

#### [939] Das rechtliche Schicksal von Überbauten

ALFRED KOLLER Prof. Dr. iur., Universität St. Gallen\*

##### ▪ INHALTSÜBERSICHT

##### I. Zum Thema

##### II. Die Rechtslage im Überblick

##### III. Präzisierungen zu Art. 674 Abs. 3 ZGB

##### 1. Einzelheiten zu den Tatbestandsvoraussetzungen

##### 2. Einzelheiten zur Rechtsfolgeordnung

##### IV. Zwei Nachträge

##### 1. Zur Bedeutung von Art. 674 Abs. 3 ZGB in Fällen, in denen das Grundstück mit der überragenden Baute oder das überbaute Grundstück veräussert wurde

##### 2. Analoge Anwendung von Art. 674 Abs. 3 ZGB auf Bauten, die eine Dienstbarkeit verletzen?

##### Résumé

##### I. Zum Thema

Mit den Überbauten, um die es im Folgenden geht, sind Bauten gemeint, die von einem Grundstück<sup>1</sup> auf ein anderes überragen, sei es, dass sie in den Luftraum des Nachbargrundstücks hinüberragen (z.B. ein Erker oder ein Balkon), sei es, dass sie teilweise auf dem Nachbargrundstück erstellt sind (z.B. ein Keller). Im Folgenden wird unterstellt, dass Urheber der Überbaute der Eigentümer des Grundstücks ist, auf dem die Baute steht, also nicht z.B. ein Mieter oder ein Bauberechtigter<sup>2</sup>. Sodann wird nur das Rechtsverhältnis zwischen den Eigentümern der betroffenen Grundstücke untersucht. Ausser Betracht bleibt also beispielsweise die Frage, welche Rechte einem Mieter zustehen, wenn die Überbaute sein Mietrecht beeinträchtigt. Ausser Betracht bleibt ferner der rechtlich weitgehend unproblematische Fall, dass die betroffenen Grundstücke demselben

Eigentümer gehören. Gehören sie verschiedenen Eigentümern, stellen sich unterschiedliche Rechtsprobleme, je nachdem, ob sich die ursprünglichen Eigentümer (also die Eigentümer im Zeitpunkt der Entstehung des Überbaus) gegenüberstehen oder nicht. Im Folgenden interessiert nur der erste Fall. Auf Fälle, in denen sich nicht mehr die ursprünglichen Eigentümer entgegenstehen, wird lediglich in einem Nachtrag eingegangen (IV./1.). In einem weiteren Nachtrag wird auf die Frage eingegangen, ob **Art. 674 Abs. 3 ZGB** auf Bauten, welche auf eine dienstbarkeitsbelastete Fläche überragen<sup>3</sup>, sinngemäss angewendet werden kann (IV./2.).

Nicht unter den Begriff der Überbaute fällt eine Baute, die ganz auf einem fremden Grundstück errichtet worden ist. Es gelten für diesen Fall auch andere Rechtsregeln, nämlich insbesondere die Art. 671-673 und 675 ZGB, wogegen die Überbauten ihre sedes materiae hauptsächlich in **Art. 674 ZGB** haben.

## II. Die Rechtslage im Überblick

Erstellt der Eigentümer eines Grundstücks eine Baute, die auf ein Nachbargrundstück überragt, so gehört der überragende Bauteil dem Überbauenden, sofern er bloss den Luftraum des Nachbargrundstücks in Anspruch nimmt<sup>4</sup>, hingegen dem Eigentümer des überragten (überbauten) Grundstücks, sofern er "auf oder unter der Erdoberfläche [940] desselben errichtet ist"<sup>5</sup> (Akzessionsprinzip, **Art. 642 Abs. 1 ZGB**; BGE 78 II 131 E. 3). So oder so ist der Eigentümer des überbauten Grundstücks berechtigt, die Beseitigung des überragenden Bauteils auf Kosten des Überbauenden zu verlangen (**Art. 641 Abs. 2 ZGB**)<sup>6</sup>. Das Gesagte gilt unter Vorbehalt von **Art. 674 Abs. 3 ZGB** (hinten 2.) sowie abweichender vertraglicher Regelungen (nachstehend 1.). Sodann gilt hier wie überall das Rechtsmissbrauchsverbot, welches zu einem Verlust des Beseitigungsanspruchs führen kann (hinten 3.):

1. Die Parteien haben es in der Hand, den Beseitigungsanspruch durch vertragliche Vereinbarung auszuschliessen<sup>7</sup> (obligatorisches Überbaurecht, BGE 78 II 131 S. 137). Sodann können sie dem Überbauenden den vom Überbau betroffenen Grundstücksteil zu Eigentum zuweisen und damit dem Beseitigungsanspruch gleichsam die Grundlage (**Art. 641 Abs. 2 ZGB**) entziehen. Praktisch viel bedeutsamer ist die Möglichkeit, dem Bauenden ein dingliches Überbaurecht<sup>8</sup> für sich und seine Rechtsnachfolger einzuräumen (**Art. 674 Abs. 1 und 2 ZGB**)<sup>9</sup>. Die Begründung einer solchen Überbaurechts(grund)dienstbarkeit<sup>10</sup> richtet sich nach den allgemeinen Regeln (BGE 78 II 131 S. 137). Es gilt also das Eintragungserfordernis<sup>11</sup>, und der Dienstbarkeitsvertrag bedarf – vorbehaltlich **Art. 243 Abs. 2 OR** – der Schriftform (**Art. 732 ZGB**)<sup>12</sup>. Ist die Dienstbarkeit rechtswirksam begründet, ist nicht nur der besagte Beseitigungsanspruch (**Art. 641 Abs. 2 ZGB**) aufgehoben, vielmehr steht dem Bauenden auch das Eigentum am Überbau zu (**Art. 674 Abs. 1 ZGB**), gleich wie bei einem Baurecht i.S.v. **Art. 675 ZGB**. Schon vor Begründung der Dienstbarkeit zeitigt der Dienstbarkeitsvertrag obligatorische Wirkungen in dem Sinne, dass er ein persönliches (nicht dingliches) Überbaurecht begründet. Dem Eigentümer des überbauten Grundstücks ist es also nach Abschluss des Dienstbarkeitsvertrages verwehrt, die Beseitigung des Überbaus zu verlangen.

