

Kein Eigentum «nach Schichten»: Unzulässigkeit eines Überbaurechts an einer aus dem Dach der Unterwohnung bestehenden Terrasse

Es ist rechtlich nicht zulässig, durch Errichtung eines Überbaurechts dem Dienstbarkeitsberechtigten Eigentum an einer Terrasse zu verschaffen, die sich auf der darunterliegenden Wohnung des Nachbargrundstücks befindet und als deren Dach dient.

Il n'est pas juridiquement admissible de conférer au bénéficiaire de la servitude, par la constitution d'une servitude d'empiètement, la propriété d'une terrasse qui se trouve sur l'appartement situé en dessous sur le bien-fonds voisin et qui sert de toit à ce dernier.

Entscheid des Obergerichts des Kantons Aargau vom 23. September 2023 (ZVE.2023.15)

Bettina Hürlimann-Kaup, Dr. iur., Professorin an der Universität Freiburg

Miriam Binggeli, BLaw, Unterassistentin an der Universität Freiburg

Der Entscheid

Umstritten ist in erster Linie, wer Eigentümer der die Terrasse umfassenden Aufmauerung ist, an der die Beklagte die Blechwand hochgezogen hat. Nach Art. 674 Abs. 1 ZGB werden übertragene Bauten zu Bestandteilen des Grundstücks, von dem sie ausgehen, sofern ein Überbaurecht in Form einer Dienstbarkeit besteht. Bei Terrassenhäusern kann daraus aber nicht per se abgeleitet werden, dass die oberen Eigentümer durch das Überbaurecht an der Terrasse, welche auf der Wohnung des Eigentümers des belasteten Grundstücks liegt, (Mit-) Eigentum erwerben oder erwerben können (E. 5.2.2). Dem Obergericht stellt sich die Frage, ob die Begründung eines Überbaurechts überhaupt zulässig ist, wenn es darum geht, dem Eigentümer eines Nachbargrundstücks die dienstbarkeitsrechtlich geschützte Benützung einer Terrasse zu ermöglichen. Einer solchen Terrasse fehlt es grundsätzlich an der gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erforderlichen bautechnischen Abhängigkeit von der Einheit, der sie dienen soll. Das Zivilgesetzbuch sieht kein Alleineigentum an Schichten (zum Beispiel an einer Mauer oder einer Decke) vor. Das Obergericht kommt zum Schluss, dass die Einräumung eines Überbaurechts an einer Terrasse, die über einer Wohnung auf einem Nachbargrundstück liegt, widerrechtlich im Sinn von Art. 20 Abs. 1 OR ist, da sie dem belasteten Eigentümer das Eigentum an der Decke seiner Wohnung entziehen würde. Das verstösst gegen die Prinzipien der schweizerischen Sachenrechtsordnung (E. 5.2.4.2). Davon ausgenommen ist die Konstellation einer Terrassenkonstruktion, die auf dem Nachbargrundstück bautechnisch ihren Ursprung nimmt und von der Dachkonstruktion klar getrennt ist. Dass ein solcher Fall hier vorliegt, haben die Kläger nicht bewiesen (E. 5.2.4.3.1). Weiter schliesst das Obergericht aus dem Dienstbarkeitsvertrag, dass mit dem als Überbaurecht im Grundbuch eingetragenen Recht eine «Mischdienstbarkeit» geschaffen wurde, die aus einem Überbaurecht und einem Terrassenbenützungszug besteht. Das Überbaurecht und die Terrassenbenützung wurden auf dem Situationsplan separat markiert. Eine

