

Gegenseitige Näherbaurechte und kantonale Vorschriften zum Gebäudeabstand – ein Spannungsverhältnis

Näherbaurechte können nur im Rahmen des (kantonalen) öffentlich-rechtlichen Baurechts vereinbart werden. Öffentlich-rechtliche Gebäudeabstände können daher die beidseitige Umsetzung eines gegenseitigen Näherbaurechts ausschliessen. Bei einer allfälligen Kollision profitiert der Erstbauende – wie das Bundesgericht ausführt – grundsätzlich uneingeschränkt vom Abstandsprivileg. Unter Vorbehalt besonderer Abreden oder Umstände kann jene Partei, die einstweilen nicht baut, das Bauprojekt des Erstbauenden nicht verhindern, selbst wenn sie später wegen der öffentlich-rechtlichen Gebäudeabstandsvorschriften ihr Näherbaurecht nicht ausüben kann.

Les droits de construction rapprochée (servitudes de distance à la limite; Näherbaurechte) ne peuvent valoir que dans les limites de ce qui est admissible en droit public (cantonal). Or, le respect de ce dernier peut impliquer qu'un droit de construction rapprochée contracté entre deux parties de manière réciproque ne puisse pas être exercé par l'une d'entre elles; le Tribunal fédéral considère alors que (sauf convention contraire ou circonstances particulières) le premier constructeur bénéficie du privilège de distance, tandis que le second doit renoncer à construire.

Urteil des Bundesgerichts vom 26. Mai 2023 (5A_955/2022), zur amtlichen Publikation vorgesehen

Jörg Schmid, Dr. iur., Professor an der Universität Luzern
Ramin Paydar, Rechtsanwalt, MLaw, Luzern/Bern

Der Entscheid

Vor Bundesgericht ist die Auslegung des gegenseitigen Näherbaurechts umstritten (E. 3). Nach einer Zusammenfassung der Stufenordnung von Art. 738 ZGB zur Auslegung von Dienstbarkeiten (E. 3.3.2) geht das Bundesgericht auf Art. 686 ZGB ein: Diese Norm enthält einen echten Rechtsetzungsvorbehalt (Art. 5 Abs. 1 ZGB) zugunsten der Kantone; diese können (zivilrechtliche) Grabungs- und Bauabstände festsetzen sowie weitere (zivilrechtliche) Bauvorschriften erlassen (E. 3.4.1). Zumeist schöpfen die Kantone diese zivilrechtliche Regelungskompetenz nicht aus, sondern erlassen öffentlich-rechtliche Bauvorschriften; hier werden ihre Kompetenzen nicht durch Bundeszivilrecht eingeschränkt (Art. 6 ZGB; E. 3.4.1). Der Kanton Glarus, um dessen Bestimmungen es im vorliegenden Fall geht, regelt die Grenz- und Gebäudeabstände in seinem Raumentwicklungs- und Baugesetz (E. 3.4.2).¹

Bei einem gegenseitigen Näherbaurecht verpflichten sich die beteiligten Grundeigentümer gegenseitig, ein Gebäude oder einen Gebäudeteil des anderen im Abstandsbereich zu dulden (E. 3.5). Solche Näherbaurechte können im Lichte des Art. 6 Abs. 1 ZGB allerdings «nur im Rahmen des öffentlich-rechtlich Zulässigen begründet werden» (E. 3.6).² Dies kann zur Folge haben, dass öffentlich-rechtliche Gebäudeab-

Der Fall

(517) A.A. und B.A. (Beschwerdeführer) sind Miteigentümer der Liegenschaften Nrn. xxx, yyy und zzz. Die Nachbarliegenschaft Nr. qqq gehört dem C. (Beschwerdegegner). Zugunsten und zulasten der Grundstücke Nrn. qqq, yyy und zzz ist jeweils ein Näherbaurecht im Grundbuch eingetragen; gemäss dem Dienstbarkeitsvertrag von 1990 darf bis auf einen Meter an die gemeinsame Grenze gebaut werden.

