

Stadt Zug, Baudepartement
Frau Nicole Nussberger
St. Oswald-Gasse 20
6301 Zug

Winterthur, 8. September 2011 TS/SN

Legal Memorandum zu den sachenrechtlichen Aspekten der Erstellung von Hochhäusern

Sehr geehrte Frau Nussberger

Liebe Nicole

Ich nehme Bezug auf unsere Besprechung vom 26. Juli 2011, anlässlich derer Sie uns im Namen der Stadt Zug den Auftrag erteilt haben, eine juristische Abklärung zu den sachenrechtlichen Aspekten im Zusammenhang mit der Erstellung von Hochhäusern zu verfassen.

Diese Abklärung erfolgt vor dem Hintergrund, dass die Stadt Zug im Gebiet der Baarerstrasse die Errichtung von Hochhäusern zulassen bzw. im Sinne einer Verdichtung des Bauens gar fördern möchte. Nachdem in der Schweiz bislang keine vergleichbaren Projekte verwirklicht wurden, gilt es zu klären, ob ein solches Vorhaben hierzulande rechtlich möglich ist bzw. wie es sich rechtlich ermöglichen liesse.

Die nachstehende Beurteilung ist in drei Teile gegliedert: Der erste Teil befasst sich mit den sachenrechtlichen Risiken beim Bau von Hochhäusern. Im Vordergrund stehen dabei das Thema der sog. negativen Immissionen und die Rolle, die dem öffentlichen Baurecht bei deren sachenrechtlichen Beurteilung zukommt. Basierend auf diesen Grundlagen befasst sich der zweite Abschnitt mit der Frage, welche Handlungsmöglichkeiten dem Gemeinwesen zur Verfügung stehen, um auf die sachenrechtlichen Risiken beim Hochhausbau Einfluss zu nehmen. Schliesslich werden in einem dritten Teil Alternativen geprüft und besprochen, die nicht bei den Kriterien des Immissions-

Dr. Thomas Siegenthaler
eingetragen im Anwaltsregister
des Kantons Zürich
Tel. direkt: +41-52-265 77 72
E-Mail: siegenthaler@advo-net.ch

SCHERLER + SIEGENTHALER
Rechtsanwälte AG
Marktgasse 1
Postfach 102
8402 Winterthur
Tel. +41-52-265 77 77
Fax +41-52-265 77 70
mail@advo-net.ch
www.advo-net.ch

DR. STEFAN SCHERLER
Rechtsanwalt
DR. THOMAS SIEGENTHALER*
Rechtsanwalt, M.Jur. (Oxford)
SIMONE NÜESCH
Rechtsanwältin
RICARDA TUFFLI WIEDEMANN
Rechtsanwältin
PATRICK SCHMID
juristischer Mitarbeiter

schutzes ansetzen, sondern auf eine vertragliche Regelung der Problematik abzielen.

In diesem Sinne erstatte ich das vorliegende

Legal Memorandum

Inhalt

Teil 1: Sachenrechtliche Risiken bei der Erstellung von Hochhäusern

1.	Ausgangslage	3
2.	Die Kernregeln des Immissionsschutzes nach Bundesprivatrecht (Art. 684 ZGB / Art. 679 ZGB)	3
2.1	Der Regelungsinhalt von Art. 684 ZGB und Art. 679 ZGB	3
2.2	Die Arten von Immissionen	4
2.2.1	Materielle Immissionen	5
2.2.2	Ideelle Immissionen	5
2.2.3	Negative Immissionen	5
2.3	Der „Nachbar“ im Sinne von Art. 684 ZGB	6
2.4	Das Übermässigkeit im Sinne von Art. 684 ZGB	7
2.4.1	Die Übermässigkeit gemäss Art. 684 ZGB im Allgemeinen	7
2.4.2	Die Bedeutung öffentlich-rechtlicher Vorschriften im Besonderen	9
3.	Der Immissionsschutz nach kantonalem Recht (§ 97 EGZGB)	15
4.	Zusammenfassung	17

Teil 2: Die Handlungsmöglichkeiten des Gemeinwesens

1.	Ausgangslage	18
2.	Die Einflussnahme über das kantonale/kommunale öffentliche Baurecht	19
2.1	Allgemeines	19
2.2	Schattenregelungen im In- und Ausland	20
2.2.1	Schweiz	20
2.2.2	Deutschland	22
2.2.3	Amerika	23
2.3	Aussichtsregeln	24
2.4	Zwischenfazit	24
3.	Die Einflussnahme über das Kriterium des Ortsgebrauchs	24
4.	Die Einflussnahme über das Einführungsgesetz zum ZGB	25