Der Fall

(256) Zwei am Hang gelegene Grundstücke sind mit einem Terrassenhaus überbaut. Die Kläger sind seit Ende 2017 Eigentümer des oberen Grundstücks. Zu Gunsten dieses Grundstücks und zu Lasten des seit Juni 2006 im Alleineigentum der Beklagten stehenden unteren Grundstücks besteht ein Überbaurecht bezüglich der Terrasse, die auf der Wohnung der Beklagten liegt. Gemäss Dienstbarkeitsvertrag vom 30. August 1978 umfasst das Überbaurecht ein Nutzungsrecht des unterliegenden Dachs als Terrasse des oberen Hauses. Die Terrasse ist durch eine halbhohe Mauer eingefasst, die baulich als Verlängerung der Aussenfassade des unteren Wohnhauses über die Dachkante bzw. den Terrassenboden hinaus erscheint (im Folgenden: Aufmauerung). Der Dienstbarkeitsvertrag verpflichtet den Eigentümer des oberen Grundstücks, unverrückbare Pflanzentröge als Sichtschutz aufzustellen. Diese Pflicht wurde in der Folge erfüllt. D., der vor den Klägern Eigentümer des berechtigten Grundstücks war, ersetzte die aufgestellten, bepflannten Tröge durch unbepflanzte oder nur locker bepflannte Tröge von einer Höhe von ca. 40 cm, was – neben der Gefahr eines Sturzes auf die darunterliegende Terrasse – dazu führte, dass die Beklagte über keinen Sichtschutz mehr verfügte. Diese liess daraufhin an ihrer Aussenwand ein Metallgeländer mit Sichtschutz montieren («grüne Stahlblechwand»), das ca. 1 m über den Boden der von den Klägern genutzten Terrasse hinausragt. 2021 verlangten die Kläger die Beseitigung der Blechwand. Die Vorinstanz bejahte einen Anspruch auf Beseitigung sowohl aus dem Eigentumsrecht (actio negatoria) als auch aus der Dienstbarkeit (actio confessoria) und hiess die Klage gut. Das Obergericht hebt den Entscheid der Vorinstanz auf und weist die Klage ab.

objektivierte Auslegung des Vertrags gibt keinen Hinweis darauf, dass die damaligen Vertragsparteien dem jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstücks (Allein- oder Mit-) Eigentum an der Terrasse oder dem Dach der darunterliegenden Wohnung einräumen wollten (E. 5.2.4.3.2). Die Beklagte bleibt nach dem Gesagten Alleineigentümerin des Dachs und der Aufmauerung. Die Kläger können sich folglich nicht auf die *actio negatoria* berufen (E. 5.2.5).

Das Obergericht prüft in einem nächsten Schritt, ob eine Verletzung der Dienstbarkeit (Terrassenbenützungsrecht) vorliegt, gegen die sich die Kläger mit der *actio confessoria* zur Wehr setzen können. Konkret geht es um die Frage, ob die Kläger einen «Anspruch auf Aussicht» haben, der durch die montierte Stahlblechwand verletzt wird. Es gibt – unter Vorbehalt einer entsprechenden negativen Dienstbarkeit oder eines Falls von Art. 684 ZGB – kein absolutes Recht auf Aussicht. In casu wurde keine negative AussichtsDienstbarkeit zu Lasten des Grundstücks der Beklagten vereinbart; es liegt lediglich eine positive Dienstbarkeit in Form des Terrassenbenützungsrechts vor (E. 5.3.1). Das Obergericht geht davon aus, dass mit der Dienstbarkeit für die Berechtigten die realobligatorische Verpflichtung verbunden ist, auf der Terrasse «unverrückbare Pflanzentröge aufzustellen, sodass der Einblick auf den unteren Sitzplatz verwehrt ist». Da also gemäss Dienstbarkeitsvertrag eine Bepflanzung verlangt wird, die einen Sichtschutz auf den unteren Sitzplatz verschafft, kann sachlogisch in diesem Umfang gar kein Anspruch auf Aussicht bestehen. Die Kläger haben zudem nicht bewiesen, dass eine im Sinn des Dienstbarkeitsvertrags korrekte Bepflanzung ihre Aussicht weniger beeinträchtigen würde als die Stahlblechwand (E. 5.3.2). Damit können sich die Kläger nicht auf die *actio confessoria* berufen. Ebenso wenig helfen die darüber hinaus von ihnen angerufenen Anspruchsgrundlagen (obligatorischer Anspruch, Nachbarrecht sowie Verletzung und Missbrauch des Einfriedungsrechts) weiter (E. 5.4).