Am 15. Juli 2019 erteilte der Gemeinderat Glarus Nord dem Beschwerdegegner die Baubewilligung für den Abbruch der Liegenschaft und den Neubau eines Mehrfamilienhauses auf dem Grundstück Nr. qqq (unter Inanspruchnahme des Näherbaurechts); das Neubauprojekt sollte dabei einen Grenzabstand von 110 cm einhalten. Das zuständige Departement des Kantons Glarus bestätigte den Baubewilligungsentscheid – dieser ist rechtskräftig.

Mit Schlichtungsgesuch vom 24. Juli 2019 und nachfolgender Klage beantragten die Beschwerdeführer, es sei dem C. zivilrechtlich zu verbieten, «das öffentlich-rechtlich bewilligte Bauvorhaben auszuführen oder ausführen zu lassen». Die Klage wurde vom Kantonsgericht Glarus gutgeheissen und dem Beschwerdegegner die Durchführung des Bauprojekts untersagt. Auf Berufung des Beschwerdegegners hob das Obergericht Glarus den erstinstanzlichen Entscheid auf und wies die Klage ab. Die von den Beschwerdeführern dagegen erhobene Beschwerde beim Bundesgericht bleibt erfolglos.

¹ Art. 51 Abs. 1 Raumentwicklungs- und Baugesetz des Kantons Glarus (RBG/GL) lautet: «Der Grenzabstand beträgt vorbehältlich anderer nachbarrechtlicher Abmachungen 4,00 Meter.» Art. 52 Abs. 2 RBG/GL ergänzt: «Bei offener Bauweise muss der Abstand von Gebäuden unter sich mindestens drei Viertel der Fassadenhöhe des höheren Gebäudes entsprechen, darf aber nicht weniger als 8,00 Meter betragen. Eingeschossige Gebäude mit einer Fassadenhöhe bis zu 3,30 Meter fallen bei der Berechnung des Gebäudeabstandes ausser Betracht.»

² So bereits M. SCHÜPBACH SCHMID, Das Näherbaurecht in der zürcherischen baurechtlichen Praxis ..., Diss. Zürich, Entlebuch 2001, S. 81.

stände – wie in diesem Fall – die beidseitige Umsetzung des Näherbaurechts ausschliessen (E. 3.6). Allfällige daraus entstehende Kollisionen der gegenseitigen Rechte und Pflichten sind gemäss Bundesgericht – der Lehre folgend³ – wie folgt aufzulösen: Der Erstbauende darf uneingeschränkt von seinem Abstandsprivileg profitieren, falls weder aus dem Dienstbarkeitsvertrag noch aus den weiteren (objektiv erkennbaren) massgeblichen Umständen hervorgeht, «dass die Vertragsparteien mit der Einräumung eines gegenseitigen Näherbaurechts eine Abrückungspflicht in dem Sinne vorgesehen haben, dass beide gleichermassen vom gegenseitig eingeräumten Näherbaurecht profitieren können»; der nicht Bauende (Dienstbarkeitsbelasteter und -berechtigter) kann den Bau mit anderen Worten nicht verhindern, indem er vorbringt, «ihm sei wegen öffentlich-rechtlichen Gebäudeabstandsvorschriften die Nutzbarmachung «seines» Näherbaurechts verwehrt» (E. 3.6.3).

Im vorliegenden Fall enthält laut dem Bundesgericht der Grundbucheintrag keine klare Umschreibung der Dienstbarkeit, weshalb der Dienstbarkeitsvertrag auszulegen ist (E. 3.6.1 und 3.6.2): Das Gericht kommt zum Schluss, dass sich weder aus dem Vertragstext noch aus den weiteren massgeblichen Umständen eine Abrückungspflicht ableiten lässt (E. 3.6.2). Dementsprechend vermögen die Beschwerdeführer das Bauprojekt des Beschwerdegegners (Erstbauenden) nicht zu verhindern, indem sie sich auf ihr Näherbaurecht berufen (E. 3.7). Ihre Beschwerde wird vom Bundesgericht abgewiesen.

