

# **SZ\_GERICHTE ZK1 2020 18 vom 23. November 2020**

SZ Gerichte, 2020-11-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sz\\_gerichte\\_ZK1\\_2020\\_18](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sz_gerichte_ZK1_2020_18)

FR: SZ\_GERICHTE ZK1 2020 18 du 23 novembre 2020

IT: SZ\_GERICHTE ZK1 2020 18 del 23 novembre 2020

## **Regeste**

Unterlassung (§ 80 Abs. 3 PBG, Art. 730 ff. ZGB) | Sachenrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

: 500, dat. 14. April 1971, der einen integrierenden Bestandteil dieses Vertrages bildet. Die Ueberbauung ist bereits erfolgt. Zu Gunsten des klägerischen Grundstücks ist eine „Bauhöhenbeschränkung“ (KB 1 Nr. vv; angef. Urteil E. 2.2.1) eingetragen, welches die Eigentümer des beklagischen Grundstücks laut demselben Dienstbarkeitsvertrag verpflichtet, die auf seinem Grundstück erstellten Gebäude nicht höher zu bauen als in den Plänen Nr. 161/9, 161/14, 161/15 des Architekturbüros F.\_\_\_\_\_ festgehalten. Gestützt auf diese Bauhöhenbeschränkung klagte die heutige Eigentümerin von GB zz am 8. März 2019 am Bezirksgericht March (Vi-act. 1) auf Unterlassung eines Neubauvorhabens der Beklagten (ABI Nr. uu, KB 5). Mit Klageantwort vom 27. Mai 2019 beantragte die Beklagte, die Klage abzuweisen, soweit auf diese einzutreten sei. B. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 1. Oktober 2019 (Vi-act. 14-16) verlangte die Klägerin von der Beklagten, auch die Realisierung des inzwischen revidierten Bauvorhabens (ABI Nr. tt) zu unterlassen, bestritt aber nicht, dass dieses das Näherbaurecht zu GB zz nicht mehr beansprucht (vgl. Vi-act.

### **E. 6**

Rn 44 und Vi-act. 16 S. 2 i.V.m. Vi-act. 14 Ziff. 47). Die Beklagte hielt an ihrem Antrag fest. Die Parteien verzichteten auf Schlussvorträge (Vi-act. 18 f.).

Kantonsgericht Schwyz 3 C. Mit Urteil vom 11. März 2020 wies das Bezirksgericht die Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (Fr. 5'000.00 bzw. Fr. 6'000.00) zu Lasten der Klägerin ab. D. Gegen das ihr am 16. März 2019 zugestellte Urteil erhob die Klägerin in Berücksichtigung der zufolge COVID-19 verlängerten Gerichtsferien am 15. Mai 2020 rechtzeitig Berufung. Sie beantragte die vollumfängliche Aufhebung des Urteils des Bezirksgerichts March und die Gutheissung ihrer unveränderten Klagebegehren, eventualiter die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz. Die Beklagte beantwortete die Berufung am

### **E. 10**

Juni 2020 und verlangte deren Abweisung (KG-act. 7). Die Parteien nahmen noch je einmal Stellung (KG-act. 9 und 13);- und in Erwägung: 1. Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Unterlassung eines Bauvorhabens, welches die zu Gunsten ihres Grundstücks und zu Lasten des Grundstücks der Beklagten im Grundbuch eingetragene Bauhöhenbeschränkung verletze, weil die Dienstbarkeit nicht nur damals erstellte, das

Näherbau- recht beanspruchende Bauten betreffe, sondern genereller Natur sei. Gemäss Art. 737 Abs. 3 ZGB darf die Belastete nichts vornehmen, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert. Gegen unzulässige Belastungen kann die Berechtigte auf dem Klageweg ein Gerichtsurteil erwirken, das insbesondere die Beseitigung oder Unterlassung von Störungen befiehlt (vgl. zur sog. actio confessoria: Petitpierre, BSK, 6. A. 2019, N 11 ff. zu Art. 737 ZGB; BGE 142 III 551 E. 2.4 und 95 II 14 E. 3). Die Anwendung von Art. 737 Abs. 3 ZGB setzt die Ermittlung von Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit voraus (BGer 5A\_770/2017 vom 24. Mai 2018 E. 3.1 m.H.), wofür

