

# **BGE 111 II 134**

Bundesgericht (BGE), 1985-05-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_111 II 134](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_111_II_134)

FR: ATF 111 II 134

IT: DTF 111 II 134

## **Regeste**

Regeste Baurecht (Art. 675 ZGB) 1. Ob die Einräumung eines Baurechts an der einen Hälfte einer Doppelgarage rechtlich möglich sei, hat das Gericht von Amtes wegen zu prüfen. Der Nachbar des Garageeigentümers, der auf Verurteilung zum Abschluss eines entsprechenden Dienstbarkeitsvertrages geklagt hat, kann der Berufung des im kantonalen Verfahren unterlegenen Garageeigentümers deshalb nicht die Einrede der abgeurteilten Sache entgegenhalten mit der Begründung, jener habe sich in einem vorangegangenen Prozess vergleichsweise zur Einräumung des strittigen Baurechts verpflichtet (E. 1). 2. Sind die beiden Hälften einer Doppelgarage baulich und funktionell untrennbar miteinander verbunden, ist die Einräumung eines Baurechts an der einen Hälfte rechtlich unmöglich; ein entsprechender Dienstbarkeitsvertrag wäre nichtig (E. 2-4). 3. Der Eintrag eines nicht eintragungsfähigen Rechts im Grundbuch kann weder durch Ersitzung geheilt noch aufgrund des Verbots des Rechtsmissbrauchs unanfechtbar werden: Wer sich anfänglich zur Einräumung eines dinglichen Rechts verpflichtet hat, in der Folge sich aber darauf beruft, das einzuräumende Recht wäre nichtig, handelt deshalb nicht rechtsmissbräuchlich (E. 5).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Seinen Antrag, auf die Berufung sei gar nicht einzutreten, begründet der Kläger mit der Einrede der abgeurteilten Sache. Er macht geltend, die einen gerichtlichen Vergleich darstellende Vereinbarung der Parteien vom 11. Dezember 1980 und die gestützt darauf durch den Richter erlassene Abschreibungsverfügung habe materielle Rechtskraft entfaltet. Dem Beklagten fehle unter diesen Umständen das schutzwürdige Interesse, die Frage nach der Zulässigkeit des vereinbarten Baurechts erneut aufzuwerfen. Zur Begründung seiner Berufung bringt der Beklagte vor, die Einräumung eines Baurechts an der vom Kläger beanspruchten Garagehälfte sei aus rechtlichen Gründen unmöglich. Sollte sich diese Auffassung als zutreffend erweisen, wäre die Vereinbarung der Parteien vom 11. Dezember 1980 jedenfalls in diesem Punkt nichtig ( Art. 20 OR ). In diesem Fall würde sie aber nicht nur keine materiell-rechtlichen Wirkungen entfalten, sondern wäre sie auch prozessual unbeachtlich; die Nichtigkeit wäre dabei von Amtes wegen festzustellen (vgl. BGE 108 II 409 E. 3 mit Hinweisen). Dass die Parteien im Rahmen eines früheren Verfahrens die Errichtung eines Baurechts zugunsten des klägerischen Grundstücks vereinbart haben und der Instruktionsrichter davon Vormerk genommen hat, steht dem Eintreten auf die Berufung des Beklagten nach dem Gesagten nicht entgegen.

### **E. 2**

Gemäss Art. 675 Abs. 1 ZGB können Bauwerke und andere Vorrichtungen, die auf fremdem Boden eingegraben, aufgemauert oder sonstwie dauernd auf oder unter der Bodenfläche mit dem Grundstück verbunden sind, einen besonderen Eigentümer haben,

wenn ihr Bestand als Dienstbarkeit in das Grundbuch BGE 111 II 134 S. 139 eingetragen ist. Die Bestellung eines Baurechts an einzelnen Stockwerken eines Gebäudes ist ausgeschlossen ( Art. 675 Abs. 2 ZGB ). Mit dem Institut des Baurechts soll die rechtliche Verknüpfung von Boden und Baute gelockert, d.h. die Durchbrechung des Akzessionsprinzips ermöglicht werden. Das Baurecht schafft ein vom Grundeigentum unabhängiges Verkehrsgut, das eines eigenen Schicksals fähig ist.

