

# immobilia

**DANIEL FÄSSLER**

ÜBER IMMOBILIENPOLITIK – SEITE 04



<b>IMMOBILIENWIRTSCHAFT.</b> Sanierung von Stockwerkeigentum.....	14
<b>IMMOBILIENRECHT.</b> Die Verantwortung des Schätzers .....	35
<b>BAU &amp; HAUS.</b> Bundesgericht hebt Lüftungsfensterpraxis aus.....	40

# Aussichtsschutz trotz Bäumen

In einem bemerkenswerten Fall aus dem Kanton Zürich entschied das Bundesgericht kürzlich<sup>1</sup>, unter welchen strengen Voraussetzungen man sich nicht mehr auf eine während langer Zeit unbeachtete Grunddienstbarkeit zur Durchsetzung eines Aussichtsschutzes berufen kann.



BORIS GRELL\* •

**AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNGEN.** Die drei Schwestern A, B und C erbten im Jahre 2002 die Liegenschaft an der X-Strasse in Zürich und bildeten als Stockwerkeigentümerinnen seither zusammen die «Stockwerkeigentümergeinschaft X-Strasse». Die Aufteilung der Liegenschaft zu Stockwerkeigentum nahm bereits ihr Rechtsvorgänger 1988 vor. Zudem war bereits seit 1925 im Grundbuch eine Dienstbarkeit eingetragen, zulasten der (nicht unmittelbar benachbarten, südlich gelegenen Liegenschaft, die sich seit 2009 im Eigentum von Y befindet. Gemäss dem Wortlaut dieser Grunddienstbarkeit<sup>2</sup> dürfen Bäume und Sträucher auf dem Grundstück des Y die Höhe von 5 Metern nicht übersteigen.

Der Streitgegenstand waren eine auf dem Grundstück von Y stehende, rund 80-jährige Föhre mit einer Höhe von circa 30 Metern sowie eine rund 90-jährige Birke mit einer Höhe von ungefähr 20 Metern. Die Föhre war sehr markant und überragte die Hausdächer und übrigen Bäume in der unmittelbaren Umgebung klar und verdeckte die Aussicht auf den Zürichsee fast vollständig. Die «Stockwerkeigentümergeinschaft X-Strasse» klagte 2014 gegen Y und verlangte von ihm den Rückschnitt dieser beiden Bäume auf die gemäss der Grunddienstbarkeit zulässige Höhe von

maximal 5 Metern. Bis dahin verlangten weder die drei Schwestern noch ihre Rechtsvorgänger je einen Rückschnitt der beiden Bäume; ebenso wurden die Bäume nicht zurückgeschnitten seit dem Kauf des mit der besagten Grunddienstbarkeit belasteten Grundstücks durch Y.

Im Gerichtsprozess, der sich ohne Einigung durch die kantonalen Instanzen zog<sup>3</sup>, bestritt der beklagte Y die Aktivlegitimation der klagenden «Stockwerkeigentümergeinschaft X-Strasse». Zudem machte er geltend, dass die Grunddienstbarkeit aus verschiedenen Gründen sowieso nicht mehr gelte. Y machte insbesondere die konkludente Aufhebung beziehungsweise den einseitigen Verzicht auf die besagte Grunddienstbarkeit geltend. Ebenso wies er auf die Diskrepanz zwischen dem Grundbucheintrag und der tatsächlichen Situation hin, weshalb die heutigen Stockwerkeigentümerinnen sowieso nicht gutgläubig auf den besagten Grundbucheintrag hätten vertrauen dürfen.

**ZUR KLAGEBERECHTIGUNG DER STWE-GEMEINSCHAFT.** Zunächst einmal befasste sich das Bundesgericht mit dem Vorwurf von Y, wonach die «Stockwerkeigentümergeinschaft X-Strasse» den Rückschnitt der beiden Bäume erst gar nicht hätte einklagen

können, sondern dies vielmehr die drei Schwestern als Stockwerkeigentümerinnen gemeinsam hätten verlangen müssen.

Der Stockwerkeigentümergeinschaft kommt gemäss Art. 712l Abs. 1 ZGB zwar keine Rechtspersönlichkeit zu, doch geniesst diese Rechtsgemeinschaft der Stockwerkeigentümer eine gewisse Verselbständigung. So ist die Stockwerkeigentümergeinschaft im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit zivilrechtlich handlungsfähig und kann unter ihrem Namen klagen und betreiben sowie beklagt und betrieben werden. Sodann verfügt die Stockwerkeigentümergeinschaft gemäss Art. 712l Abs. 2 ZGB über ein Sondervermögen, das im Rechtsverkehr verselbständigt ist. Nicht zu diesem Gemeinschaftsvermögen gehört gemäss Bundesgericht aber namentlich die (im Stockwerkeigentum organisierte) Liegenschaft, weil diese als solche nicht der gemeinschaftlichen Verwaltung dient, sondern vielmehr nur Anlass für die Stockwerkeigentümergeinschaft ist. Ebenso stellte das Bundesgericht mit Verweis auf Art. 730 Abs. 2 ZGB klar, dass die Stockwerkeigentümergeinschaft als solche auch nicht dienstbarkeitsberechtigt ist, zumal Grunddienstbarkeiten immer nur zugunsten der jeweils aktuellen Eigentümer des berechtigten Grundstücks bestehen.