Die Anmerkungen

1. Wie im Berichtsentcheid ausgeführt (E. 3.4.1 und 3.4.2), ist zwischen den privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Abstandsvorschriften zu unterscheiden. Es muss jeweils geprüft werden, ob eine Vorschrift dem öffentlichen oder dem privaten Baurecht angehört, da sich dies auf den Rechtsweg und die Dispositionsfreiheit der Parteien auswirken kann.⁴ Gegebenenfalls kann auch eine sogenannte Doppelnorm vorliegen.⁵ Im Einzelnen:

a. Die Kantone können gestützt auf Art. 686 Abs. 1 ZGB (echter Vorbehalt; Art. 5 ZGB) zivilrechtliche Abstandsvorschriften erlassen. Solche Vorschriften finden sich regelmä-

sig in den kantonalen Einführungsgesetzen (EG) zum ZGB. Aufgrund der öffentlich-rechtlichen Bestimmungen (siehe hiernach) sind sie indessen heutzutage von sinkender praktischer Bedeutung.⁶ Die Durchsetzung der zivilrechtlichen Abstandsvorschriften erfolgt auf dem Zivilrechtsweg;⁷ das Zivilgericht kann den Bau auch verhindern, wenn eine Baubewilligung erteilt wurde.⁸ Der Rechtsschutz untersteht hier indessen der Parteidisposition: Ein Grundeigentümer kann zugunsten seines Nachbarn auf den zivilrechtlichen Schutz verzichten, indem ein Näherbaurecht – in Form einer Dienstbarkeit oder einer obligatorischen Vereinbarung – eingeräumt wird.⁹

b. Daneben kommt den Kantonen die Kompetenz zu, öffentlich-rechtliche Abstandsvorschriften zu erlassen (Art. 6 Abs. 1 ZGB), wovon die meisten Kantone Gebrauch gemacht haben.¹⁰ Die Baupolizei setzt diese Abstandsvorschriften von Amtes wegen durch;¹¹ allfällige Verletzungen sind im Verwaltungsverfahren geltend zu machen.¹² Es gilt allerdings zu beachten, dass auch die öffentlich-rechtlichen Abstandsvorschriften teilweise zur Disposition stehen und durch Vereinbarung eines Näherbaurechts zwischen den Nachbarn unterschritten werden können; ob diese Vorschriften zwingend oder nachgiebig sind, ergibt sich aus den jeweils anwendbaren kantonalen bzw. kommunalen Bauordnungen.¹³

2. Im Berichtsentcheid geht das Bundesgericht – freilich ohne nähere Begründung – davon aus, dass die Gebäudeabstandsvorschriften im Raumentwicklungs- und Baugesetz des Kantons Glarus öffentlich-rechtlicher Natur sind und (anders als die Grenzabstandsvorschriften) nicht der Parteidisposition unterstehen, also zwingend einzuhalten sind (vgl. E. 3.4.2 und 3.6). Daher muss sich das Gericht zum Spannungsverhältnis zwischen dem gegenseitigen Näherbaurecht und den (zwingenden) öffentlich-rechtlichen Gebäudeabstandsvorschriften äussern:

⁶ REY/STREBEL, BaKomm (Fn. 4), Art. 685/686 ZGB N 3; T. SUTTER-SOMM, Schweizerisches Privatrecht, Band V/1, Sachenrecht, Eigentum und Besitz, 2. Aufl., Basel 2014, Nr. 778.

⁷ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 4), Nr. 967; SUTTER-SOMM (Fn. 6), Nr. 779. Siehe aber die kommunalen Baureglemente im Kanton Bern, die teilweise auf die zivilrechtlichen Abstandsvorschriften des EG ZGB/BE verweisen, womit diese Normen Bestandteil der öffentlich-rechtlichen Rechtsordnung werden und im Baubewilligungsverfahren direkt anwendbar sind (dazu P. LUDWIG/B. STALDER, 8. Kapitel: Öffentliches Baurecht, in: M. Müller/R. Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2021, Kap. 8 N 56).

⁸ STEINAUER (Fn. 4), Nr. 2627 m.w.H.

⁹ P. LIVER, Schweizerisches Privatrecht, Band V/I, Sachenrecht, Eigentum, Basel 1977, S. 246; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 4), Nr. 967.