2. Hat der Überbauende den Überbau erstellt, ohne dazu dinglich berechtigt zu sein, so kann ihm unter den Voraussetzungen von **Art. 674 Abs. 3 ZGB** "das dingliche Recht auf den Überbau oder das Eigentum am Boden zugewiesen werden"<sup>13</sup>. Er hat also gegebenenfalls Anspruch auf

Begründung einer Überbaudienstbarkeit oder auf Zuweisung des Eigentums am überbauten Grundstücksteil<sup>14</sup>. Gegebenenfalls hat er dem Eigentümer des überbauten Grundstücks eine "angemessene Entschädigung" zu bezahlen.

Der Anspruch aus **Art. 674 Abs. 3 ZGB** verschafft dem Überbauenden auch das – nicht ausdrücklich erwähnte – Recht, die Beseitigung der Baute zu verweigern, noch bevor die Überbaudienstbarkeit begründet bzw. ihm das Eigentum am überbauten Grundstücksteil zugewiesen worden ist (s. analog vorne Ziff. 1 gegen Ende)<sup>15</sup>. Macht der Überbau [941] ende von diesem Recht Gebrauch, so kann der Gegner (der Eigentümer des überbauten Grundstücks) seinerseits verlangen, dass die sein Eigentum verletzende Situation dinglich bereinigt wird, indem der Überbauende – gegen angemessene Entschädigung – ein dingliches Überbaurecht oder aber den überbauten Grund und Boden zu Eigentum erwirbt (vgl. BGE 44 II 463; SJZ 1962, 304 Nr. 156; hinten III./2.)<sup>16 / 17</sup>.

3. Der Beseitigungsanspruch aus **Art. 641 Abs. 2 ZGB** kann – wie jedes Recht – missbraucht werden (**Art. 2 Abs. 2 ZGB**). Gegebenenfalls kann die Beseitigung des Überbaus nicht verlangt werden, obwohl der Bauende weder ein vertragliches Recht auf den Überbau noch einen gesetzlichen Zuweisungsanspruch gemäss **Art. 674 Abs. 3 ZGB** hat. Zu denken ist vorab an Fälle blosser Schikane<sup>18</sup>, ferner an Fälle, in denen dem Bauenden durch die Beseitigung des Überbaus "ein im Vergleich mit dem Vorteil des Nachbarn ganz unverhältnismässig grosser Schaden entstände"<sup>19</sup>.

### III. Präzisierungen zu **Art. 674 Abs. 3 ZGB**

Im Folgenden interessiert vorab, unter welchen Voraussetzungen **Art. 674 Abs. 3 ZGB** mit Erfolg angerufen werden kann, sodann interessiert die nähere Ausgestaltung der Rechtsfolgeordnung dieser Bestimmung<sup>20</sup>.

#### 1. Einzelheiten zu den Tatbestandsvoraussetzungen

Die erfolgreiche Berufung auf **Art. 674 Abs. 3 ZGB** setzt dreierlei voraus:

a) *Erstens*: Der Überbauende muss sich bei Errichtung der Baute in gutem Glauben befunden haben. Trifft dies zu, durfte er jedoch bei der gebotenen Aufmerksamkeit nicht gutgläubig sein, so schadet ihm dies – entgegen der allgemeinen Regel (**Art. 3 Abs. 2 ZGB**) – nur, wenn er in grober Weise gegen die gebotene Aufmerksamkeit verstossen hat. In diesem Sinne hat sich jedenfalls die herrschende Lehre<sup>21</sup> und Rechtsprechung<sup>22</sup> ausgesprochen, offenbar in Anlehnung an § 912 BGB.

Gutgläubigkeit ist dann gegeben, wenn der Überbauende glaubt, zum Überbau dinglich berechtigt zu sein. Zu denken ist insbesondere an Fälle, in denen er sich hinsichtlich der Grundstücksgrenze irrt, er also glaubt, (ausschliesslich) auf eigenem Grund zu bauen<sup>23</sup>. Gutgläubig ist er ferner, wenn er zwar weiss, dass er auf fremdem Grund baut, jedoch meint, es stehe ihm eine – in Wirklichkeit nicht bestehende – Überbaurechtsdienstbarkeit zu. Weiss er hingegen, dass er kein dingliches Recht hat, so ist er bösgläubig. Ein allfälliges obligatorisches Recht zum Überbau ändert nichts, noch weniger die irrtümliche Annahme, es stehe ihm ein solches Recht zu oder der Nachbar gestatte ihm den Überbau auf Zusehen hin (prekaristisch)<sup>24</sup>.

Wenn also der Bauende, der um die wahren dinglichen Rechtsverhältnisse weiss, eine Überbaudienstbarkeit erlangen will, so muss er sich um Einräumung eines solchen Rechts durch

den Nachbar bemühen. Unterlässt er dies, kann er seine Unterlassung nicht über [Art. 674 Abs. 3 ZGB](#) ungeschehen machen, vielmehr kann er höchstens den Beseitigungsanspruch aus [Art. 641 Abs. 2 ZGB](#) abwehren, falls der Nachbar sich in missbräuchlicher Weise auf sein Eigentum beruft (vorne II./Ziff. 3).

b) *Zweitens*: Der Eigentümer des überbauten Grundstücks hat gegen den Überbau "nicht rechtzeitig" Einspruch erhoben, d.h. sein Eigentum geltend gemacht<sup>25</sup>. Die Einspruchsfrist beginnt nach dem französischen Gesetzeswortlaut mit der Kenntnis des Überbaus, nach dem deutschen mit der Erkennbarkeit. Massgeblich ist nach herrschender Auffassung der deutsche Text. Dabei ist die Erkennbarkeit subjektiv zu verstehen, nicht objektiv, also bezogen auf die Person des betreffenden Eigentümers, nicht eines Dritten<sup>26</sup>. Ist der Überbau erkennbar, hat der Einspruch innert nützlicher Frist, "en temps utile", wie der französische Gesetzestext sagt, zu erfolgen.

Ein Einspruch kann auch in der Weise geschehen, dass der Eigentümer des überbauten Grundstücks zwar seine Zustimmung zum Überbau gibt, diese aber von gewissen Bedingungen abhängig macht (vgl. BGE [5C.51/2007](#) vom 21. Dezember 2007). In dem eben erwähnten Entscheid ging es (vereinfacht gesagt) um Folgendes: Zwischen den Eheleuten Z und deren Nachbar X war ein Prozess hängig, in dem es um die Löschung eines zugunsten von X bestehenden Fahrwegrechts ging. Im Jahre 2002 unternahmen die Eheleute Z am Gebäude auf ihrem Grundstück Renovations- und Umbauarbeiten. U.a. erstellten sie ein Vordach, das auf das Grundstück von X überragte. Sobald der Überbau für X erkennbar war, wandte er sich an die Eheleute Z und bot ihnen an, den Überbau gegen Rückzug der Klage zu tolerieren. Die Eheleute Z waren damit nicht einverstanden. Hierauf klagte X mit Erfolg auf Rückbau des Vordachs.