Die Anmerkungen

1. Dem Obergericht ist zuzustimmen, dass die Errichtung eines Überbaurechts bei der vorliegend zu beurteilenden Konstellation unzulässig ist. Das ergibt sich nach der hier vertretenen Ansicht allerdings nicht in erster Linie aus den Grundsätzen der Typengebundenheit und der Typenfixierung (so E. 5.2.4.2.2), sondern aus dem Bestandteilsprinzip. Nach diesem in Art. 642 Abs. 1 ZGB festgeschriebenen Grundsatz hat der Eigentümer einer Sache Eigentum an allen ihren Bestandteilen. Neben dieses Prinzip tritt für das Grundeigentum das Akzessionsprinzip: Gemäss Art. 667 Abs. 2 ZGB umfasst das Grundeigentum unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken sämtliche Bauten, Pflanzen und Quellen; diese sind mit anderen Worten Bestandteile des Grundstücks. Die Begriffe «Bestandteilsprinzip» bzw. «Akzessionsprinzip» werden in der Lehre häufig synonym verwendet, die beiden Grundsätze sind aber nicht notwendigerweise deckungsgleich. Das zeigt sich deutlich beim Überbaurecht, welches gemäss Art. 674 Abs. 1 ZGB bewirkt, dass Bauten und andere Vorrichtungen, die von einem Grundstück auf ein anderes überragen, Bestandteil

des Grundstücks verbleiben, von dem sie ausgehen. Daraus ergibt sich für das Verhältnis der beiden Prinzipien Folgendes: Grundsätzlich verdrängt das Akzessionsprinzip das Bestandteilsprinzip; der überragende Teil der Baute gehört mit anderen Worten dem Grundeigentümer, auf dessen Grundstück er sich befindet. Die Errichtung eines Überbaurechts führt zu einer Durchbrechung des Akzessionsprinzips und zum Wiederaufleben des Bestandteilsprinzips; das Eigentum am überragenden Teil verbleibt also beim Grundeigentümer, von dessen Grundstück er ausgeht. Während es das ZGB zulässt, dass das Akzessionsprinzip durchbrochen wird (vgl. Art. 667 Abs. 2 ZGB: «unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken»), der Eigentümer einer Baute also ein anderer sein kann als der Eigentümer des Grundstücks, kennt das Gesetz für das Bestandteilsprinzip keine entsprechende Regelung. Der Bestandteil eines Gebäudes kann deshalb keinen anderen Eigentümer haben als den Eigentümer des Gebäudes.¹ Da das Dach eines Gebäudes Bestandteilsqualität hat, hält das Obergericht zu Recht fest, dass es rechtlich unzulässig ist, an einer Terrasse, die gleichzeitig das Dach einer anderen Wohnung darstellt, ein Überbaurecht zu begründen; das muss auch für die Aufmauerung gelten, die baulich eine Verlängerung der Aussenfassade des unteren Wohnhauses darstellt. Das Gericht lässt die Frage offen, ob die Kläger allenfalls an den auf der Terrasse liegenden Platten als Dienstbarkeitsvorrichtung Eigentum erlangt haben (E. 5.2.4.2.2, 5.2.4.3.2 in fine und 5.2.5, unter Hinweis auf einen entsprechenden Entscheid des Appellationshofes des Kantons Bern und das dazu ergangene Urteil des Bundesgerichts 5C.20/2003, E. 1.3.2). Das ist nach der hier vertretenen Ansicht zu verneinen, wenn die Platten fest mit der Terrasse verbunden sind, weil sie dann zum Dach gehören und damit Bestandteilsqualität haben.

2. Die Dienstbarkeit ist mit dem Stichwort «Überbaurecht» im Grundbuch eingetragen. Das Obergericht kommt allerdings zum Schluss, dass eine objektivierte Auslegung des Dienstbarkeitsvertrags keinen Hinweis darauf enthält, dass die damaligen Parteien dem jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstücks Eigentum an der Terrasse oder am Dach hätten einräumen wollen. Eigentlich seien zwei Dienstbarkeiten errichtet worden, nämlich ein Überbaurecht und ein Terrassenbenützungsrecht, deren Flächen nicht deckungsgleich seien (E. 5.2.4.3.2). Damit bleibt unklar, welche Funktion das Überbaurecht überhaupt hätte erfüllen sollen, wenn es nicht um die Regelung der Eigentumsverhältnisse ging. Die Kläger verstehen das Überbaurecht im üblichen Sinn (Durchbrechung des Akzessionsprinzips mit Übergang des Eigentums auf die Inhaber der Dienstbarkeit; vgl. E. 5.2.1). Da ein Überbaurecht bei der vorliegenden Konstellation nach dem Gesagten aber nicht errichtet werden kann, muss bei diesem Verständnis von der Nichtigkeit der Dienstbarkeit und der (Teil-)Nichtigkeit des Dienstbarkeitsvertrags ausgegangen werden. Der Umstand, dass das Näherbaurecht seinerzeit in das Grundbuch eingetragen worden ist, ändert daran nichts,