¹⁰ REY/STREBEL, BaKomm (Fn. 4), Art. 685/686 ZGB N 3 und 17; A. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Art. 680–701 ZGB, 3. Aufl., Bern 1975, Art. 685/686 ZGB N 7 und 81. Siehe etwa §§ 120 ff. Planungs- und Baugesetz des Kantons Luzern; Art. 46 ff. Bauordnung der Stadt Bern.

¹¹ LIVER (Fn. 9), S. 244; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 4), Nr. 968. Vgl. auch SCHÜPBACH SCHMID (Fn. 2), S. 81.

¹² SUTTER-SOMM (Fn. 6), Nr. 779; REY/STREBEL, BaKomm (Fn. 4), Art. 685/686 ZGB N 18.

¹³ Vgl. VALLATI (Fn. 3), Nr. 157 f. mit Hinweisen auf verschiedene kantonale Rechtsordnungen; SCHÜPBACH SCHMID (Fn. 2), S. 27. Siehe auch Art. 51 Abs. 1 RBG/GL (Fn. 1).

³ Zitiert werden: B. HÜRLIMANN-KAUP/N. HAGI, Einseitiges Grenzbaurecht: Pflichten des Belasteten, BR/DC 2016, S. 340 f. (zum Entscheid des Berner Obergerichts ZK 15 239 vom 2. Juli 2015, auch in SJZ 113/2017, S. 92 ff., und ZBGR 98/2017, S. 249 ff. [mit kritischer Anmerkung von JÜRIG SCHMID]); S. VALLATI, Dienstbarkeiten und Bauvorhaben, Analyse und Lösung von Konflikten zwischen Bauherren und dienstbarkeitsberechtigten oder -belasteten Dritten, Diss. Zürich 2021, Nr. 160; M. SIEGRIST, Tücken im Grenz- und Näherbaurecht, Wohnwirtschaft HEV Aargau Nr. 4/2017, S. 19.

⁴ Vgl. J. SCHMID/B. HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6. Aufl., Zürich 2022, Nr. 968; H. REY/L. STREBEL, in: T. Geiser/S. Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023, Art. 685/686 ZGB N 18 f.; P.-H. STEINAUER, Les droits réels II, 5. Aufl., Bern 2020, Nr. 2626.

⁵ REY/STREBEL, BaKomm (Fn. 4), Art. 685/686 ZGB N 18; D. PIOTET, in: P. Pichonnaz/B. Foëx/D. Piotet (Hrsg.), Commentaire romand, Code Civil II, Basel 2016, Art. 686 ZGB N 3.

a. Gemäss dem Bundesgericht profitiert grundsätzlich der Erstbauende vom Abstandsprivileg, sofern sich aus dem Dienstbarkeitsvertrag (d.h. dem Vertragstext oder den für die Auslegung relevanten, objektiv erkennbaren Umständen) nicht etwas Gegenteiliges – nämlich eine Abrückungspflicht – ergibt. Entsprechende Umstände verneint das Bundesgericht: Im Zeitpunkt des Abschlusses des Dienstbarkeitsvertrags von 1990 befanden sich beidseitig mehrere Gebäude innerhalb des gesetzlichen Grenzabstands, was «auf ein Interesse der seinerzeitigen Vertragsparteien an der Regularisierung des bestehenden Zustandes hin[deutet], mehr nicht» (E. 3.6.2).