Kantonsgericht Schwyz 4 Art. 738 ZGB eine Stufenordnung vorgibt. Ausgangspunkt ist der Grundbucheintrag. Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrag deutlich ergeben, ist dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB; dazu unten E. 2). Nur wenn sein Wortlaut unklar ist, darf im Rahmen des Eintrags auf den Erwerbgrund zurückgegriffen werden (Art. 738 Abs. 2 ZGB und unten E. 3 f.), das heisst auf den Begründungsakt, der als Beleg beim Grundbuchamt aufbewahrt wird (Art. 948 Abs. 2 ZGB) und einen Bestandteil des Grundbuchs bildet (Art. 942 Abs. 2 ZGB). Ist auch der Erwerbgrund nicht schlüssig, kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit – im Rahmen des Eintrags – aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt wurde (Art. 738 Abs. 2 ZGB; BGer 5A\_770/2017 vom 24. Mai 2018 E. 3.2 m.H.). 2. Die Vorinstanz erachtete den im Grundbuch eingetragenen Ausdruck „Bauhöhenbeschränkung“ nicht als schlüssig für die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten, weshalb sie zur Ermittlung der sich aus der vereinbarten Dienstbarkeit ergebenden Rechte und Pflichten auf den Dienstbarkeitsvertrag als Begründungsakt (KB 4) zurückgriff. a) Die Klägerin macht im Berufungsverfahren geltend, der Begründungsakt sei nur zur Ermittlung der konkret zulässigen Höhe beizuziehen; weitergehende Rückgriffe seien unzulässig, weil der Grundbucheintrag „Bauhöhenbeschränkung“ weder in zeitlicher Hinsicht noch mit Bezug auf Neubauten Einschränkungen oder Vorbehalte enthalte. Diese Argumentation lässt sich jedoch angesichts Art. 738 Abs. 1 ZGB nicht aufrechterhalten: Nach dieser Vorschrift ist der Eintrag für den Inhalt der Dienstbarkeit nur massgebend, wenn sich aus ihm die Rechte und Pflichten deutlich ergeben. Ergibt sich aus dem Eintrag – was auch die Klägerin als „in der Natur der Sache“ liegend anerkennt (KG-act. 1 Rn 14 und 18) – nicht einmal die konkret zulässige Bauhöhe, ist auf einer weiteren Stufe nach Art. 738

Kantonsgericht Schwyz 5 Abs. 2 ZGB zur Bestimmung des Inhalts der vorliegend umstrittenen Bauhöhenbeschränkung der Erwerbgrund beizuziehen. Auch für Dritte, wie vorliegend die Parteien als Erwerberinnen des herrschenden bzw. dienenden Grundstücks, konnte sich daher allein aufgrund des undeutlichen Eintrags ohne Beizug der ebenfalls am öffentlichen Glauben teilnehmenden Belege (Art. 942 Abs. 2 ZGB; Schmid, BSK, 6. A. 2019, Art. 973 ZGB N 10) kein Rechtsschein (dazu Deillon-Schegg, CHK, 3. A. 2016, ZGB 973 N 2) hinsichtlich des Inhalts der Bauhöhenbeschränkung ergeben, auf den sie beim Liegenschafts Kauf vertrauen durften. b) Die Klägerin ist der Ansicht, das eingetragene Stichwort „Bauhöhenbeschränkung“ schliesse eindeutig projektbezogene (örtliche) und zeitliche Einschränkungen der Belastung aus, weil es eine unbeschränkte Bedeutung habe (vgl. dazu auch ZK1 2018 29 vom 9. Juli 2019 E. 3.a/bb). Zunächst widerspricht sie damit ihrem eigenen Zugeständnis, dass sich die konkrete Höhe nicht aus dem Eintrag ergebe. Diese Ansicht lässt sich aber auch nicht mit dem Sinn des eingetragenen Stichwortes begründen, welches sich aus drei Wortteilen zusammensetzt (Bau[en], Höhe