### E. 3

Bei der Beurteilung des vorliegenden Falles stellt sich die Frage, ob und inwiefern ein Baurecht auch hinsichtlich eines Gebäudebestandteiles begründet werden kann. Auszugehen ist davon, dass dem Bauberechtigten bezüglich des Bauwerks die Stellung eines Grundeigentümers zukommt; er verfügt über die Rechtsbehelfe des Eigentümers, mit Einschluss derjenigen aus Besitz (vgl. MEIER-HAYOZ, N. 15 zu Art. 675 ZGB ). Dem Bauberechtigten steht namentlich die Befugnis zu, das Bauwerk zu erneuern, d.h. gänzlich abzutragen und neu aufzubauen. Daraus erhellt, dass die Begründung eines Baurechts ein bestimmtes Mass an baulicher und funktioneller Eigenständigkeit des Bauwerks voraussetzt; Bestand und Gebrauch dürfen nicht von einer andern Baute und deren Eigentümer in dem Sinne abhängig sein, dass der Abbruch des Bauwerks notwendigerweise den Einsturz des Nachbarobjektes zur Folge hätte bzw. ohne Einwilligung des Nachbarn nicht durchgeführt werden könnte. Das schliesst die Begründung eines Baurechts an Teilen von Gebäuden grundsätzlich aus. Zwar könnte aus dem Umstand, dass Art. 675 Abs. 2 ZGB die Bestellung eines Baurechts an Stockwerken als unzulässig erklärt, geschlossen werden, die Einschränkung betreffe nur diese Art von Sondereigentum. Wie sich aus der Entstehungsgeschichte der erwähnten Gesetzesbestimmung ergibt, wäre eine solche Auslegung indessen unzutreffend. Eine Art. 675 Abs. 2 ZGB entsprechende Vorschrift war im Entwurf nicht vorgesehen und wurde erst auf Antrag der ständerätlichen Kommission eingefügt. Dabei war man sich darüber im klaren, dass eine Selbstverständlichkeit ausgesprochen wurde (vgl. Sten.Bull. 1906, S. 1269). Die Auffassung, dass in Art. 675 Abs. 2 ZGB das Stockwerkeigentum lediglich als Beispiel erwähnt werde, d.h. dass bereits in Absatz 1 der Grundsatz der Unzulässigkeit von Sondereigentum an Gebäudeteilen und damit ein Verbot des Baurechts an solchen Objekten enthalten sei, ist in der Lehre vorherrschend (vgl. MEIER-HAYOZ, N. 18 ff. zu Art. 675 ZGB ; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N. 5 zu Art. 675 ZGB ; ISLER, Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung, Diss. Zürich 1973, S. 34 mit weiteren Hinweisen). BGE 111 II 134 S. 140 Sie deckt sich im übrigen mit den einschlägigen Vorschriften des österreichischen und des deutschen Rechts (vgl. § 1 des österreichischen Baurechtsgesetzes vom 26. April 1912 und § 1 Abs. 3 der deutschen Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919). Wo das Baurecht an Teilen von Bauwerken als zulässig erachtet worden ist (vgl. LIVER, Von den selbständigen und dauernden Baurechten, in: Der bernische Notar 20/1959, S. 41 ff., insbesondere S. 46 ff.; EGGEN, Privatrechtliche Fragen des neuen Bauens und ihre Wirkungen auf das Grundbuch, in: ZBGR 53/1972, S. 207 ff., insbesondere S. 211; FREIMÜLLER, Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte, Diss. Bern 1967, S. 28 f.), ging es stets um Ausnahmetatbestände (Fernheizungsanlage; voneinander geschiedene Gebäudeteile ohne gemeinsame Einrichtungen und Zugänge). Am Gesagten hat sich auch mit dem Inkrafttreten der Bestimmungen betreffend das Stockwerkeigentum am 1. Januar 1965 nichts geändert. Insbesondere kann aus dem Umstand, dass Art. 675 Abs. 2 ZGB beibehalten wurde, nicht auf einen Wandel in der Zulassung des Baurechts geschlossen werden. Mit der

Beibehaltung dieser Gesetzesbestimmung sollte lediglich bekräftigt werden, dass für die Begründung von Stockwerkeigentum ausschliesslich die neuen Vorschriften massgebend seien (vgl. BGE 99 Ib 142 f. E. 1). In dieser Entscheidung hat das Bundesgericht unter Hinweis auf die herrschende Lehre denn auch klar daran festgehalten, dass das Baurecht nicht an einzelnen Teilen eines Bauwerks errichtet werden könne. Unter Hinweis auf EGGEN (a.a.O.) wurde freilich offengelassen, ob eine Ausnahme zugelassen werden könnte, wenn das fragliche Stockwerk einen selbständigen, von den gemeinschaftlichen Teilen des Gebäudes getrennten Zugang hat.