b. Diese Sichtweise erscheint auf den ersten Blick als recht hart, aber sie überzeugt:¹⁴ Entscheidend ist die Auslegung der Dienstbarkeit, und zentrale Bedeutung kommt (neben dem Wortlaut des Dienstbarkeitsvertrags) dem von den Parteien mit der Servitut angestrebten Zweck zu. Sofern nicht klar vereinbart, ist ein gegenseitiges Näherbaurecht – anders als ein einseitiges Näherbaurecht¹⁵ – grundsätzlich nicht mit einer Abrückungspflicht verbunden, da der Zweck eines gegenseitigen Näherbaurechts eine solche Pflicht nicht indiziert. Beiden Dienstbarkeitsberechtigten steht es zu, dass Näherbaurecht auszuüben, allerdings profitiert zu Recht nur der Erstbauende davon, nicht die (öffentlich-rechtlichen) Gebäudeabstandsvorschriften einhalten zu müssen. Solange kein Gebäude vorhanden ist, können die öffentlich-rechtlichen Gebäudeabstandsvorschriften keine Wirkung entfalten – es fehlt an einer gesetzlichen Grundlage für einen «virtuellen» Gebäudeabstand. Sobald jedoch ein Gebäude errichtet ist, kommt den Vorschriften Wirkung zu; dementsprechend kann der Zweitbauende nur im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Vorschriften von seinem Näherbaurecht Gebrauch machen. Eine «gleichmässige» Verteilung

des Gebäudeabstands auf beide Grundstücke findet mithin nicht statt. Häufig wird im Zeitpunkt der Errichtung der Erstbaute unsicher sein, ob und in welchem Umfang der Nachbar in Zukunft zu bauen gedenkt (und welche öffentlich-rechtlichen Abstandsvorschriften dannzumal gelten werden). Zu beachten bleibt überdies, dass nicht in allen Kantonen bzw. Gemeinden die öffentlich-rechtlichen Abstandsvorschriften zwingend sind, womit der Zweitbauenden in anderen Kantonen/Gemeinden möglicherweise im vollen Umfang vom gegenseitigen Näherbaurecht profitieren könnte.¹⁶

3. Generell bleibt in Erinnerung zu rufen, dass die Parteien und die Urkundsperson (Art. 732 ZGB) bei der Vertragsgestaltung zu besonderer Sorgfalt gehalten sind: Sind die öffentlich-rechtlichen Gebäudeabstandsvorschriften zwingend und beabsichtigen die Grundeigentümer gleichwohl eine gleichmässige Verteilung des Näherbaurechts, so müssen sie dieses klar und deutlich mit einer Abrückungspflicht verknüpfen. Der Erstbauende könnte diesfalls das Näherbaurecht nur in dem Umfang ausschöpfen, als das Abstandsprivileg des Zweitbauenden keine Einschränkungen durch öffentlich-rechtliche Gebäudeabstandsvorschriften erfährt; mit anderen Worten müsste der Erstbauende mit seinem Bauprojekt von der Grenze «abrücken», damit der Zweitbauende im gleichen Umfang vom Näherbaurecht profitieren kann.¹⁷ Eine so vereinbarte Abrückungspflicht lässt sich sodann mit der sog. «actio confessoria» (Art. 737 Abs. 3 ZGB) durchsetzen.¹⁸ Je nach kantonalen bzw. kommunalen Regelungen kann es auch geboten sein, ausdrücklich zu regeln, ob sich das Näherbaurecht auf den Grenz- und/oder Gebäudeabstand bezieht.¹⁹

¹⁴ So auch HÜRLIMANN-KAUP/HAGI (Fn. 3), S. 341; VALLATI (Fn. 3), Nr. 160; SIEGRIST (Fn. 3), S. 19. Ähnlich SCHÜPBACH SCHMID (Fn. 2), S. 55.

¹⁵ Dazu HÜRLIMANN-KAUP/HAGI (Fn. 3), S. 341; VALLATI (Fn. 3), Nr. 164 ff. Anders Entscheid des Berner Obergerichts ZK 15 239 vom 2. Juli 2015 (Fn. 3), E. 8.

¹⁶ Vgl. Fn. 13.

¹⁷ Vgl. HÜRLIMANN-KAUP/HAGI (Fn. 3), S. 341.

¹⁸ Vgl. HÜRLIMANN-KAUP/HAGI (Fn. 3), S. 341; VALLATI (Fn. 3), Nr. 166. Im Allgemeinen E. PETITPIERRE, in: T. Geiser/S. Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023, Art. 737 ZGB N 10 ff.

¹⁹ Vgl. SIEGRIST (Fn. 3), S. 19; SCHÜPBACH SCHMID (Fn. 2), S. 55.