Im vorliegenden Fall entschied das Bundesgericht (und erachtete dabei den Entscheid des Zürcher Obergerichts als nicht willkürlich<sup>4</sup>), dass die Durchsetzung der vorliegenden Pflanzungsbeschränkung unter die gemeinschaftliche Verwaltung gemäss Art. 712g ff. ZGB fällt und damit die Stockwerkeigentümergeinschaft (und nicht die Stockwerkeigentümerinnen gemeinsam) aktivlegitimiert war und darum den Rückschnitt der beiden Bäume einklagen konnte. Entscheidend war für das Bundesgericht dabei, dass es sich vorliegend um Wohnliegenschaften handelte und die besagte Grunddienstbarkeit der Gewährung von Licht, Aussicht und Weitegefühl diene. Davon profitierten die Stockwerkeigentümer des berechtigten Grundstücks insgesamt, und zwar nicht nur in subjektiver Hinsicht (persönliches Wohlbefinden durch bessere Besonnung, Weitsicht, etc.). Vielmehr profitierten die Stockwerkeigentümer – gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts – potenziell auch wertmässig, indem die vorgenannten Faktoren den Verkehrswert sowie den Mietwert der

einzelnen Stockwerkeinheiten zu beeinflussen vermögen. Im Weiteren liess sich das Bundesgericht sogar noch auf das Argument ein, wonach übermässiger Schatzenwurf auch zu Vermoosung und erhöhtem Unterhaltsaufwand beim berechtigten Grundstück führen könne. Damit diene die besagte Grunddienstbarkeit und deren Durchsetzung dem Werterhalt der Liegenschaft und sei im Interesse aller (und nicht erkennbar nur einzelner) Stockwerkeigentümer.

**ZUR DURCHSETZBARKEIT DER GRUNDDIENSTBARKEIT.** In der Sache selbst entschied das Bundesgericht weiter und stützte auch hier die Entscheide der Zürcher Gerichte, wonach die Stockwerkeigentümergeinschaft den Inhalt dieser Grunddienstbarkeit – auch gut 90 Jahre nach deren Eintragung im Grundbuch und trotz der jahrzehntelangen Hinnahme eines dienstbarkeitswidrigen Zustands – immer noch durchsetzen konnte. Mithin war es für die Gerichte rechtlich irrelevant, dass bis zur Klageeinleitung 2014 nie ein Rückschnitt verlangt wurde, zumal dies am Bestand und der Wirksamkeit der Grunddienstbarkeit nichts ändere.

**KEINE KONKLUDENTE AUFHEBUNG, KEIN VERZICHT.** So verwarf das Bundesgericht zunächst einmal die Ansicht von Y, dass die Grunddienstbarkeit konkludent aufgehoben worden sei. Eine solche Aufhebung sei nicht ersichtlich, zumal es keine explizite Willenserklärung und auch keine besondere Verhaltensweisen gebe, welche auf eine übereinstimmende Willensäusserung schliessen liessen.

Zudem stützte das Bundesgericht die Auffassung der Zürcher Gerichte, wonach das jahrelange, widerspruchslöse Hinnehmen der Verletzung einer Dienstbarkeit auch nicht als einseitiger konkludenter Verzicht gewertet werden könne. Denn ein solches Dulden (selbst über mehrere Jahrzehnte und selbst wenn die fraglichen Pflanzen seit langem die zulässige Höhe massiv überschritten haben) könne ebenso gut andere Gründe haben (wie die Wahrung des nachbarschaftlichen Friedens).

Soweit der Verzicht also konkludent erfolgt, muss ein solch konkludentes Verhalten in eindeutiger und gültiger Weise zum Ausdruck kommen. Dies ist – gemäss dem vom Bundesgericht dazu angeführten Beispiel – u. a. der Fall, wenn der Eigentümer

eines dienstbarkeitsberechtigten Grundstücks eine dienstbarkeitswidrige Baute auf dem Nachbargrundstück gestattet.

**KEINE VERSITZUNG.** Im Weiteren verwies das Bundesgericht in seinen Erwägungen darauf, dass es im schweizerischen Recht kein von der Lehre oder der Rechtsprechung anerkanntes Rechtinstitut der «Dienstbarkeitsversitzung» gebe, wonach sich der Eigentümer des belasteten Grundstücks auf den blossen Zeitablauf berufen könnte. Vielmehr geht eine Dienstbarkeit gemäss Art. 734 ZGB erst mit deren Löschung im Grundbuch unter und besteht mit anderen Worten grundsätzlich so lange, als sie im Grundbuch eingetragen ist.