und Beschränkung), weshalb in Bezug auf die hier streitige Frage (dazu Göksu, CHK, 3. A. 2016, ZGB 738 N 2 f.), also ob das Bauvorhaben der Beklagten die Bauhöhenbeschränkung tangiert, nicht einzusehen ist, dass es nur das Bauen in der Vertikalen (Höhe) unklar lassen soll. Die beiden ersten Wortteile zusammen („Bauhöhe“) bilden das Thema des dritten Teils („Beschränkung“), dessen Gegenstand das Eigentum an der Liegenschaft als dreidimensionales Objekt (dazu vgl. etwa Dörrig, ZBGR 2020 S. 275 f.) ist. Die Beschränkung am Eigentum steht grundsätzlich gegenüber allen drei Raumdimensionen nicht nur – wie die Berufungsführerin für die Höhe annimmt (dazu oben lit. a) – natürlich bzw. „präxismässig“, sondern von Gesetzes wegen offen (s. Art. 730 Abs. 1 ZGB und unten E. 3), zumal hier im Eintrag weder auf Pläne noch andere Belege mit räumlichen Vorgaben verwiesen wird (im Unterschied zu den durch die Klägerin angerufenen BGE 138 III 650 E. 5.3 sowie Beispiele in BGE 5A\_377/2017

Kantonsgericht Schwyz 6 vom 27. Februar 2018 E. 2.3.3). Auch das Gesetz berücksichtigt bei der Vorschrift über die Teilung eines Grundstücks (vgl. Art. 743 Abs. 2 ZGB) die Möglichkeit, dass sich die Ausübung der Dienstbarkeit nur auf einzelne Teile des Grundstücks beziehen kann. Eine die Bauhöhe betreffende Eigentumsbeschränkung bedeutet nicht automatisch, dass sie unbeschränkt auf dem ganzen Grundstück für alle je darauf befindlichen Bauten gilt. Das Fehlen eines entsprechenden Eigenschaftsworts („unbeschränkte“) versteht sich deshalb entgegen der Berufungsführerin nicht von selbst. Dass Dienstbarkeiten grundsätzlich geeignet sind, dauernde Eigentumsbelastungen zum Vorteil eines anderen Grundstückes zu verschaffen, steht einer projektbezogenen oder zeitlich beschränkten Bestimmung deren Inhalts nicht entgegen. c) Im Weiteren geht auch das Bundesgericht davon aus, dass funktionelle Beschränkungen der Dienstbarkeit nur ausnahmsweise im Wortlaut des Grundbuches erscheinen, wohl aber im Dienstbarkeitsvertrag enthalten sein können und damit auch für Rechtsnachfolger gelten. Die dem entsprechenden Entscheid zugrundeliegende, als "Grenzbaurecht" eingetragene Dienstbarkeit berechtigte laut Vertrag ein bis an die Grenze des belasteten Grundstücks reichendes Kegelbahngebäude zu erstellen. Sie war vertraglich insofern funktionell beschränkt, als auf der Terrasse des Kegelbahngebäudes nicht gewirtet werden durfte (BGE 128 III 169 E. 3). Im Unterschied zu diesem mit dem Grenzbaurecht verbundenen partiellen Wirtverbot sind vorliegend sowohl das Näherbaurecht als auch die durch denselben Dienstbarkeitsvertrag damit verknüpfte Bauhöhenbeschränkung im Grundbuch eingetragen. Deren funktionellen Zusammenhang ist mit dem Beleghinweis auf den gemeinsamen Erwerbsgrund im Grundbuch erkenntlich gemacht (Beleg Nr. ww). Aus dem entsprechenden Dienstbarkeitsvertrag vom 12. Juli 1973 wird offensichtlich, dass sich nicht nur die Bauhöhenbeschränkung, sondern auch das separat eingetragene Näherbaurecht, welches durch das eingeklagte Bauvorhaben unbestritten nicht mehr beansprucht wird (vgl. oben lit. A), nur auf erstellte Bauten beschränken (vgl. unten E. 3). Dazu braucht es nach der Rechtsprechung

