

Überbaurechte bei Terrassenbauten – sachenrechtliche Erkenntnisse aus einem erbitterten Streit unter Nachbarn

Eine Dachterrasse kann Gegenstand eines Überbaurechts (Art. 674 ZGB) sein, wenn sie mit dem Hauptgebäude auf dem herrschenden Grundstück eine funktionelle Einheit bildet. Ist in einem Überbaurecht ein Recht zur Benützung eines Dachs als Terrasse eingeschlossen, besteht je nach den örtlichen Verhältnissen implizit auch ein Recht auf eine gewisse Aussicht. Die Errichtung eines Metallgeländers durch den dienstbarkeitsbelasteten Grundeigentümer kann daher eine Erschwerung der Ausübung der Dienstbarkeit darstellen (Art. 737 Abs. 3 ZGB).

Une terrasse sur un toit peut faire l'objet d'une servitude d'empiétement (art. 674 CC) si elle forme une unité fonctionnelle avec le bâtiment principal sur l'immeuble dominant. Si un droit d'utiliser un toit comme terrasse est inclus dans une servitude d'empiétement, il faut admettre implicitement et selon les conditions locales un droit à une certaine vue. Pour cette raison, l'installation d'une balustrade métallique par le propriétaire de l'immeuble grevé de la servitude peut constituer une entrave à l'exercice de la servitude (art. 737 al. 3 CC).

Urteil des Bundesgerichts vom 8. November 2024 (5D_213/2023)

Jörg Schmid, Dr. iur., Professor an der Universität Luzern, und **Jonas Wolfisberg**, Rechtsanwalt und Notar, MLaw, Luzern/Alpnach Dorf

Der Fall

(202) Auf den Hanggrundstücken Nr. xxx, Nr. yyy und Nr. zzz, GB U. befindet sich ein Terrassenhaus. AA. und B.A. sind Eigentümer des oberliegenden Grundstücks Nr. yyy, das Grundstück Nr. www steht im Eigentum von Frau C. Zugunsten von Grundstück Nr. yyy und zulasten von Grundstück Nr. www ist im Grundbuch eine Dienstbarkeit als «Überbau-

recht» eingetragen, welches gemäss dem Dienstbarkeitsvertrag vom 30. August 1978 auch ein Recht zur Benützung des Daches des Hauses auf dem unterliegenden Grundstück Nr. www als Terrasse einschliesst. Laut diesem Vertrag sind auf der Terrasse des Grundstücks Nr. yyy unverrückbare Pflanzentröge aufzustellen, damit der Einblick auf den unteren Sitzplatz verwehrt ist. Vom im Überbaurecht erstellten Teil der Wohnung von A.A. und B.A. kann eine Terrasse betreten werden, die zugleich das Dach der unterliegenden Wohnung von Frau C. bildet. Diese Terrasse ist durch eine halbhohe Mauer eingefasst, welche die bauliche Verlängerung der Aussenfassade des Wohnhauses von C. über den Terrassenboden hinaus darstellt («Aufmauerung»). Im Jahr 2014 liess Frau C.

an der Aufmauerung grüne Pfosten als Geländer und Sichtschutz anbringen, die ca. 100 cm über den Boden der oberliegenden Terrasse hinausragen.¹ In der Folge erstellte der Rechtsvorgänger von A.A. und B.A. auf entsprechende Verfügung des Gemeinderates U. eine Absturzsicherung aus Plexiglas an der Innenseite der Pflanzentröge. Frau C. liess ihrerseits an den bereits erstellten Pfosten ein durchgehendes (grünes) Metallgeländer anbringen.

A.A. und B.A. verlangten mit Klage vom 20. Januar 2021 beim Bezirksgericht Baden die Entfernung/Beseitigung dieses Metallgeländers durch Frau C. Während das Bezirksgericht die Klage gutgeheissen hatte, hob das Obergericht des Kantons Aargau diesen Entscheid auf und wies die Klage ab.² Das Bundesgericht tritt auf eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde in Zivilsachen nicht ein (Streitwert unter CHF 30 000; keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung), heisst jedoch die zugleich erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde teilweise gut.