Das Unterlassen rechtzeitiger Einsprache schadet dem Eigentümer des überbauten Grundstücks nicht, falls der Bauende sich in bösem Glauben befindet. Unter dieser Voraussetzung bleibt ihm insbesondere der Anspruch auf Beseitigung des Überbaus erhalten (illustrativ BGE 53 II 221)<sup>27</sup>. Dieser Anspruch geht hingegen bei Gutgläubigkeit des Bauenden unter. Als Äquivalent kann jedoch der Eigentümer des überbauten Grundstücks "entweder die Abnahme des Eigentums an der überbauten Fläche oder die Begründung eines Baurechts zugunsten des Überbauenden gegen angemessene Entschädigung verlangen, wenn es die Umstände rechtfertigen"<sup>28</sup> (s. bereits vorne II./Ziff. 2).

c) *Drittens*: Die Umstände ([Art. 4 ZGB](#)) müssen die Zuerkennung einer Überbaurechtsdienstbarkeit oder die Zuweisung des überbauten Bodens rechtfertigen. Entscheidend sind die Umstände im Zeitpunkt der Gesuchstellung. "Zu berücksichtigen sind dabei die Grösse des Überbaus, der Wert desselben im Verhältnis zum Bodenwert, die Unentbehrlichkeit des Bodens für dessen Eigentümer und ähnliches"<sup>29</sup>.

Beispiel (BGE [5A\\_332/2007](#) vom 15. November 2007, mit rechtlich unerheblichen Änderungen): Die Liegenschaft Nr. x in der Gemeinde Z gehört dem B. Das auf diesem Grundstück bestehende Gebäude hat einen Balkon, der das Nachbargrundstück Nr. y überragt. Bei diesem Grundstück handelt es sich um einen Innenhof, der von mehreren Gebäuden umgeben ist, darunter das auf der Liegenschaft Nr. x errichtete. Die A. SA, Eigentümerin der Liegenschaft Nr. y, errichtete an der Grenze zum Grundstück Nr. x eine Backsteinmauer mit dem Zweck, den Zugang vom Grundstück Nr. x aus zu hindern. Wegen der Mauer kann B eine Küchentür und ein Küchenfenster nicht mehr vollständig öffnen. In der Folge klagte B. gegen die A. SA mit Erfolg auf Beseitigung der Mauer und

auf Einräumung eines Überbaurechts für den Balkon zu Gunsten des Grundstücks Nr. x und zu Lasten des Grundstücks Nr. y gegen Bezahlung von 920 Franken. Zu der nach **Art. 674 Abs. 3 ZGB** erforderlichen Ermessensausübung stellte das Bundesgericht fest: "Les premiers juges ont considéré que l'empiétement qui est supporté par la recourante [A. SA] depuis plusieurs années n'entravait que peu l'exploitation de la parcelle n° y, compte tenu de l'affectation prévue au parcage de véhicules et de la superficie réduite du balcon. A l'inverse, le balcon apporte une plus-value manifeste à l'appartement dont les habitants bénéficient d'une ouverture donnant sur une cour intérieure à l'abri de la circulation, jouissant d'un ensoleillement adéquat et éclairant le salon."<sup>30</sup> Angesichts dieser Umstände habe die Vorinstanz ohne Verletzung von Bundesrecht annehmen dürfen, die Umstände i.S.v. **Art. 674 Abs. 3 ZGB** rechtfertigten die Zuerkennung eines dinglichen Überbaurechts.

## 2. Einzelheiten zur Rechtsfolgeordnung

Von der Rechtsfolgeordnung des **Art. 674 Abs. 3 ZGB** war überblicksweise bereits die Rede (vorne II./Ziff. 2): Bei ge [943] gebenem Tatbestand kann der Beseitigungsanspruch aus **Art. 641 Abs. 2 ZGB** nicht gegen den Willen des Überbauenden geltend gemacht werden. Sodann kann der Überbauende verlangen, dass ihm "gegen angemessene Entschädigung das dingliche Recht auf den Überbau oder das Eigentum am Boden zugewiesen" wird<sup>31</sup>. Präzisierungen:

a) Weigert sich der Überbauende, der vom Nachbarn auf Beseitigung des Überbaus verklagt wird, dem Begehren nachzukommen, so kann ihm nicht von Amtes wegen eine Überbaurechtsdienstbarkeit oder das Eigentum am überbauten Boden zugesprochen werden. Ein solches Recht kann ihm vielmehr nur zugesprochen werden, wenn er selbst "durch Widerklage ein hierauf bezügliches Begehren stellt" (SJZ 1962, 304 Nr. 156) oder wenn der Kläger eventualiter (für den Fall, dass der Beseitigungsanspruch verneint werden sollte) den Antrag stellt, dem Beklagten gegen angemessene Entschädigung eine Überbaurechtsdienstbarkeit einzuräumen oder den überbauten Boden zu Eigentum abzutreten (vgl. das in BGE 44 II 463, 465 aufgeführte Klagebegehren).

Das soeben erwähnte Klagebegehren lautete, soweit hier von Interesse, wie folgt: Der Beklagte sei zu verurteilen, "den durch den Überbau ... geschaffenen rechtswidrigen Zustand zu beseitigen, und zwar a) durch Entfernung bzw. Rückversetzung des Überbaus auf die unter 1 genannte Grenze, b) eventuell durch Erwerb des Überbaurechts, c) subeventuell durch Erwerb des Grund und Bodens, auf dem der Überbau steht ...".

b) Der Anspruch auf Begründung einer Überbaurechtsdienstbarkeit oder auf Zuweisung des Eigentums am überbauten Grundstücksteil kann mittels Leistungsklage geltend gemacht werden. Diese ist auf Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung des Beklagten gerichtet<sup>32</sup>. "Möglich ist auch eine Gestaltungsklage auf Zusprechung des Überbaurechts oder des Eigentums am überbauten Bodenstück"<sup>33</sup>. LIVER, von dem der zitierte Satz stammt, leitet dies aus **Art. 665 Abs. 1 ZGB**, den er analog heranzieht, ab. Dass auf richterliche Rechtsgestaltung geklagt werden kann, ergibt sich aber m.E. schon aus **Art. 674 Abs. 3 ZGB**.