Kantonsgericht Schwyz 7 im eben erwähnten Fall entgegen der Auffassung der Berufungsführerin im Grundbuch keine Eintragungen der funktionellen bzw. projektbezogenen Beschränkungen der Dienstbarkeiten, dass sie nur für damalige, das Näherbaurecht beanspruchende Bauten gelten sollten. 3. Muss wie gesagt ein Erwerber aufgrund der Undeutlichkeit des Stichwortes „Bauhöhenbeschränkung“ nach weiteren Belegen forschen, kann sich in dessen Rahmen der Inhalt der Dienstbarkeit aus ihrem Erwerbsgrund oder aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und

in gutem Glauben ausgeübt wurde (Art. 738 Abs. 2 ZGB). Weil wie gezeigt das eingetragene Stichwort neben der vertikalen auch eine horizontale Beschränkung in den Belegen zulässt (vgl. oben E. 2), bewegt sich der Rückgriff wie folgt auf die Belege im Rahmen des Eintrages (dazu allgemein Göksu, a.a.O., ZGB 738 N 6): Ein Grundstück kann zum Vorteil eines anderen Grundstückes in der Weise belastet werden, dass sein Eigentümer sich bestimmte Eingriffe des Eigentümers dieses andern Grundstückes gefallen lassen muss oder zu dessen Gunsten nach gewissen Richtungen sein Eigentumsrecht nicht ausüben darf (Art. 730 Abs. 1 ZGB). Mithin ergibt sich nicht nur aus dem bereits bei der Auslegung des Stichwortes Gesagten (vgl. oben E. 2.b), sondern auch aus dem Gesetz, dass sich die Befugnisse der Berechtigten durch die „Bauhöhenbeschränkung“ nicht zwingend nur in vertikaler, sondern in alle Richtungen vereinbaren lassen, in welchen der Belastete umgekehrt in der Ausübung seines Eigentumsrechts beschränkt wird. Alle diese Beschränkungen halten sich mithin an den Rahmen des Eintrages und können Aspekte des für die Bauvorhaben der Beklagten massgeblichen Inhalts der Dienstbarkeit bilden. Die Beklagte ist als Rechtsnachfolgerin auf dem belasteten Grundstück nach dem Erwerbsgrund bzw. dem Dienstbarkeitsvertrag vom 12. Juli 1973 (KB 4) und den darin bezeichneten Architektenplänen verpflichtet, den damals auf ihrem Grundstück erstellten Zahnarztpraxisanbau nicht höher aufzustocken. Damit ergibt sich der Bereich der Bauhöhenbeschränkung in vertikaler als auch horizontaler Hinsicht aus den Architektenplänen. In diesem Sinne ist