Teil 3: Weitere Lösungsansätze

1.	Ausgangslage	25
2.	Immissionen und Dienstbarkeiten	26

3.	Dienstbarkeiten und Bebauungsplan.....	26
----	--	----

Teil 1

Sachenrechtliche Risiken bei der Erstellung von Hochhäusern

1. Ausgangslage

Die Stadt Zug beabsichtigt, mit der Zulassung von Hochhäusern im Gebiet der Baarerstrasse die Verdichtung zu fördern. Art. 684 ZGB verpflichtet jedermann, sich beim Ausüben seines Eigentums aller *übermässigen Einwirkungen* auf das Eigentum des Nachbarn zu enthalten. Bei einer Verdichtung der Bauweise bergen in nachbarrechtlicher Hinsicht insbesondere der Entzug von Aussicht und Licht, der Schattenwurf sowie allenfalls eine erhöhte Lärmbelastung Konfliktpotential in sich. Nicht auszuschliessen sind sodann (diffuse) Ängste und Bedrohungsgefühle, ausgelöst durch die Mächtigkeit von Hochhäusern.

Die nachbarrechtliche Einordnung solcher Einwirkungen sowie die Beurteilung der Frage, ob und inwiefern in diesem Zusammenhang das Risiko besteht, dass öffentlich-rechtskonforme Bauten aufgrund und mit Hilfe des privatrechtlichen Immissionsschutzes verhindert werden könnten, ist Gegenstand der vorliegenden Abklärung. Das Schwergewicht wird dabei auf die Problematik des Entzuges von Licht und Aussicht gelegt, während auf die Lärmproblematik sowie der Bereich der psychischen Einwirkungen nicht weiter eingegangen wird.

Nachstehendes Kapitel 2 befasst sich mit Art. 684 und Art. 679 ZGB als Kernregeln des (Bundes-)privatrechtlichen Immissionsschutzes, wobei unter Bezugnahme auf die geltenden Bestimmungen die voraussichtlich per 1. Januar 2012 in Kraft tretenden revidierten Bestimmungen des ZGB näher betrachtet, die verschiedenen vom Immissionsschutz umfassten Immissionsarten dargestellt werden und die Auseinandersetzung mit der Frage nach dem Verhältnis zwischen privatrechtlichem Immissionsschutz und öffentlich-rechtlichen Vorschriften erfolgt. Kapitel 3 befasst sich sodann mit den kantonalrechtlichen Immissionsbestimmungen, bevor in Kapitel 4 zusammenfassende Schlussfolgerungen gezogen werden.

2. Die Kernregeln des Immissionsschutzes nach Bundesprivatrecht (Art. 684 ZGB / Art. 679 ZGB)

2.1 Der Regelungsinhalt von Art. 684 ZGB und Art. 679 ZGB

Gemäss Art. 684 Abs. 1 ZGB ist jedermann verpflichtet, sich beim Ausüben seines Eigentums aller übermässigen Einwirkungen auf das Eigentum des Nachbarn zu enthalten. Konkretisierend hält Abs. 2 der genannten Bestimmung fest, dass insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Rauch oder Russ, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterung verboten sind.

Mit der voraussichtlich per 1. Januar 2012 in Kraft tretenden Teilrevision des ZGB¹ wird Abs. 2 von Art. 684 wie folgt ergänzt/geändert²:

² Verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Luftverunreinigung, üblen Geruch, Lärm, Schall, Erschütterung, Strahlung oder durch den Entzug von Besonnung oder Tageslicht.

Im Vergleich zur bisherigen Regelung enthält die revidierte Bestimmung zum einen eine zeitgemässere, sich an die Umweltschutzgesetzgebung anlehrende Formulierung der verbotenen Einwirkungen, zum anderen wird mit der Ergänzung um den „Entzug von Besonnung oder Tageslicht“ die Frage des bundesrechtlichen Schutzes vor sog. negativen Immissionen geklärt.

Gegenstand von Art. 684 ZGB ist die Nutzung von Grundstücken, die sich auf Nachbargrundstücke auswirkt und die bei Übermässigkeit verboten ist. Bezweckt wird der Schutz des Nachbarn.