Statt Leistungs- und Gestaltungsklage wollen Einzelne die Feststellungsklage zulassen<sup>34</sup>. Indes bestehen weder die Überbaurechtsdienstbarkeit noch das Eigentum am überbauten Grundstück unmittelbar von Gesetzes wegen, vielmehr setzt die Entstehung dieser Rechte die Eintragung im

Grundbuch bzw. ein Gestaltungsurteil des Richters voraus<sup>35</sup>. Damit bleibt für eine blosser Feststellungsklage kein Raum<sup>36</sup>.

Praktisch im Vordergrund steht die Begründung einer Überbaurechtsdienstbarkeit. Dies insbesondere in Fällen, in denen der Überbau nur den Luftraum des überbauten Grundstücks in Anspruch nimmt (vgl. BGE 44 II 463 E. 2 gegen Ende). Gelegentlich scheidet die Zuweisung des Bodens am überbauten Grundstücksteil schon an den tatsächlichen Gegebenheiten (BGE 78 II 131 E. 6 a.E.)<sup>37</sup>.

c) Wird dem Überbauenden ein dingliches Überbaurecht oder das Recht am überbauten Boden zugesprochen, so hat er eine "angemessene Entschädigung" zu zahlen<sup>38</sup>. Im Einzelfall muss es dem Richter frei stehen, von jeder Entschädigung abzusehen, wenn nur dies den Umständen angemessen ist<sup>39</sup>. In dem vom Bundesgericht in BGE 78 II 131 beurteilten Fall wurde m.E. zu Unrecht eine Entschädigungspflicht bejaht (E. 8).

"Den Entschädigungsanspruch geltend zu machen und im einzelnen zu begründen, ist Sache des durch den Überbau geschädigten Nachbarn." (BGE 78 II 131, 140). Hat es dieser unterlassen, im Prozess um die Geltendmachung des Überbaurechts bzw. die Zuweisung des überbauten Bodens [944] ein entsprechendes Begehren zu stellen, so kann die Entschädigungsfrage in ein besonderes Verfahren verwiesen werden (BGE 78 II 131, 140).

d) "Die nachbarrechtliche Duldungspflicht besteht nur solange, als der Überbau besteht; sie erlischt mit dessen Beseitigung."<sup>40</sup> Demnach kann in Fällen, in denen eine Überbaurechtsdienstbarkeit begründet wurde, der Eigentümer des (ehedem) überbauten Grundstücks deren Löschung verlangen (Art. 736 Abs. 1 ZGB; BGE 78 II 131 E. 7)<sup>41</sup>.

#### IV. Zwei Nachträge

##### 1. Zur Bedeutung von Art. 674 Abs. 3 ZGB in Fällen, in denen das Grundstück mit der überragenden Baute oder das überbaute Grundstück veräussert wurde

Nachstehend interessiert die bis anhin ausgesparte<sup>42</sup> Frage, welche Bedeutung dem Art. 674 Abs. 3 ZGB in jenen Fällen zukommt, in denen das Grundstück mit der überragenden Baute oder das überbaute Grundstück veräussert wurde, ohne dass zuvor eine dingliche Bereinigung der Eigentumsüberschreitung – durch Begründung einer Überbaudienstbarkeit oder Abtretung des überbauten Landes zu Eigentum – stattgefunden hat. Es geht um zwei Tatbestände: *Erstens*: Der Eigentümer eines Grundstücks hat eine Baute erstellt, die auf ein eigenes Grundstück überragt (sog. Eigengrenzüberbau), und in der Folge eines der Grundstücke veräussert. *Zweitens*: Das überbaute Grundstück hat bei Erstellung des Überbaus einem Dritten gehört (Fremdgrenzüberbau), nachträglich wurde eines der Grundstücke veräussert.

Zum ersten Tatbestand hat das Bundesgericht – mit Zustimmung der Lehre<sup>43</sup> – erkannt, Art. 674 Abs. 3 ZGB finde zwar keine unmittelbare Anwendung, wohl aber analoge, "und zwar in dem Sinne, dass dem Eigentümer des Grundstücks, von dem die überragende Baute ausgeht, gegen angemessene Entschädigung das dingliche Recht auf den Überbau oder das Eigentum am Boden zugewiesen werden kann, wenn die Umstände es rechtfertigen" (BGE 78 II 131, 136). Auf die weiteren Erfordernisse von Art. 674 Abs. 3 ZGB (Gutgläubigkeit des Bauenden usw.) könne, so das Bundesgericht weiter, nicht abgestellt werden<sup>44</sup>.

Zum zweiten Tatbestand: Wenn bei einem Fremdgrenzüberbau das Grundstück mit der überragenden Baute veräussert wird, so geht ein allfälliger Anspruch aus **Art. 674 Abs. 3 ZGB** auf den Erwerber über. Entsprechendes gilt bei Veräusserung des überbauten Grundstücks: Ein allfälliger Anspruch aus **Art. 674 Abs. 3 ZGB** richtet sich nun gegen den Erwerber<sup>45</sup>. Beim Anspruch aus **Art. 674 Abs. 3 ZGB** handelt es sich also um eine Realobligation, welche sowohl auf Schuldner- wie auch auf Gläubigerseite subjektiv-dinglich verknüpft ist (BGE 41 II 215, 220)<sup>46</sup>. Wenig geklärt ist die Rechtslage in Fällen, in denen im Zeitpunkt der Veräusserung kein Anspruch aus **Art. 674 Abs. 3 ZGB** bestanden hat. Die Lehre nimmt – ohne eingehende Begründung – an, eine nachträgliche Anspruchsentstehung sei nicht mehr möglich. So sei beispielsweise "der Dritte, der das überbaute Grundstück erwirbt, nicht verpflichtet, den Überbau zu dulden", andererseits könne "der Erwerber des Baugrundstücks, auch wenn er gutgläubig ist, nicht die Einräumung eines Überbaurechts verlangen"<sup>47</sup>. M.E. sollte die in BGE 78 II 131 für den Eigengrenzüberbau entwickelte Rechtsprechung auch in diesem Kontext übernommen werden, also **Art. 674 Abs. 3 ZGB** in dem Sinne (analog) angewendet werden, dass die Umstände des Einzelfalls darüber entscheiden, ob ein Anspruch auf Zuerkennung eines dinglichen Überbaurechts bzw. des überbauten Bodens zu Eigentum besteht<sup>48</sup>.