Kantonsgesicht Schwyz 8 die Dienstbarkeit projektbezogen bzw. nach dem damals erstellten Anbau der Zahnarztpraxis (horizontal: KB 10 f. Pläne Nr. 141/14 und 141/[15] „Anbau an bestehendes Wohnhaus in E. \_\_\_\_\_“ Untergeschoss und Erdgeschoss; vertikal KB 13 bzw. BB 5 Plan Nr. 141/9 „Neubau Praxis an bestehendes Wohnhaus“) situiert. Fraglich bleibt, ob die gegenseitig eingeräumten Dienstbarkeiten des Näherbaurechts und der Bauhöhenbeschränkung derart verknüpft sind, dass die Bauhöhenbeschränkung nach Abbruch der alten Gebäude für neue Bauvorhaben, welche das Näherbaurecht nicht mehr beanspruchen, nicht mehr gilt. Diese Frage stellt sich nach dem bisher Gesagten immerhin noch insoweit, als die horizontal auf der Fläche des Anbaus der Zahnarztpraxis bestehende Bauhöhenbeschränkung sich auf Gebäudeteile in Bereichen erstreckt, welche ausserhalb des Näherbaurechts liegen und auch durch die Neubauvorhaben beansprucht werden. a) Bei der Auslegung des Dienstbarkeitsvertrages dürfen individuelle persönliche Umstände und Motive der ursprünglichen Vertragspartner, die aus dem Erwerbsgrund selber nicht hervorgehen und für unbeteiligte Dritte nicht erkennbar sind, nicht berücksichtigt werden (Göksu, a.a.O., ZGB 738 N 3 m.H.). Indes kann der Zweck, soweit er sich aus dem Eintrag und dem Erwerbsgrund ergibt, Aufschluss über den streitigen Inhalt der Dienstbarkeit geben (ebd. N 7). Ist der Zweck daraus objektiv nicht erkennbar, ist danach zu fragen, welche Interessen bei objektiver Betrachtung zur Zeit der Errichtung aufgrund der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks vernünftigerweise von Bedeutung sein konnten (BGE 138 III 650 E. 5.3 m.H.). Dabei ist vom Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit auszugehen, der besagt, dass eine Dienstbarkeit nicht zu einem anderen Zweck aufrechterhalten werden darf als jenem, zu dem sie errichtet worden ist. Zu prüfen ist somit in erster Linie, ob der Eigentümer des berechtigten Grundstücks noch ein Interesse daran hat, die Dienstbarkeit zum ursprünglichen Zweck auszuüben, und wie sich dieses Interesse zu jenem verhält, das anlässlich der Begründung der Dienstbarkeit bestand. Dabei bestimmt sich die Interessenlage des Eigentümers des be-

Kantonsgericht Schwyz 9 rechtigten Grundstücks nach objektiven Kriterien (zum Ganzen BGE 130 III 554 E. 2 mit Hinweisen; BGer 5A\_770/2017 vom 24. Mai 2018 E. 4.1; Schmid- Tschirren, KUKO, 2. A. 2018, Art. 736 ZGB N 6 ff.; dazu vgl. auch angef. Urteil in E. 1.2). Aus dem Identitätsgrundsatz ergibt sich insbesondere, dass die Ausübung der Dienstbarkeit nicht auf einen zusätzlichen, mit dem ursprünglichen nicht identischen Zweck ausgeweitet werden darf (BGE 132 III 651 E. 8; vgl. auch ZK1 2018 16 vom 19. Februar 2019 E. 3). b) Die wörtliche Verpflichtung, „die auf seinem Grundstück erstellten Bauten nicht höher zu bauen“ als in den Architektenplänen festgehalten, legt nahe, dass sich die Bauhöhenbeschränkung auf gemäss den bestimmten Plänen erstellte Bauten und nicht auf künftige Bauvorhaben bezieht. Jedenfalls macht diese Formulierung der Verpflichtung für Dritte erkennbar, dass sich die Bauhöhenbeschränkung nur auf erstellte Gebäudeteile erstreckt. Da im gleichen Vertrag ein Näherbaurecht zu Gunsten des mit der Bauhöhenbeschränkung belasteten Grundstücks vereinbart wurde und dieses sich laut Erwerbgrund auch nur auf eine bereits „erfolgte Überbauung“ bezog, war die Verknüpfung der beiden Dienstbarkeiten bzw. deren Beschränkung auf den erstellten Zahnarztpraxisanbau ebenfalls später für Dritte ersichtlich. Wenigstens konnte den Rechtsnachfolgerinnen der ursprünglichen Dienstbarkeitsvertragsparteien nicht verborgen bleiben, dass sich beide Dienstbarkeiten an erstellten Bauten orientieren. Für sie war daher vom Wortlaut her erkennbar, dass ein Neubau nicht auf die Bauhöhe des niedrigeren, damals erstellten Anbaus fixiert wäre, sofern er, was vorliegend wie gesagt unbestritten ist, das Näherbaurecht nicht mehr beanspruchen würde. c) Soweit die Klägerin diese Auslegung nicht mit der „ewigen“ Natur von Dienstbarkeiten vereinbar zu halten scheint, ist sie darauf hinzuweisen, dass Dienstbarkeiten wie gesagt (vgl. oben E. 2.b) nur beschränkte Herrschaftsbe fugnisse vermitteln (Göksu, a.a.O., ZGB 730 N 2 ff.). Die Belastung durch die Bauhöhenbeschränkung war auf ein dauerhaftes Unterlassen einer Aufsto-