#### **E. 4**

a) Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz ist die hier in Frage stehende Doppelgarage - mit Ausnahme der Vorderseite - von Erdreich umschlossen. Auf dem Dach lastet eine rund 2,5 m hohe Erddecke. Die ganze Anlage bildet eine statische Einheit, indem Boden, Rückwand und Dach, die aus armiertem Beton bestehen, durchgehend gespannt sind. Das Dach ist auf den beiden seitlichen Aussenwänden sowie auf der Rückwand abgestützt und wird zusätzlich durch eine Mittelwand aus Kalkstein getragen. Jedes der Bauelemente bedingt BGE 111 II 134 S. 141 statisch das Vorhandensein der übrigen Elemente, womit die beiden Garagehälften baulich untrennbar miteinander verbunden sind. Sodann hält der Appellationshof fest, dass die Mittelwand nicht bis zur Rückwand durchgezogen sei, sondern ungefähr 1 m vor dieser ende. Der Grund hierfür liege darin, dass die Parteien gemeinsam eine Druckwasserpumpe betrieben, die in die gemeinsame Hauptwasserzuleitung eingebaut sei. Die erwähnte Pumpe sei mit der Rückwand der Garage fest verbunden und rage seitlich um je rund 50 cm in die beiden Garagehälften hinein. Während Motor und Bedienungsanlagen vollständig in der vom Kläger benützten Hälfte lägen, führe die Hauptleitung durch die vom Beklagten benützte Hälfte zum Pumpenkessel; in diesem Teil befänden sich zudem auch der Verteiler der zu den beiden Wohnhäusern führenden Wasserleitungen samt den entsprechenden Zählern. b) Die dargelegte Art der Konstruktion der Garage lässt nicht zu, dass der Kläger über die von ihm benützte Hälfte wie ein Bauberechtigter verfügen könnte. An ein separates Schicksal der beiden Garagehälften mit gesondertem Eigentum ist in Anbetracht der konstruktiven Einheit des Gebäudes nicht zu denken. Die Eigenständigkeit geht den beiden Teilen der Garage zudem auch in funktioneller Hinsicht ab. Es ist vor allem auf die gemeinsamen Wasserinstallationen hinzuweisen. Das Fehlen einer eigentlichen räumlichen Trennung bewirkt überdies, dass beispielsweise kein Garageteil für sich allein beheizt werden könnte. Bei einem Bruch der Wasserleitung oder ähnlichen Ereignissen würden zwangsläufig beide Garagehälften in Mitleidenschaft gezogen. Überhaupt sind die beiden Räume wechselseitig allen möglichen Immissionen ausgesetzt, wie sie bei Einstellgaragen üblicherweise vorkommen. Eine Verwendung der einen Hälfte zu andern Zwecken ist damit weitgehend ausgeschlossen. Stellt die auf dem Grundstück des Beklagten erstellte Doppelgarage nach dem Gesagten sowohl baulich wie funktionell ein einheitliches Bauwerk dar, das eine Aufteilung des Eigentums im Sinne von Art. 675 ZGB nicht zulässt, erweist sich der Inhalt der Vereinbarung der Parteien vom 11. Dezember 1980 insofern als unmöglich, als sich der Beklagte verpflichtet hatte, dem Kläger an der einen Garagehälfte ein Baurecht einzuräumen. Soweit die Vorinstanz den Beklagten anhielt, in Vollstreckung der erwähnten Vereinbarung zum Abschluss eines Baurechtsvertrages Hand zu bieten, verpflichtete sie ihn zu einem nichtigen Rechtsgeschäft. In BGE 111 II 134 S. 142 dieser Hinsicht verstösst das angefochtene Urteil demnach gegen Bundesrecht.

## **E. 5**

Der Kläger hält die Geltendmachung der Nichtigkeit durch den Beklagten für rechtsmissbräuchlich. Der Eintrag eines nicht eintragungsfähigen Rechts im Grundbuch kann indessen weder durch Ersitzung geheilt noch aufgrund des Verbots des Rechtsmissbrauchs unanfechtbar werden. Es ist dies eine notwendige Folge des Grundsatzes der Typengebundenheit der dinglichen Rechte ( BGE 103 II 183 E. 2). Die Einrede des Rechtsmissbrauchs kann demnach im vorliegenden Fall von vornherein nicht gehört werden.

## **E. 6**

Für den Fall, dass ein Vertrag nur bezüglich einzelner Teile nichtig ist, bestimmt Art. 20 Abs. 2 OR, dass der übrige Teil gültig sein soll, sofern nicht anzunehmen ist, dass der Vertrag ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre. Inwieweit die Parteien die Vereinbarung vom 11. Dezember 1980 auch unabhängig von der Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger das strittige Baurecht einzuräumen, abgeschlossen hätten, braucht indessen nicht abschliessend beurteilt zu werden. Es ist nämlich nicht auszuschliessen, dass zwischen den Parteien Einigkeit darüber herrschte, dass das Recht des Klägers auf die Benützung der einen Garagehälfte in irgendeiner andern Weise gesichert sein sollte, und dass sie es auf jeden Fall nicht von vornherein ablehnen wollten, als Ersatz für das Baurecht (das sich nachträglich als unzulässig erwiesen hat) gegebenenfalls ein anderes dingliches Recht zu begründen. Zu denken ist namentlich an die von Professor Peter Liver im Gutachten vom 12. September 1984 vorgeschlagene Lösung: Errichtung eines auf die Grundfläche der Doppelgarage beschränkten Eigentümerbaurechts und anschliessende Aufteilung der Garage in Stockwerkeinheiten. Das angefochtene Urteil ist nach dem Gesagten aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese - im Rahmen der durch das kantonale Prozessrecht gebotenen Möglichkeiten - die erforderlichen Abklärungen betreffend den Willen der Parteien hinsichtlich des Rechts des Klägers zur Benützung der Garage treffe. Sollte sich dabei ergeben, dass der übereinstimmende Wille der Parteien ausschliesslich auf die Bestellung eines Baurechts gerichtet war und dass sie demnach jedes andere Recht ausschlossen, hätte der Appellationshof in Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR weiter zu prüfen, ob und inwiefern angenommen BGE 111 II 134 S. 143 werden kann, die Vereinbarung der Parteien sei nicht in allen Teilen nichtig.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.