## [945] 2. Analoge Anwendung von **Art. 674 Abs. 3 ZGB** auf Bauten, die eine Dienstbarkeit verletzen?

In der Lehre ist die im Titel aufgeworfene Frage strittig<sup>49</sup>, in **BGE 83 II 201** wurde sie verneint, in **BGE 5C.307/2005** vom 19. Mai 2006 hingegen offen gelassen<sup>50</sup>. M.E. ist sie zu bejahen. Vorab ist zu beachten, dass **Art. 674 Abs. 3 ZGB** nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (**Art. 685 Abs. 2 ZGB**) dann analog anwendbar ist, wenn der Bauende zwar die Eigentumsgrenze, nicht aber den durch die nachbarrechtlichen Vorschriften (**Art. 686 ZGB**) vorgeschriebenen Grenzabstand einhält (BGE 41 II 215; **103 II 326**). Gleich muss es sich verhalten, wenn der Grenzabstand nicht durch Gesetz, sondern durch eine Dienstbarkeit festgelegt ist. Bei anderen Dienstbarkeitsverletzungen (etwa bei einer durch eine Baute bedingten Wegrechtsverletzung) kann es sich m.E. in einer Rechtsordnung, welche auf Wertungseinheit bedacht ist, nicht anders verhalten. Zur Illustration sei **BGE 5C.71/2006** vom 19. Juli 2006 herangezogen. Es ging in diesem Entscheid um Folgendes:

Zu Gunsten der Parzelle Nr. xxx und zu Lasten der Parzellen Nr. yyy und zzz besteht ein Fuss- und Fahrwegrecht auf einer Breite von 3 Metern. Die Dienstbarkeit wurde im Jahre 1978 begründet. Im Jahr 1995 errichtete die Eigentümerin der belasteten Grundstücke (Nr. yyy und zzz), A, auf diesen ein Gebäude, ohne dass der Eigentümer der berechtigten Parzelle (Nr. xxx), B, dagegen opponierte. Durch das neue Gebäude wird die Ausübung des Fahrwegrechts in zweierlei Hinsicht eingeschränkt: Einmal ist die Durchfahrt wegen eines in die Strasse hineinragenden Vordachs nur mehr mit Personenwagen möglich, nicht auch mit Lastwagen. Zum Zweiten weist die Strasse nicht mehr überall eine Breite von drei Metern auf ("la largeur de la route ... oscille entre 2,50 m et 3,14 m"). Im Jahre 1998 erwarben die Kläger das berechnete Grundstück (Nr. xxx) von B. Hierauf erhoben sie gegen A Klage "en concluant en substance à la restauration sur les parcelles nos yyy et zzz, ..., du droit de passage de trois mètres de large en faveur de la parcelle n° xxx, sur toute la longueur et la hauteur utiles à son exercice". Das Waadtländer Kantonsgericht wies die Klage ab, das Bundesgericht hat bestätigt. Es hat der Sache nach angenommen, dass die Dienstbarkeit zugunsten des Grundstücks Nr. xxx ausserbuchlich dadurch eingeschränkt wurde, dass B die Errichtung des Gebäudes durch A oppositionslos duldete, obwohl dadurch die Ausübung des Wegrechts faktisch eingeschränkt wurde (Teilverzicht)<sup>51</sup>. Die Kläger als Rechtsnachfolger von B

hätten sich, so das Bundesgericht weiter, die Einschränkung nur dann nicht entgegenhalten lassen müssen, wenn sie Gutgläubensschutz nach [Art. 973 Abs. 1 ZGB](#) genossen hätten. Das traf wegen der mit dem Gebäude verbundenen natürlichen Publizität nicht zu. M.E. verdient die vom Bundesgericht sinngemäss vertretene Ansicht, wonach ein teilweiser Verzicht auf eine Dienstbarkeit formlos geschehen kann, keine Zustimmung. Vorzugswürdig scheint die Ansicht, dass ein Teilverzicht den Regeln über die Änderung des Dienstbarkeitsinhalts folgt. Vorausgesetzt ist daher ein schriftlicher Änderungsvertrag ([Art. 732 ZGB](#) i.V.m. [Art. 12 OR](#)). Im konkreten Fall fehlte es hieran. Demnach bestand das Wegrecht weiterhin auf einer Breite von 3 Metern ([Art. 738 ZGB](#)). Hingegen hatte der Beklagte (A) allenfalls gestützt auf [Art. 674 Abs. 3 ZGB](#), welcher freilich nur analog anwendbar war, Anspruch auf Abänderung des Wegrechts bzw. Anpassung an die natürlichen Wegegebenheiten<sup>52</sup>.

## ▪ Résumé

Il n'est pas rare qu'une construction enfreigne le droit réel d'un tiers: la propriété (la construction empiète sur un fonds voisin) ou une servitude (la construction restreint par exemple l'exercice d'un droit de passage). Dans ces cas, le titulaire du droit lésé est en principe en droit d'exiger la suppression de l'élément qui dépasse (empiètement) (art. 641 al. 2 et 737 al. 3 CC). Des restrictions résultent en particulier de l'art. 674 al. 3 CC. En vertu de cette disposition, l'auteur de l'empiètement peut, à certaines conditions, demander que " l'empiètement à titre de droit réel ou la surface usurpée lui soient attribués ". Alfred Koller aborde dans son article en premier lieu la réglementation de l'art. 674 al. 3 CC. Il se consacre ensuite au champ d'application de cette disposition et à la situation juridique pour les cas qui ne sont pas visés, ou pas directement, par la disposition.

(trad. LT LAW TANK, Berne)

## Fussnoten:

- \* Herr FABIAN MÖRTL, M.A. HSG, hat den Text formal bereinigt und die Anmerkungen auf ihre Richtigkeit überprüft. Ihm gebührt dafür mein aufrichtiger Dank.
- 1 Das Grundstück wird hier und im Folgenden als Liegenschaft ([Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB](#)) verstanden, ohne die übrigen Grundstücke im Sinne von [Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2-4 ZGB](#).
- 2 Zum Fall, dass ein Bauberechtigter baut, s. ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Band IV, 1. Abteilung, 2. Teilband, [Art. 655-679 ZGB](#), 3. A., Bern 1964, N 14 zu [Art. 674 ZGB](#); HANS L EEMANN, Berner Kommentar, Band IV, 1. Abteilung, [Art. 641-729](#), 2. A., Bern 1920, N 9 zu [Art. 674 ZGB](#).
- 3 Es überragt beispielsweise eine Baute eine mit einer Bauverbotsdienstbarkeit oder einem Wegrecht belastete Fläche.
- 4 Z.B. LEEMANN (FN 2), N 2 und N 30 zu [Art. 674 ZGB](#); HEINZ REY, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, [Art. 457-977 ZGB](#), 3. A., Basel 2007, N 15 zu [Art. 674 ZGB](#).
- 5 LEEMANN (FN 2), N 2 und N 29 zu [Art. 674 ZGB](#); MEIER-HAYOZ (FN 2), N 2 zu [Art. 674 ZGB](#).
- 6 Z.B. [BGE 98 II 191](#) (Recht auf Beseitigung einer Strasse); [BGE 5C.51/2007](#) vom 21. Dezember 2007 (Recht auf Beseitigung eines Vordachs = ALFRED KOLLER, Sachenrecht Entwicklungen 2007, Bern 2008, 43 f.). Zur Eigentumsfreiheitsklage s. neuerdings [BGE 5A\\_732/2008](#) vom 14.