Der Entscheid

Zunächst prüft das Bundesgericht, ob die Kläger/Beschwerdeführer die Beseitigung des Metallgeländers – das sie als «hässlich» beschreiben und durch das sie ihre Aussicht beschränkt sehen – nach **Art. 641 Abs. 2 ZGB («actio negotioria»)** verlangen dürfen (E. 4). Es hält fest, dass bei der Begründung eines Überbaurechts nach Art. 674 ZGB die Bestimmung von Art. 675 Abs. 2 ZGB (Verbot der Baurechtserrichtung an einzelnen Stockwerken) nicht umgangen werden darf; mit einem Baurecht kann mit anderen Worten keine horizontale Trennung des Eigentums ausserhalb der Begründung von Stockwerkeigentum erzielt werden (E. 4.4.2).³ Ein Überbaurecht ist – so das Bundesgericht – in der vorliegenden Konstellation nur dann zulässig, wenn sich der betreffende Raum in einem Gebäude befindet, welches mit dem Hauptgebäude durch Mauern verbunden ist, der Raum vom Hauptgebäude auf dem herrschenden Grundstück her einen direkten Zugang hat und mit diesem eine funktionelle Einheit bildet.⁴ Die Vorinstanz hatte die Zulässigkeit eines Überbaurechts für die

Terrasse eines Terrassenhauses, die gleichzeitig das Dach des unterliegenden Gebäudes darstellt, noch verneint, soweit es sich bei der Terrasse nicht um eine selbständige Konstruktion handelt. Diese Ansicht qualifiziert das Bundesgericht vor dem Hintergrund der zitierten Rechtsprechung als willkürlich: Zwar sind die in BGE 127 III 10 ff. erwähnten Kriterien auf die zu beurteilende Terrasse nur sinngemäss anwendbar, weil es sich bei ihr nicht um einen Raum handelt. Dennoch kann die Terrasse im vorliegenden Fall von der zum Teil im Überbaurecht errichteten Wohnung der Beschwerdeführer betreten werden und deshalb entsprechend der genannten Praxis im Grundsatz Gegenstand eines Überbaurechts sein (E. 4.5 und 4.6). Sodann ist die streitgegenständliche Terrasse auch Gegenstand des vereinbarten Überbaurechts. Die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz, welche zwischen einem Überbaurecht und einem Terrassenbenützungsrecht unterschieden hat, qualifiziert das Bundesgericht wiederum als willkürlich (E. 4.7.6 und 5).

Von der Frage nach dem Gegenstand und der Zulässigkeit des Überbaurechts zu unterscheiden ist sodann die Frage, wem das **Eigentum an der Aufmauerung** zukommt (E. 5). Objekte des Überbaurechts – insbesondere überragende Bauteile – weisen nach dem Bundesgericht Bestandteils- und damit Sachqualität auf, weshalb eine klare und deutliche Abgrenzung auf einem Plan empfehlenswert wäre.⁵ Wo dies nicht erfolgt ist (wie im vorliegenden Fall), muss die Abgrenzung zwischen überragendem Gebäudeteil und angrenzender Bauteile im Einzelfall bestimmt werden, und zwar vor allem nach der Funktion, welche die horizontale Konstruktion zwischen den beiden Liegenschaften erfüllt (E. 5.2).⁶ Dazu fehlen indessen tatsächliche Feststellungen der Vorinstanz (die von der Unzulässigkeit des Überbaurechts ausging). Die Frage, ob die Miteigentumsvermutung des Art. 670 ZGB analoge Anwendung findet, wenn keine klare Abgrenzung möglich ist, lässt das Bundesgericht unter Hinweis auf die nachfolgenden Erwägungen offen (E. 5.3).⁷

Schliesslich prüft das Bundesgericht das **Abwehrrecht aus der Dienstbarkeit («actio confessoria»;** Art. 737 Abs. 3 ZGB; E. 6). Im vorliegenden Fall ist in der Benutzung des Überbaus als Dachterrasse auch ein Recht auf eine gewisse Aussicht enthalten (E. 6.5.4). Die Vorinstanz hat demnach zu prüfen, ob der Sichtschutz der Beklagten/Beschwerdegegnerin bereits mit der Aufstellung der Pflanzentröge und der Plexiglaswand gewährleistet ist. Trifft dies zu, so stellt die Errichtung des Metallgeländers eine Erschwerung der Ausübung der Dienstbarkeit nach Art. 737 Abs. 3 ZGB dar; dagegen können sich die Beschwerdeführer mit der Dienstbarkeitsklage zur Wehr

¹ Diese Pfosten führten bereits im Jahr 2015 zu einer Besitzerschuttklage des Rechtsvorgängers von A.A. und A.B., die jedoch abgewiesen wurde, letztinstanzlich 2019 vom Bundesgericht (Urteil 5D_46/2019 vom 18. Dezember 2019 und Sachverhalt A.d des Berichtsentscheids). Ausserdem hatte sich das Bundesgericht (II. Strafrechtliche Abteilung) im Jahr 2023 mit einem – von der Staatsanwaltschaft eingestellten – Strafverfahren zu befassen, das offensichtlich die Parteien betraf; es ging um den Vorwurf des Hausfriedensbruchs und der Sachbeschädigung, angeblich begangen durch das Anbringen eines Sichtschutzes an gewissen Gebäudeteilen (Urteil 7B_89/2022 vom 31. Juli 2023).