¹ Vgl. auch A. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 2. Teilband: Grundeigentum I (Art. 655–679 ZGB), 3. Aufl., Bern 1974, N 19 zu Art. 675 ZGB.

weil der Schutz des guten Glaubens nicht dazu führen kann, «dass Rechte, die nicht mit dinglicher Wirkung begründet werden können, zufolge ihrer Eintragung ins Grundbuch ... eine solche Wirkung erlangen»². Unter den Parteien scheint immerhin unbestritten zu sein, dass das im Dienstbarkeitsvertrag vereinbarte Terrassenbenützungsberechtigung besteht, was sich aus dem Stichwort jedoch nicht ergibt. Um spätere Auseinandersetzungen (insbesondere bei Veräusserung eines der Grundstücke) zu vermeiden, wäre den Parteien zu raten, das Grundbuch anpassen zu lassen.

3. Das Obergericht geht davon aus, dass im Dienstbarkeitsvertrag von 1978 eine *realobligatorische* Verpflichtung des Eigentümers des berechtigten Grundstücks statuiert wird, nicht verrückbare Pflanzentröge aufzustellen, um einen Sichtschutz auf den unteren Sitzplatz zu gewährleisten. Demnach geht es davon aus, Art. 730 Abs. 2 ZGB lasse es zu, dass auch der jeweilige Dienstbarkeitsberechtigte im Sinn einer nebensächlichen Pflicht zu einem Tun verpflichtet werden kann. Es führt aus, dass bis Ende 2011 in der Lehre darüber Uneinigkeit geherrscht habe, mit der neuen Fassung von Art. 730 Abs. 2 ZGB sich die Möglichkeit einer solchen Verpflichtung nun aber aus dem Gesetz ergebe (E. 5.3.2). Nach der hier vertretenen Auffassung und entgegen der Meinung des Obergerichts kann der Schuldner einer solchen positiven Ne-

benpflicht nur der Dienstbarkeitsbelastete sein;³ der Wortlaut der revidierten Norm ist insofern missverständlich. Im Übrigen scheint es sich im vorliegenden Fall um die Verpflichtung des damaligen Eigentümers des berechtigten Grundstücks zu einer *einmaligen* Leistung zu handeln, ging es gemäss Dienstbarkeitsvertrag doch darum, «[a]uf der Terrasse der Parzelle (...) unverrückbare Pflanzentröge aufzustellen, so dass der Einblick auf den unteren Sitzplatz verwehrt ist» (E. 3.1). Diese Pflicht wurde mit dem Aufstellen der Pflanzentröge erfüllt, weshalb sich die Frage nach der Zulässigkeit einer Verknüpfung mit der Dienstbarkeit im Sinn von Art. 730 Abs. 2 ZGB gar nicht stellt.⁴ Anders verhält es sich mit der Pflicht der Dienstbarkeitsberechtigten, die Pflanzentröge nicht zu entfernen, welche sich zumindest implizit aus dem Dienstbarkeitsvertrag ergibt, da die Tröge (neben der Sicherheit) dem Sichtschutz dienen. Es handelt sich hierbei um eine vertragliche Bestimmung, die den Umfang des Terrassenbenützungsberechtigten umschreibt und daher dinglichen Charakter hat.⁵

² BGE 103 II 176 ff. (183), E. 2 in fine.

³ Vgl. J. SCHMID/B. HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6. Aufl., Zürich/Genf 2022, Nr. 1206, Kleindruck, mit zahlreichen Hinweisen (auch auf die Gegenmeinung); ausserdem BGer 5A_249/2018, E. 5.3.2 (obiter dictum).

⁴ Das gilt nur unter der Voraussetzung, dass der Dienstbarkeitsvertrag keine weiteren, im Entscheid nicht wiedergegebenen Pflichten zu einem Tun zu Lasten des Dienstbarkeitsberechtigten enthält, die unter Art. 730 Abs. 2 ZGB fallen. Zur Vereinbarung der Parteien hinsichtlich der *Unterhaltungspflicht* (Art. 741 ZGB) vgl. E. 5.2.4.3.2; derartige Pflichten können sowohl dem jeweiligen Dienstbarkeitsbelasteten als auch dem jeweiligen Dienstbarkeitsberechtigten überbunden werden.

⁵ Vgl. auch Art. 779b Abs. 1 ZGB, der dieses für sämtliche Dienstbarkeiten geltende Prinzip festhält; BGer 5C.270/2000, E. 2b.