Dem von verbotenen Immissionen betroffenen Nachbarn stehen die Klagen aus Art. 679 ZGB zur Verfügung. Diese sind ausgerichtet auf die Beseitigung des durch die Einwirkung geschaffenen rechtswidrigen Zustandes (**Beseitigungsklage**), auf Ersatz des dadurch entstandenen Schadens (**Schadenersatzklage**) sowie auf Schutz gegen drohende Immissionen (**Unterlassungs- und Präventivklage**) oder aber, über den gesetzlichen Wortlaut hinaus, auf die Feststellung der Unzulässigkeit (**Feststellungsklage**; s. BSK-REY, N 4 ff. zu Art. 679). Dabei ist zu beachten, dass die Schadenersatzklage subsidiären Charakter hat und erst zur Anwendung gelangt, wenn und soweit die anderen Klagen nicht mehr zum Ziele führen. Die Subsidiarität schliesst jedoch nicht aus, dass der Richter gleichzeitig mit der Gutheissung der Beseitigungs- oder Unterlassungsklage auch Ersatz des dem Verletzten bereits entstandenen Schadens zusprechen kann (BSK-REY, N 5 zu Art. 679; BK-MEIER-HAYOZ, N 127 ff. zu Art. 679; SOMMER, Nachbarrecht, 2. Aufl., Zürich 2007, S. 61).

2.2 Die Arten von Immissionen

Grundsätzlich sind (bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen) alle Einwirkungen auf ein Grundstück verboten, die mit der Benutzung eines anderen Grundstücks in adäquatem Kausalzusammenhang stehen. Die Einwirkungen lassen sich unterscheiden nach materiellen, ideellen und negativen Immissionen.

¹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Register-Schulbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), Änderung vom 11. Dezember 2009, Referendumsvorlage in BBl 2009, S. 8779 ff.

² Der bisherige Randtitel „Art der Bewirtschaftung“ wird durch „Übermässige Einwirkungen“ ersetzt.

2.2.1 Materielle Immissionen

Allgemein gesprochen bestehen materielle Immissionen in physischen bzw. körperlichen Einwirkungen. Von den in neuArt. 684 Abs. 2 ZGB umschriebenen Einwirkungen sind Luftverunreinigung, übler Geruch, Lärm, Schall, Erschütterung und Strahlung als materielle Immissionen zu qualifizieren.

Im Zusammenhang mit dem Hochhausbau und der damit verbundenen Verdichtung könnte aus der Kategorie der materiellen Immissionen allenfalls eine erhöhte Lärmbelastung ein Thema sein. Darauf wird im Folgenden jedoch nicht weiter eingegangen.

2.2.2 Ideelle Immissionen

Unter dem Begriff der ideellen Immissionen (auch als moralische oder immaterielle Immissionen bezeichneten) werden jene Einwirkungen zusammengefasst, die das seelische Wohlbefinden und Ruhebedürfnis des betroffenen Nachbarn beeinträchtigen, indem sie unangenehme psychische Eindrücke erzeugen, während sie aber den Körper nicht beeinträchtigen. Sie werden verursacht durch Zustände oder Handlungen, die mit der Benützung eines (Ausgangs-)Grundstücks in Zusammenhang stehen und lösen bei der Nachbarschaft unmittelbar oder durch Gedankenassoziationen Angst, Ekel, Abscheu, Entrüstung oder eine andere Form von psychischem Unbehagen aus (s. zum Ganzen CHK-GÖKSU, N 6 zu Art. 684; BK-MEIER-HAYOZ, N 74 zu Art. 684).

Grundsätzlich ist denkbar, dass Hochhäuser aufgrund ihrer Grösse auf die benachbarten Liegenschaften bedrohlich wirken und Ängste auslösen (dies z.B. in Bezug auf Erdbeben – obschon Hochhäuser Erdbeben besser widerstehen), die als ideelle Immissionen qualifiziert werden könnten.

2.2.3 Negative Immissionen

Von negativen Immissionen wird gesprochen, wenn dem Nachbargrundstück die Zuführung von Stoffen, Personen und von Energien (Licht, Wind) ferngehalten wird oder wenn ideelle Eindrücke (z.B. die Aussicht) von den Nachbarn behindert werden (BK-MEIER-HAYOZ, N 78 f. und 181 ff. zu Art. 684).

Dass der Begriff der „Einwirkungen“ von Art. 684 ZGB auch negative Immissionen umfasst, wird von der neueren Lehre bejaht (BSK-REY, N 32 zu Art. 684 m.w.H.; BK-MEIER-HAYOZ, N 52 ff. 78 f. und 181 ff. zu Art. 684).