² Entscheid des Aargauer Obergerichts vom 23. September 2023 (ZVE.2023.15), besprochen von B. HÜRLIMANN-KAUP / M. BINGGELI, Kein Eigentum «nach Schichten»: Unzulässigkeit eines Überbaurechts an einer aus dem Dach der Unterwohnung bestehenden Terrasse, BR/DC 2024, S. 265 ff.

³ Zitiert werden BGE 105 Ib 187 ff. (192), E. 5a, sowie das Urteil 5A_9/2024 vom 7. August 2024, E. 4.2.

⁴ Zitiert wird BGE 127 III 10 ff. (13), E. 2c/cc (deutsche Übersetzung in: ZBGR 2002, S. 184 ff.). Eingehend zur Einordnung dieses Entscheids in die bundesgerichtliche Rechtsprechung J. WOLFISBERG, Abwehrrsprüche im Verhältnis zwischen dem Grundeigentümer und dem Bauberechtigten, Zürich/Basel/Genf 2022, Nr. 63 ff.

⁵ Zitiert wird H. REY, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, veröffentlicht im Jahre 2004, in: ZBJV 143/2007, S. 1 ff. (11).

⁶ Zitiert wird das Urteil 5C.20/2003 vom 18. Juni 2003, E. 1.3 (= ZBGR 85/2004, S. 300 ff.).

⁷ Bejahend G. EGGEN, Privatrechtliche Fragen des neuen Bauens und ihre Wirkungen auf das Grundbuch, in: ZBGR 53/1972, S. 207 ff. (218 f.); verneinend S. MARCHAND, Commentaire romand, Code Civil II, 2016, N 4 zu Art. 670 ZGB, N 4, mit Verweis auf Urteil des BGR vom 3. Oktober 2000, in: SJ 2001 I, S. 336 ff. (339), E. 3b, wo die Vorinstanz (Tribunale d'appello del Cantone Ticino) ebenfalls diese Ansicht vertreten hatte. Bei J. DROUX, Le mur mitoyen à l'exemple du droit fribourgeois, Diss. Freiburg 1984, findet sich, soweit ersichtlich, keine Aussage zur dieser Frage.

setzen (E. 6.5.7). Die Beschwerde wird deshalb teilweise gutgeheissen und die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen (E. 7).

Anmerkungen

1. Der Berichtsentscheid mit seiner Vor- und Nebengeschichte⁸ zeigt zunächst, mit welcher Heftigkeit Streitigkeiten unter Nachbarn toben können – die Prozessverfahren sind hierbei häufig nur die Spitze des Eisbergs. Er ruft sodann die Grundsätze der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung über den **zulässigen Gegenstand eines Überbaurechts** in Erinnerung und entwickelt sie für Dachterrassen weiter. Bezogen auf *Räume lässt die Praxis ein Überbaurecht zu, wenn* sich der betreffende Raum (etwa ein Zimmer, eine Küche oder ein Keller) in einem Gebäude befindet, welches mit dem Hauptgebäude durch Mauern verbunden ist, der Raum vom Hauptgebäude auf dem herrschenden Grundstück her einen direkten Zugang hat und mit diesem eine funktionelle Einheit bildet.⁹ Im vorliegenden Fall geht es indessen nicht um einen geschlossenen Raum, sondern um eine (mit einer Aufmauerung versehene) *Dachterrasse*. Das Bundesgericht bejaht entgegen der Vorinstanz die Zulässigkeit eines Überbaurechts für das Dach eines Terrassenhauses (bzw. für Dachteile) und fügt bei, die für Räume entwickelten Kriterien seien hier nur sinn-gemäss anwendbar.¹⁰ Die von der Praxis vorausgesetzte bautechnisch-funktionale Verbindung zwischen dem Überbau (Terrasse) und der auf dem Ausgangsgrundstück erstellten Baute (hangseitig oberliegende Wohnung) erblickt es darin, dass die Dachterrasse ausschliesslich von dieser Wohnung her betreten werden kann (E. 4.4–4.6). Diese Lösung ist vertretbar und angesichts der Präjudizien, die ein Überbaurecht am Dach eines Terrassenhauses zugelassen haben, nachvollziehbar,¹¹ auch wenn der vorinstanzliche Entscheid aus unserer Sicht nicht als willkürlich angesehen werden kann. Die bundesgerichtliche Lösung mag auch der Rechtssicherheit dienen, weil solche dienstbarkeitsrechtliche Gestaltungen bei Terrassenüberbauungen immer wieder vorkommen dürften.¹² Nicht vom Bundesgericht geklärt wird indessen die Frage der Bestandteilqualität des Daches für die darunterliegende Wohnung, wie sogleich zu zeigen ist.