Kantonsgericht Schwyz 10 ckung des erstellten Praxisanbaus, dagegen nicht darauf gerichtet, künftiges öffentlich-rechtlich zulässiges Bauen zu beschränken. d) Die Vorinstanz betrachtete angesichts des wörtlichen Bezugs der beiden gleichzeitig vereinbarten Dienstbarkeiten (dazu vgl. auch Vi-act. 1 N 12) auf erstellte Bauten die Bauhöhenbeschränkung im Ergebnis zutreffend als objektiv ersichtliche Gegenleistung zur Gewährung der Grenzabstandsunterschreitung, auch wenn die ausdrückliche Verknüpfung beider Servitute in der Vereinbarung fehlt. Daran ändert nichts, dass die persönlichen Umstände und Motive der ursprünglichen Vertragsparteien für die Auslegung nicht relevant sind (dazu s. oben lit. a). Die Gegenleistung entsprach bei objektiver Betrachtung vernünftigerweise den Bedürfnissen beider Grundstücke bzw. den Interessen deren Eigentümer, welche die Dienstbarkeiten vereinbarten. Dass der Dienstbarkeitsvertrag erst zwei Jahre nach erteilter Baubewilligung öffentlich beurkundet abgeschlossen wurde, widerlegt nicht, dass der damalige Eigentümer des mit der Bauhöhenbeschränkung belasteten Grundstücks der heutigen Beklagten ein Versprechen einlöste, welches er als Gegenleistung für die Einräumung des Näherbaurechts durch die Nachbarn abgegeben hatte. Der Wortlaut des Dienstbarkeitsvertrages, die auf dem Grundstück erstellten Gebäude nicht höher als in den Architektenplänen festgehalten zu bauen, ist abgesehen davon klar und kann entgegen der Berufungsführerin nicht ebenso gut bedeuten, überhaupt nicht höher als die vorhandenen Gebäude bauen zu dürfen. Der deutliche Bezug der Bauhöhenbeschränkung auf bereits erstellte Gebäude würde das Neubauvorhaben selbst unter der Annahme nicht einschränken, Dritten wäre die Verknüpfung beider Servitute

nicht ohne Weiteres ersichtlich. Dagegen fehlt sowohl im Grundbuch als auch im Erwerbsgrund jeglicher Hinweis darauf, dass die privatrechtliche Bauhöhenbeschränkung – wie die Berufungsführerin behauptet – Bedürfnisse nach Aussicht bzw. Schutz vor Schattenimmissionen über die unter Beanspruchung des Naderbaurechts erstellten Gebäude hinaus generell hätte sichern sollen. Daran würde auch nichts ändern, wenn dies die Rechtsvorgängerin der Klage-

Kantonsgericht Schwyz 11 rin und Tochter der ursprünglichen Eigentümerin des berechtigten Grundstückes annahm. 4.

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