Allerdings kann bereits vor der Löschung auf eine Dienstbarkeit wirksam verzichtet und damit die Dienstbarkeit trotz Grundbucheintrag nicht mehr durchgesetzt werden. Ein solcher Verzicht muss gemäss Bundesgericht vom Berechtigten aber bedingungslos und vorbehaltlos erklärt werden. Vorliegend war ein solch konkludenter Verzicht – wie bereits erwähnt – aber nicht ersichtlich, und blosser Zeitablauf reicht nach dem Gesagten allein nicht aus, um einen konkludenten Verzicht auf eine Grunddienstbarkeit bejahen zu können.

**KEINE NATÜRLICHE PUBLIZITÄT.** Im Übrigen verwarf das Bundesgericht auch den Vorwurf des Y, wonach sich die drei Stockwerkeigentümerinnen anlässlich des Grundstückserwerbs im Jahr 2002 den tatsächlichen, gegen aussen sichtbaren physischen Zustand der Liegenschaft mit den beiden, viel zu hohen Bäumen hätten anrechnen lassen müssen und sich nicht gutgläubig auf den widersprechenden Grundbucheintrag hätten verlassen dürfen.

Denn der vom Bundesgericht vor einigen Jahren entwickelte Grundsatz der natürlichen Publizität<sup>5</sup> war vorliegend nicht einschlägig. Im Gegenteil, erachtete das Bundesgericht die Einschätzung der Zürcher Gerichte als nicht willkürlich, dass sich vielmehr der beklagte Y die Frage entgegenhalten lassen müsse, weshalb nicht er anlässlich des Kaufs der Liegenschaft 2009 die offenkundige Diskrepanz zwischen der eingetragenen Pflanzungsbeschränkung und der tatsächlichen Situation klärte, wenn der Fortbestand der Bäume derart wichtig für ihn gewesen sei.

## ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSFOLGERUNGEN.

- Obwohl eine Stockwerkeigentümergeinschaft an sich nicht Dienstbarkeitsberechtigte ist und die berechtigte Liegenschaft auch nicht zu deren Sondervermögen zählt, ist sie und nicht die Stockwerkeigentümer trotzdem im Bereich der gemeinschaftlichen Verwaltung klageberechtigt zur Durchsetzung einer zugunsten der Stammparzelle im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit, soweit diese im Interesse aller Stockwerkeigentümer errichtet wurde.
- Ein einseitiger Verzicht auf eine Grunddienstbarkeit lässt sich nicht aus dem blossen Dulden eines dienstbarkeitswidrigen Zustands ableiten, selbst wenn sich dieser über Jahrzehnte hinweg erstreckte. Vielmehr müsste ein solcher Verzichtswille eindeutig in unzweideutiger Weise zum Ausdruck gebracht werden und eine andere Auslegung ausgeschlossen oder zumindest höchst unwahrscheinlich sein.
- Dass auf einem Grundstück Bäume stehen, die massiv die in der Grunddienstbarkeit festgeschriebene Maximalhöhe überschreiten, genügt alleine nicht, um den guten Glauben eines Erwerbers des berechtigten Grundstücks in den Grundbucheintrag zu zerstören. ●

<sup>1</sup> Der hier auszugsweise besprochene Bundesgerichtsentscheid vom 11. Juli 2016 kann unter [www.bger.ch](http://www.bger.ch) mit dem Vermerk «5A\_898/2015» heruntergeladen werden. Es ist auch dessen Publikation in der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide vorgesehen.

<sup>2</sup> Bei der Begründung von Stockwerkeigentum wurde die Dienstbarkeit im Grundbuch auf dem Stammgrundstück eingetragen.

<sup>3</sup> Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich datiert vom 23. Februar 2015 (Geschäfts-Nr. FV140203), das Obergericht des Kantons Zürich fällte sein Urteil am 6. Oktober 2015 (Geschäfts-Nr. NP150008).

<sup>4</sup> Das Bundesgericht konnte die Rechtsfragen leider nur eingeschränkt im Rahmen einer Willkürprüfung entscheiden, weil der für eine Beschwerde in Zivilsachen notwendige Grenzbetrag von 30 000 CHF nicht erreicht wurde.

<sup>5</sup> Vgl. zum Grundsatzentscheid der natürlichen Publizität BGE 137 III 153 ff.



**\*DR. BORIS GRELL**

Der Autor ist selbständiger Rechtsanwalt in Zürich sowie Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht ([www.grell-law.ch](http://www.grell-law.ch)).