedingung der Privatkopieschranke in der AGB-Kontrolle**
- #22 **BORER BGE 141 V 281 – Post-Überwindbarkeitsrechtsprechung**
- #23 **MÖLLER «Push-Backs»: Spannungsfeld zwischen Grenzschutz und völkerrechtlicher Verpflichtung auf hoher See**
- #24 **SPAHR Die prozessualen Aspekte der definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts**
- #25 **SCHWEIGHAUSER Die TPO - Erkenntnisse zum Verbot der Drittbeteiligung an vermögenswerten Transferrechten**
- #26 **SCHIBLI Möglichkeiten zur verstärkten Kooperation im Justizdolmetscherwesen in der Schweiz**
- #27 **WALDBURGER Bundesrahmengesetz für die Sozialhilfe**
- #28 **FREI Grundlagen und Grenzen der Observation**
- #29 **DILLENA Sozialversicherungsrecht in Konflikt mit Grundrechten und die Bedeutung der EMRK**
- #30 **RAVEANE Erbrechtliche Informationsansprüche und ihre Durchsetzung**
- #31 **KREYDEN Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz**
- #32 **STADELMANN Fingerabdrücke, Biometrie, DNA-Tests**
- #33 **RAGETTLI Die Garantien von Art. 6 EMRK im Verfahren der Selbstanzeige im Kartellrecht**
- #34 **BURRI Der Betreuungsunterhalt**
- #35 **ENZ Clausula rebus sic stantibus – Insbesondere im Spiegel der Rechtsprechung**
- #36 **VOGEL Vertragliche Pflichten des professionellen Mannschaftssportlers und Sanktionierung von Vertragsverletzungen durch Konventionalstrafe oder disziplinarische Versetzung**
- #37 **KENEL Entire Agreement Clause**
- #38 **SCHOOP Die Medienöffentlichkeit der Strafjustiz ausserhalb des Hauptverfahrens**

- # 39 SENN **Die Beteiligung wirkungsbetroffener Dritter im Zivilprozess**
- # 40 BAI **Der Rechtsschutz gemäss Art. 6 EMRK in Verfahren der internationalen Amtshilfe im Bereich der direkten Steuern**
- # 41 FREI **Kein schöner Ort – Arbeit im Strafvollzug und der Fall Thorberg**
- # 42 BOOG **Echte Teilklage im vereinfachten Verfahren und negative Feststellungswiderklage (unter Berücksichtigung von BGE 143 III 506)**
- # 43 MONTISANO **Das Recht auf Ehe und Familie im Migrationsrecht unter besonderer Berücksichtigung der ausländerrechtlichen Scheinehe, der Lex Brunner sowie des Verbots der Zwangsheirat und der Leihmutterchaft**
- # 44 WENGER **Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit und Lohnfortzahlung: Schutz vor Lohnausfällen nach Privatrecht, Bundespersonalrecht, Personalrecht Basel-Landschaft und Basel-Stadt**
- # 45 TODESCHINI **Terrorismusbekämpfung im Strafrecht – Eine Erörterung des Art. 260^{ter} StGB und des Al-Qaïda/IS-Gesetzes sowie zur Diskussion stehender Gesetzesanpassungen**
- # 46 ARNOSTI **Dashcam: Risiko oder Garant im (Rechts)Verkehr? Eine rechtswissenschaftliche Analyse der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Dashcam-Aufnahmen und deren Verwertbarkeit im Zivilprozess**
- # 47 ALFANO **Streitverkündungsklage: Bedingte Klage oder bedingter Anspruch? (unter Berücksichtigung von BGE 142 III 102)**
- # 48 MARTI **Grundrechtliche Anforderungen an Observationen im Sozialversicherungsrecht im Rahmen der BV und der EMRK**
- # 49 SUTER **Tatbestandsfassung und Beweisschwierigkeiten bei Vergewaltigungen – de lege lata und de lege ferenda**
- # 50 HOF **Möglichkeiten der Prozessbeschleunigung in der Schweizerischen Zivilprozessordnung**
- # 51 CALLIEROTTI **Herkunft und Entwicklung des schweizerischen Zivilprozessrechts von den ersten kantonalen Kodifikationen bis zur eidgenössischen ZPO**
- # 52 GASSNER **Die Ausländergesetzgebung im Lichte der Geschlechtergleichstellung – Eine geschlechtersensible rechtshistorische Analyse des Gesetzgebungsverfahrens und des geltenden Rechts**
- # 53 FELBER **Die Reise der deutschen Sprache ins materielle Zivilrecht**

- #54 ZILIAN **Die Anrufung der Erwachsenenschutzbehörde nach Art. 419 ZGB unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung der verbeiständeten Person**
- #55 MERKI **Der Untersuchungsgrundsatz im staatsanwaltschaftlichen Massengeschäft zwischen Einhaltung der Verfahrensgrundsätze und Prozessökonomie**
- #56 KASPER **Forensisch-psychiatrische/psychologische Sachverständige im Strafverfahren**
- #57 WENDT **Die Rechtsnatur der einfachen Gesellschaft im schweizerischen, deutschen und italienischen Recht**
- #58 SEITZ **Die Entschädigung der amtlichen Verteidigung – Ausgestaltung in der Praxis, kantonaler Vergleich und Vereinbarkeit mit dem Anspruch auf effektive Verteidigung und Waffengleichheit**
- #59 WALLESER **Die Feststellung des Widerrufs einer Erbeneinsetzung der verfügenden Person zu Lebzeiten – unter Berücksichtigung von BGer 5A_408/2016 vom 21. Juli 2017**
- #60 PLATTNER **Datenschutzrechtliche Herausforderungen der Distributed-Ledger-Technologie – mit besonderem Fokus auf die Blockchain-Technologie**
- #61 AMACKER **Die Verhältnismässigkeit der Herabsetzung unter Berücksichtigung von Art. 532 ZGB**
- #62 OBERHAUSSER **Vertragsqualifikation bei Airbnb – Eine Untersuchung des schweizerischen und englischen Rechts**
- #63 DE COL **Zivilrechtliche Herausforderungen der Blockchain-Technologie – Die schweizerischen und liechtensteinischen Lösungsansätze im Vergleich**
- #64 SINZ **Internationales Soft Law und Fragen nach parlamentarischer Zustimmung – Eine Betrachtung im Rahmen eines deutsch-französisch-schweizerischen Rechtsvergleichs**