Das Bundesgericht hat in BGE 114 II 235 E. 4 die **Behinderung des Zugangs von Passanten und Kunden** zu einem Ladengeschäft zufolge Bautätigkeit als Einwirkung im Sinne von Art. 684 ZGB qualifiziert. Gemäss BGE 126 III 455 E. 2c soll sodann der **Entzug von Licht oder Sonne** durch das Vorhandensein einer Baute oder Pflanzung auf dem angrenzenden Grundstück unter den Immissionsbegriff gemäss Art. 684 ZGB fallen. Schliesslich hat das Bundesgericht im Urteil 5A_415/2008 vom 12. März 2009 entschieden, dass auch

das **Verstellen einer spektakulären Aussicht** in den Anwendungsbereich von Art. 684 ZGB fällt (s. E. 3.1).

Mit dem neuen Abs. 2 von neuArt. 684 ZGB findet diese Auffassung von Lehre und Rechtsprechung Eingang ins Gesetz: während der Entzug von Besonnung und Tageslicht ausdrücklich in der genannten Norm festgehalten werden, wird der übermässige Entzug von „Aussicht und Fernsicht“ in der bundesrätlichen Botschaft³ erwähnt⁴. Gemäss Bundesgericht zeigt der Umstand, dass im neuen Gesetzestext nur vom Entzug von Besonnung oder Tageslicht, nicht jedoch von Aussicht/Fernsicht die Rede ist, dass die Beeinträchtigung der Aussicht nur in Ausnahmefällen übermässig im Sinne von Art. 684 ZGB sein könne; dies etwa, wenn eine besonders schöne Aussicht in schwerwiegender Weise eingeschränkt werde oder das Nachbargrundstück aufgrund einer besonderen Nutzungsart auf die Aussicht angewiesen sei, wie das zum Beispiel bei einem Hotel der Fall sein könne (s. BGE 5A_415/2008 vom 12. März 2009, E. 3.1 mit Hinweis auf Roos, Pflanzen im Nachbarrecht, S. 46). Bejaht wurde in genanntem Entscheid die Unzulässigkeit einer *„mauerähnlichen Hecke, die einen geradezu erdrückenden und massivst sichtbehindernden Gesamteindruck vermittelt“* und eine *„phantastische Sicht auf den Zugersee“* fast vollständig verbarrikadiert und damit die Wohn- und Lebensqualität der Beschwerdeführerin *„in drastischer Weise“* beeinträchtigt.

Der Verlust der Aussicht sowie die Problematik des Schattenwurfes/Lichtentzuges sind diejenigen Problemkreise, denen im Zusammenhang mit der Erstellung von Hochhäusern die grösste Bedeutung zukommen wird.

2.3 Der „Nachbar“ im Sinne von Art. 684 ZGB

Art. 684 ZGB schützt den „Nachbarn“ vor übermässigen Einwirkungen. Der Begriff des Nachbarn wird dabei weit gefasst: Nachbar im Sinne von Art. 684 ZGB ist jeder Eigentümer oder Besitzer eines Grundstücks in näherer oder weiterer Entfernung, das von einer Immission betroffen ist, die durch eine bestimmte Grundstücksnutzung verursacht wird (s. BGE 109 II 309). Es wird somit *nicht* verlangt, dass die betreffenden Grundstücke unmittelbar aneinander Grenzen oder innerhalb eines bestimmten Umkreises liegen (s. zum Ganzen BK-MEIER-HAYOZ, N 184 zu Art. 684).

³ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, BBl 2007, S. 5307.

⁴ Der Vorentwurf zur Teilrevision des ZGB sah demgegenüber noch folgende Bestimmung vor (Art. 679 Abs. 3 VE-ZGB): *„Der Entzug von Aussicht durch Bauten oder andere ortsfeste Einrichtungen hat keine Entschädigungspflicht zur Folge.“* Dieser Absatz wurde nach dem Vernehmlassungsverfahren ersatzlos gestrichen.

2.4 Das Übermässigkeit im Sinne von Art. 684 ZGB

2.4.1 Die Übermässigkeit gemäss Art. 684 ZGB im Allgemeinen

Auch unter Art. 684 ZGB hat der Nachbar ein gewisses Mass an Immissionen zu dulden; unzulässig sind nur übermässige Einwirkungen (BK-MEIER-HAYOZ, N 1 zu Art. 684 ZGB).