Juli 2009 = ALFRED KOLLER, Sachenrecht Entwicklungen 2009, Bern 2010, 39 f. mit Anm. Kommt der zur Beseitigung des Überbaus Verpflichtete seiner Verpflichtung nicht nach, so kann sich der Nachbar nach Massgabe von **Art. 98 Abs. 1 OR** (dazu ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2009, § 44, Rz. 18 ff.) zur Ersatzvornahme auf Kosten des Verpflichteten ermächtigen lassen (LEEMANN [FN 2], N 57 zu **Art. 674 ZGB**).

- 7 Eine solche Vereinbarung kann aber – vorbehältlich **Art. 112 Abs. 2 OR** – einem Erwerber des überragten Grundstücks nicht entgegengehalten werden (BGE 44 II 463 E. 2).
- 8 S. z.B. BGE **5A\_661/2008** vom 9. März 2009, wo es um die Auslegung des (dinglichen) Überbaurechts ging. Der Entscheid ist wiedergegeben bei KOLLER, Sachenrecht Entwicklungen 2009, Bern 2010, 63 ff.
- 9 Zu den Gründen, welche den Gesetzgeber veranlasst haben, den Parteien diese Möglichkeit einzuräumen, s. MEIER-HAYOZ, (FN 2), N 2 f. zu **Art. 674 ZGB**.
- 10 Die Begründung des Überbaurechts in der Form einer Personaldienstbarkeit ist nach herrschender Auffassung ausgeschlossen, s. REY, Basler Kommentar, N 7 zu **Art. 674 ZGB**; LEEMANN (FN 2), N 17 zu **Art. 674 ZGB**; PETERLIVER, Das Eigentum, in: Schweizerisches Privatrecht, Band V/1, Basel 1977, 179; ADOLF BÜRGISSER, Das Überbaurecht des ZGB und des BGB, Diss. Zürich 1978, 286 f. Etwas weniger eindeutig ist die Stellungnahme von HANS-PETER FRIEDRICH, Baurechts-, Unterbaurechts- und Überbaurechts-Dienstbarkeiten, in: Rechtliche Probleme des Bauens, Bern 1969, 153. Für ihn steht zwar fest, dass jedenfalls das gesetzliche Überbaurecht gemäss **Art. 674 Abs. 3 ZGB** (s. dazu hinten Ziff. 2) "nur Grunddienstbarkeit sein kann". Hingegen scheint für ihn nicht ausgeschlossen, dass vertraglich eine Personaldienstbarkeit begründet werden kann, freilich nur zugunsten des Eigentümers des Grundstücks, von dem der Überbau ausgeht. Das Eigentum an diesem Grundstück und das Recht am Überbau (Dienstbarkeitsrecht und Eigentum) können somit nicht auseinanderfallen.
- 11 A.A. LEEMANN (FN 2), N 25 zu **Art. 674 ZGB**; wie im Text hingegen MEIER-HAYOZ (FN 2), N 32 zu **Art. 674 ZGB**, in der Neubearbeitung von LEEMANNs Kommentar.
- 12 Nach der revidierten, aber noch nicht in Kraft gesetzten Fassung von **Art. 732 ZGB** ist öffentliche Beurkundung vorausgesetzt.
- 13 **Art. 674 Abs. 3 ZGB** will die Zerstörung erheblicher wirtschaftlicher Werte verhindern (LIVER [FN 10], 180 f.), freilich nicht um jeden Preis, sondern eben nur unter den in der Bestimmung umschriebenen Voraussetzungen.
- 14 Das deutsche Recht (§ 912 Abs. 1 BGB) sieht vor, dass zu Lasten des Eigentümers des überbauten Grundstücks – bei gegebenen Voraussetzungen – von Gesetzes wegen eine dingliche Duldungspflicht besteht, was faktisch auf eine gesetzliche Überbaudienstbarkeit hinausläuft. Einen Anspruch auf Zuweisung des überbauten Grundstücksteils zu Eigentum hat der Bauende nicht (s. aber auch FN 17).
- 15 Mit anderen Worten ist der Eigentümer des belasteten Grundstücks von Gesetzes wegen verpflichtet, eine Eigentumsverletzung zu dulden. Das Bundesgericht spricht von einer unmittelbaren gesetzlichen Eigentumsbeschränkung (BGE 41 II 215 E. 5, BGE 78 II 131 S. 137 mit klärenden Erläuterungen).
- 16 Aus der Lehre s. BÜRGISSER (FN 10), 366 f. m.w.Nw.
- 17 Das deutsche Recht sieht vor, dass der Eigentümer des überbauten Grundstücks vom Gegner jederzeit verlangen kann, dass er ihm "gegen Übertragung des Eigentums an dem überbauten

Teil des Grundstücks den Wert ersetzt, den dieser Teil zur Zeit der Grenzüberschreitung gehabt hat" (§ 915 Abs. 1 BGB). Das bedeutet nichts anderes, als dass der Eigentümer des überbauten Grundstücks das Recht hat, dem Bauenden den überbauten Grundstücksteil zu verkaufen (Verkaufsrecht, einseitiger Kontrahierungszwang; vgl. KOLLER, OR AT [FN 6], § 22, Rz. 9).