2. Lässt man mit dem Bundesgericht solche Überbaurechte bei Terrassenbauten zu, stellt sich nämlich die weitere **Frage, in wessen Eigentum welche Bauteile stehen**. Diese Abgrenzung ist heikel (auch wegen der Frage der Werkeigentümerhaftung, Art. 58 f. OR) und sollte – wie das Bundesgericht ausführt – am besten bei der Errichtung des Überbaurechts auf einem Plan erfolgen (E. 5.2). In der Praxis dürfte ein solcher Plan indessen häufig fehlen. Dann muss im Einzelfall bestimmt werden, was überragenden Gebäudeteil (und damit Eigentum des Servitutsberechtigten) und was angrenzenden Bauteil (und damit Eigentum des Servitutsbelasteten) darstellt. Nach dem Bundesgericht muss diese Abgrenzung mangels eines Planes «insbesondere nach der Funktion ... erfolgen, die die (horizontale) Konstruktion zwischen den beiden Liegenschaften erfüllt» (E. 5.2 in fine). Die Frage bleibt im Berichtsfall ungeklärt (E. 5.2 und 5.3). Im zitierten Präjudiz aus dem Jahr 2003 hielt das Bundesgericht in einem vergleichbaren Fall fest, die horizontale Konstruktion zwischen den Liegenschaften der Parteien erfülle eine doppelte Aufgabe: Einerseits diene sie als Dach der unteren, andererseits als Terrasse der oberen Wohnung. Die Funktion als Dach der unterliegenden Wohnung überwiege jedoch klarerweise. Deshalb stütze es die vorinstanzliche Lösung, wonach die Betondecke, die Dämmschicht, die PVC-Folie und die Kiesschicht zur unterliegenden Wohnung gehörten, während nur die oberste Terrassenschicht (welche Verbundsteine enthielt) im Eigentum des Servitutsberechtigten stehe.¹³ Lässt man mit dem Bundesgericht ein solches «schichtweises» Eigentum am Dach mit der darauf befindlichen Terrasse zu, ist dieser Rechtsprechung zuzustimmen. Die gleiche eigentumsrechtliche Lösung dürfte denn auch (mangels planlicher Abgrenzung) auf zahlreiche Überbaurechte bei Terrassenbauten zutreffen. Beizufügen bleibt:

Nach Art. 741 Abs. 1 ZGB hat der Dienstbarkeitsberechtigte die Vorrichtung zu unterhalten, welche zur Ausübung der Dienstbarkeit gehört. Diese gesetzliche Regelung der Unterhaltspflicht stellt dispositives Recht dar.¹⁴ Bestätigen die Parteien diese Regelung im Dienstbarkeitsvertrag und bezeichnen sie den Dienstbarkeitsberechtigten als unterhaltspflichtig für einen bestimmten Gebäudeteil, stellt dieser Umstand nach der hier vertretenen Auffassung ein Indiz dafür dar, dass der betreffende Gebäudeteil ebenfalls vom Überbaurecht erfasst ist und es sich somit um einen überragenden Gebäudeteil handelt. Gemäss Art. 741 Abs. 2 ZGB sind Unterhaltsvereinbarungen auch für die Erwerber der beteiligten Grundstücke verbindlich, wenn sie sich aus den Belegen des Grundbuchs erschliessen lassen. Daher ist das erwähnte Indiz aus dem Dienstbarkeitsvertrag bei der Auslegung der Dienst-

⁸ Vgl. die Hinweise in Fn. 1.