- 18 SJZ 1962, 304, Nr. 156: "Das Begehren auf Beseitigung des Überbaus ist abzuweisen, wenn der Kläger kein hierauf bezügliches Interesse irgendwelcher Art darzutun vermag, vielmehr die vom Beklagten vorgenommenen baulichen Veränderungen auch im Interesse des Klägers liegen."
- 19 LIVER (FN 10), 183.
- 20 **Art. 674 Abs. 3 ZGB** gilt nicht nur für Überbauten, sondern auch für *andere Vorrichtungen*, die von einem Grundstück auf ein anderes überragen, "z.B. auch eine gemauerte Grube, Scheidemauern, Zäune, Treppen, Brunnen, Brückenpfeiler" (LEEMANN [FN 2], N 11 zu **Art. 674 ZGB**), nicht aber für "Anlagen, die sich in einer blossen Umgestaltung des Bodens erschöpfen" (**BGE 98 II 191** E. 2; vgl. auch **BGE 5A\_747/2008** vom 27. April 2009, E. 2). Einen viel engeren Anwendungsbereich hat § 912 Abs. 1 BGB ("Gebäude"), dazu FRANZ JÜRGENSÄCKER, Münchener Kommentar, Band 6, §§ 854-1296, 5. A., München 2009, N 4 zu § 912 BGB.
- 21 Z.B. MEIER-HAYOZ (FN 2), N 66 zu **Art. 674 ZGB**; LEEMANN (FN 2), N 46 zu **Art. 674 ZGB**.
- 22 Grundlegend **BGE 41 II 215, 221**; ferner etwa **BGE 103 II 326**.
- 23 Solche Irrtümer können namentlich dort vorkommen, wo eine amtliche Vermessung (**Art. 950 ZGB** und **Art. 38 SchIT ZGB**) noch nicht stattgefunden hat und sich der wirkliche Grenzverlauf erst nach Erstellung der Baute zeigt (vgl. LEEMANN [FN 2], N 1 zu **Art. 674 ZGB**; LIVER [FN 10], 180, mit Hinweis auf **BGE 44 II 463, 78 II 16**). Häufig kommen daher gutgläubig geschaffene Überbauten in Altstadt-Verhältnissen vor (vgl. OGer Solothurn, SJZ 1948, 43 Nr. 5 = ZBGR 1947, 36 f.; OGer Aargau, ZBGR 1927, 206 f.; Repertorio 1955, 234 ff. = ZBGR 1967, 80 ff. [Entscheidübersetzung und -kommentierung von LIVER]; Repertorio 1956, 120 ff.).
- 24 Anders offenbar LEEMANN (FN 2), N 46 zu **Art. 674 ZGB**, gestützt auf **BGE 41 II 215 E. 6**.
- 25 MEIER-HAYOZ (FN 2), N 45 zu **Art. 674 ZGB**, und BÜRGISSER (FN 11), 296, fassen die Einsprache als "empfangsbedürftige Willenserklärung" auf, mithin als Rechtsgeschäft. Um ein solches handelt es sich jedoch nicht, da der Einsprecher keinen Rechtsfolgewillen haben muss, um die in Frage stehende Rechtsfolge (Erhaltung des Beseitigungsanspruchs, **Art. 641 Abs. 2 ZGB**) zu bewirken (s. zum Begriff des Rechtsgeschäfts allgemein KOLLER, OR AT [FN 6], § 3, Rz. 2 ff.). Richtigerweise ist von einer rechtsgeschäftsähnlichen Handlung auszugehen, wie sie etwa auch die Mahnung (**Art. 102 OR**) darstellt.
- 26 LIVER (FN 10), 181; ZR 1956, 90, Nr. 55. Gegenteilig, also für objektive Erkennbarkeit, MEIER-HAYOZ (FN 2), N 39 zu **Art. 674 ZGB**, und ihm folgend auch **BGE 5A\_332/2007** vom 15. November 2007 (E. 5.1), ferner BÜRGISSER (FN 10), 302; JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 3. A., Zürich 2009, N 899. MEIER-HAYOZ stützt sich auf das deutsche Recht, wonach der Einspruch "vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung" erfolgen muss (§ 912 Abs. 1 a.E. BGB). **Art. 674 Abs. 3 ZGB** stellt hingegen darauf ab, dass der Überbau "für ihn" (den Eigentümer des überbauten Grundstücks) erkennbar ist. Jedenfalls bei wörtlicher Interpretation kann das nur im Sinne subjektiver Erkennbarkeit aufgefasst werden.
- 27 LEEMANN (FN 2), N 42 und 49 zu **Art. 674 ZGB**.
- 28 LEEMANN (FN 2), N 42 zu **Art. 674 ZGB**; wörtlich gleich MEIER-HAYOZ (FN 2), N 48 zu **Art. 674 ZGB**, unter Hinweis auf **RGZ 52, 17**.

- 29 LEEMANN (FN 2), N 50 zu [Art. 674 ZGB](#), MEIER-HAYOZ (FN 2), N 69 zu [Art. 674 ZGB](#); eingehend BÜRGISSER (FN 10), 328 ff.
- 30 BGE [5A\\_332/2007](#) vom 15. November 2007, E. 6.2.
- 31 Geht der Überbau von einem Gebäude aus, an dem Stockwerkeigentum besteht, und gehört der Überbau zu den gemeinschaftlichen Teilen i.S.v. [Art. 712b Abs. 2 und 3 ZGB](#), so steht der Zuweisungsanspruch aus [Art. 674 Abs. 3 ZGB](#) der Stockwerkeigentümergeinschaft zu. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn an dem betreffenden gemeinschaftlichen Teil ein Sondernutzungsrecht ([Art. 649a ZGB](#)) besteht (vgl. BGE [5A\\_332/2007](#) vom 15. November 2007). Der Inhaber des Sondernutzungsrechts ist also nicht aktivlegitimiert. Umgekehrt ist er hinsichtlich des Beseitigungsanspruchs ([Art. 641 Abs. 2 ZGB](#)) m.E. nicht passivlegitimiert (anders offenbar der vorerwähnte Entscheid, wo das Bundesgericht den Beseitigungsanspruch nicht wegen fehlender Passivlegitimation, sondern aus sachlichen Gründen verneint hat).
- 32 S. im Einzelnen BÜRGISSER (FN 10), 397 f., ferner LIVER (FN 10), 181 hinten.
- 33 LIVER (FN 10), 181, hinten/182.
- 34 ROBERTHAAB/AUGUST SIMONIUS/WERNER SCHERRER/DIETER ZOBL, Zürcher Kommentar, Band IV, 1. Abteilung, Art. 641-729, Zürich 1977, N 25 zu [Art. 674 ZGB](#); LEEMANN (FN 10), N 39 zu [Art. 674 ZGB](#). MEIER-HAYOZ (FN 10), N 52 ff. und 80 zu [Art. 674 ZGB](#), hat in seiner Neubearbeitung von LEEMANNs Kommentar dessen Auffassung mit eingehender Begründung aufgegeben. Die Auffassung von HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL und LEEMANN ist offenbar durch das deutsche Recht, wonach das Überbaurecht bei gegebenen Voraussetzungen unmittelbar kraft Gesetzes besteht (s. vorne FN 14), beeinflusst (s. LIVER [FN 10], 182 Anm. 42; FRIEDRICH [FN 10], 180 mit Anm. 128). Wie im Text auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 78 II 137), anders dagegen SJZ 1962, 233 ff. Nr. 140 E. 2 a.E.
- 35 Anders, wie gesagt (FN 11), LEEMANN (FN 2), N 25 zu [Art. 674 ZGB](#). LEEMANN ist – konsequenterweise – der Auffassung, es könne auf Feststellung der Dienstbarkeit geklagt werden (s. vorhergehende FN).
- 36 Ebenso LIVER und MEIER-HAYOZ (je wie in FN 34). "Das Gesagte schliesst nicht aus, dass bei Vorhandensein eines Feststellungsinteresses insofern auf Feststellung geklagt werden kann, als es um die Frage des Bestehens des Anspruchs geht" (BÜRGISSER [FN 10], 401 unten/402 m.w. Nw).
- 37 Eingehend zum Anspruch auf Eigentumszuweisung MEIER-HAYOZ (FN 2), N 83 ff. zu [Art. 674 ZGB](#).
- 38 Zur Entschädigungshöhe s. FRIEDRICH (FN 10), 178; BÜRGISSER (FN 10), 460 ff.; MICHEL PITTET, Les servitudes légales, Diss. Lausanne 1967, 37.
- 39 Vgl. den Entscheid des OGer Solothurn in SJZ 1948, 43, Nr. 5 = ZBGR 1947, 36 f.
- 40 LEEMANN (FN 2), N 26 zu [Art. 674 ZGB](#); LIVER (FN 10), 182, m.w.Hw.
- 41 BÜRGISSER (FN 10), 423 ff.
- 42 S. vorne I.
- 43 MEIER-HAYOZ (FN 2), N 15d zu [Art. 674 ZGB](#); LIVER (FN 10), 183 (dessen Kritik in Anm. 46 richtet sich nicht gegen die grundsätzlichen Ausführungen zu [Art. 674 Abs. 3 ZGB](#), sondern gegen die Zuerkennung einer Entschädigung im konkreten Fall). Eingehend BÜRGISSER (FN 10), 522 ff.