⁹ Vgl. die Hinweise in Fn. 4 sowie BGE 105 Ib 187 ff. (191 f.), E. 5a, mit Hinweis auf P. LIVER, Zulässigkeit der Erstellung eines Gebäudes unter teilweiser Einbeziehung des Nachbargrundstückes aufgrund einer Dienstbarkeit, ZBGR 54/1973, S. 193 ff., besonders S. 202 f., und DENSELBN, Erstellung von Pavillonbauten im Baurecht auf der Perronplatte des Bahnhofes Bern, ZBGR 54/1973, S. 204 ff.

¹⁰ E. 4.6 («an einem Dach»), mit Hinweis auf BGE 138 III 650 ff. (651), E. 3.2; ferner Urteil 5C.20/2003 vom 18. Juni 2003, E. 1.3 (= ZBGR 85/2004, S. 300 ff.).

¹¹ Vgl. die Hinweise in Fn. 10. A.M. B. HÜRLIMANN-KAUP/M. BINGGELI (zitiert in Fn. 2), S. 266, die unter Hinweis auf die Bestandteilqualität des Daches (und auf A. MEIER-HAYOZ, Berner Komm., 3. Aufl., Bern 1974, N 19 zu Art. 675 ZGB) dem vorinstanzlichen Entscheid zustimmen.

¹² So nun auch R. PFÄFFLI, Das Grundbuch als Eintragsregister, BN 2025, S. 5 ff. (20), der dem Berichtsentscheid ebenfalls zustimmt.

¹³ Urteil 5C.20/2003 vom 18. Juni 2003, E. 1.3.2 (= ZBGR 2004, S. 300 ff.). Die Frage stellte sich bezüglich der Unterhaltspflicht und der Haftpflicht für einen Wasserschaden.

¹⁴ Zum Beispiel Urteil 5C.20/2003 vom 18. Juni 2003, E. 1.1 (= ZBGR 85/2004, S. 300 ff.), mit Hinweis auf P. LIVER, Zürcher Kommentar, 2. Aufl., Zürich 1980, N 9, 13 und 20 zu Art. 741 ZGB. Ferner etwa P.-H. STEINAUER, Les droits réels, Tome II, 5. Aufl., Bern 2020, Nr. 3447; C. GALLAND, L'entretien des ouvrages en servitude: les pièges à éviter, BR/DC 2013, S. 106 ff.; E. PETITPIERRE, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023, N 16 zu Art. 741 ZGB; J. SCHMID / B. HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6. Aufl., Zürich/Genf 2022, Nr. 1290a.

barkeit i.S.v. Art. 738 ZGB selbst dann beachtlich, wenn sich nicht mehr die ursprünglichen Parteien des Dienstbarkeitsvertrags gegenüberstehen.

3. Die vom Bundesgericht aufgeworfene, aber offengelassene Frage, ob die von **Art. 670 ZGB** statuierte **Miteigentumsvermutung** analog anwendbar ist, wenn eine klare Abgrenzung nicht möglich erscheint, ist nach der hier vertretenen Auffassung zu verneinen: Nach den allgemeinen Grundsätzen setzt ein Analogieschluss das Bestehen einer (offenen) Gesetzeslücke voraus.¹⁵ An einer solchen fehlt es im vorliegenden

Kontext: Soweit der Überbauberechtigte das Alleineigentum an einem bestimmten Gebäudeteil, mithin eine Durchbrechung des Akzessionsprinzips behauptet, trägt er hierfür nach Art. 8 ZGB die Beweislast. Misslingt ihm dieser Beweis, bleibt es bei der Geltung des Akzessionsprinzips i.S.v. Art. 667 Abs. 2 ZGB, weshalb der fragliche Gebäudeteil im Alleineigentum des dienstbarkeitsbelasteten Grundeigentümers steht. Für die Anwendung der Miteigentumsvermutung des Art. 670 ZGB bleibt damit kein Raum. Ganz abgesehen davon würde – wenn man bei solchen baulichen Verhältnissen Miteigentum annähme – die Quantifizierung der verschiedenen Miteigentumsanteile erhebliche Probleme aufwerfen.

¹⁵ Zum Beispiel BGE 149 IV 376 ff. (392), E. 6.6; 146 III 426 ff. (429), E. 3.1; E.A. KRAMER / R. ARNET, Juristische Methodenlehre, 7. Aufl., Bern 2024, S. 227 ff. (mit Hinweisen zum Begriff der offenen Lücke auf S. 221 ff.);

B. HÜRLIMANN-KAUP / J. SCHMID, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 4. Aufl., Zürich/Genf 2024, Nr. 207.