- 44 Wer also ein Grundstück erwirbt, das von einer Baute des Nachbargrundstücks überragt wird, riskiert, zur Begründung eines dinglichen Überbaurechts oder zur Abtretung des überbauten Bodens Hand bieten zu müssen. Dass er von dieser – im Grundbuch nicht aufscheinenden Pflicht – Kenntnis hatte oder auch nur haben konnte, ist nicht vorausgesetzt (vgl. BGE 78 II 131 E. 5).
- 45 Was in der vorhergehenden FN gesagt wurde, gilt hier entsprechend: Der Erwerber eines überbauten Grundstücks riskiert, zur Begründung eines dinglichen Überbaurechts oder zur Abtretung des überbauten Bodens Hand bieten zu müssen, ohne dass er dies beim Erwerb vorhersehen konnte (vgl. BGE 41 II 215 E. 5).
- 46 LEEMANN (FN 2), N 17 zu [Art. 674 ZGB](#); MEIER-HAYOZ (FN 2), N 73 zu [Art. 674 ZGB](#); LIVER (FN 10), 181; FRIEDRICH (FN 10), 180 f.; PASCAL SIMONIUS/THOMAS SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I, Basel 1995, § 13, N 59.
- 47 LEEMANN (FN 2), N 18 zu [Art. 674 ZGB](#); MEIER-HAYOZ (FN 2), N 28 zu [Art. 674 ZGB](#) (unter Hinweis auf SJZ 18, 344 Nr. 72), je für den Fall, dass dem Bauenden das Recht auf den Überbau nur mit obligatorischer Wirkung oder nur prekaristisch eingeräumt war. Diese Auffassung scheint mit BGE 44 II 463 in Widerspruch zu stehen (s. die folgende FN).
- 48 Diese Auffassung dürfte BGE 44 II 463 zugrundeliegen: A hatte mit Einverständnis des Nachbarn B eine auf dessen Grundstück überragende Baute erstellt. In der Folge wurde das überbaute Grundstück an den Kläger, das Grundstück mit der überragenden Baute an den Beklagten veräussert. Der Kläger verlangte die Beseitigung des Baus, dem Beklagten wurde jedoch in Anwendung von [Art. 674 Abs. 3 ZGB](#) ein dingliches Überbaurecht zugestanden. Ein solches bestand bei Erstellung der Baute nicht, da sich A für die Überbaute lediglich ein obligatorisches Recht ausbedungen hatte, er daher nicht i.S.v. [Art. 674 Abs. 3 ZGB](#) gutgläubig war (s. vorne III./1). Das hinderte die Gerichte nicht an der Annahme, der Beklagte habe – entgegen der Auffassung von LEEMANN und MEIER-HAYOZ (s. FN 47) – ein Überbaurecht erworben.
- 49 S. einerseits LIVER (FN 10), 179 mit Anm. 31; MEIER-HAYOZ (FN 2), N 22 zu [Art. 674 ZGB](#); andererseits LEEMANN (FN 2), N 14 zu [Art. 674 ZGB](#), für den Fall, dass der Eigentümer "die Grenze einer mit der Dienstbarkeit des Nichtbebauens oder der Nichtverwendung für gewisse Bauten belasteten Teilfläche überbaut".
- 50 S. zu diesem Entscheid ALFRED KOLLER, Sachenrecht Entwicklungen 2006, Bern 2007, 38 f.
- 51 Ein solcher Verzicht ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung durch einseitige, formfreie Erklärung gegenüber dem Belasteten (hier A) möglich (s. [BGE 127 III 440 E. 2a](#); [5A\\_478/2007](#) vom 20. November 2007, dazu ALFRED KOLLER, Sachenrecht Entwicklungen 2007, Bern 2008, 62 f.). Nach dieser Auffassung führt die Verzichtserklärung als solche zum sofortigen dinglich wirksamen Untergang der Dienstbarkeit. Die Löschung der Dienstbarkeit im Grundbuch hat lediglich deklaratorische Bedeutung. Ein blosser Teilverzicht hat einen entsprechenden teilweisen Dahinfall der Dienstbarkeit zur Folge.
- 52 S. bereits ALFRED KOLLER, [AJP/PJA 2008, 474 f.](#) Das Bundesgericht hat in zwei neusten Entscheiden (BGE [5A\\_60/2011](#) vom 1. April 2011 und [5A\\_652/2010](#) vom 4. März 2011) die hier vertretene Auffassung verworfen, allerdings ohne Auseinandersetzung mit den in der AJP vorgebrachten Argumenten.