Massgebend bei der Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger bzw. übermässiger Immission ist die Intensität der Einwirkungen, die sich nach objektiven Kriterien beurteilt. Der Richter hat eine sachlich begründete **Abwägung der Interessen** vorzunehmen, wobei er den Massstab des **Empfindens eines Durchschnittsmenschen** in der gleichen Situation zugrunde zu legen hat. Bei dem **nach Recht und Billigkeit zu treffenden Entscheid** sind nicht bloss **Lage** und **Beschaffenheit der Grundstücke** sowie der **Ortsgebrauch** zu berücksichtigen, wie es Art. 684 Abs. 2 ZGB ausdrücklich erwähnt; es ist die **individuell konkrete Interessenlage** umfassend zu würdigen: Alle in der einzelnen Streitsache ins Gewicht fallenden Umstände sind auf ihre Erheblichkeit hin zu prüfen, wobei stets zu beachten bleibt, dass Art. 684 ZGB als nachbarrechtliche Norm in erster Linie der Herstellung eines nachbarlichen Interessenausgleichs dienen soll. Verboten sind nicht nur schadenverursachende, sondern auch bloss lästige (übermässige) Einwirkungen (CHK-GÖKSU, N 9 zu Art. 684; BSK-REY, N 8 ff. zu Art. 684 ZGB; BK-MEIER-HAYOZ, N 86 ff. zu Art. 684; BGE 126 III 223 E. 4a S. 227).

Im Folgenden werden die Kriterien der Lage und Beschaffenheit des Grundstücks sowie des Ortsgebrauchs näher betrachtet und es wird kurz aufgezeigt, inwiefern persönliche Umstände sowie wirtschaftliche und soziale Interessen zu berücksichtigen sind:

a) Beachtung der Lage und Beschaffenheit des Grundstücks und des Ortsgebrauchs

Gemäss Art. 684 Abs. 2 ZGB (wie auch gemäss der revidierten Bestimmung) sind insbesondere schädliche (bzw. nach dem Gesagten auch lästige) und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigte Einwirkungen verboten. Dabei ist unter **Beschaffenheit** der individuelle Charakter der Grundstücke der Parteien zu verstehen. So ist beispielsweise von Bedeutung, ob das von den Immissionen betroffene Grundstück oder das Ausgangsgrundstück mit einem Wohnhaus überbaut ist, ob es landwirtschaftlich oder in einer anderen Weise genutzt wird (BK-MEIER-HAYOZ, N 101. zu Art. 684, m.w.H.).

Bei der Bewertung der **Lage** ist dagegen mehr der Charakter der Umgebung von Bedeutung. Z.B. kann entscheidend sein, ob die Grundstücke in einer Wohngegend oder in landwirtschaftlichem Gebiet befinden oder auch, ob sich die Umgebung eines Grundstückes für die Eröffnung eines Betriebes sehr gut eignet (z.B. bezüglich Erschliessung; BK-MEIER-HAYOZ, N 102 zu Art. 684, m.w.H.).

Die Ortsüblichkeit betrifft vor allem die Frage, ob eine Immission in der fraglichen Gegend herkömmlicherweise als normal empfunden wird. Ein Ortsgebrauch kann da-

durch entstehen oder geändert werden, dass die Bewohner einer Gegend längere Zeit bestimmte Immissionen hinnehmen. Schwierig ist die Unterscheidung dessen, was nach Lage eines Grundstückes und was nach Ortsgebrauch zu dulden ist. Fragt sich beispielsweise, welche Immissionen in einer Wohnlage geduldet werden müssen, ist insbesondere zu prüfen, was nach heutiger Auffassung im Allgemeinen in einem Wohngebiet an Immissionen hingenommen werden muss. Das Resultat kann jedoch durch einen Ortsgebrauch wieder modifiziert werden. Nach MEIER-HAYOZ gilt es zu vermeiden, die Kriterien von Art. 684 ZGB starr anzuwenden. Insbesondere dürfen seiner Ansicht nach traditionelle Anschauungen nicht überbewertet werden, vielmehr muss das zulässige Mass in immer neuer, sorgfältiger Interessensabwägung eruiert werden (BK-MEIER-HAYOZ, N 103 ff. zu Art. 684 m.w.H.)

Der Begriff der Lage und des Ortsgebrauchs werden durch die Anschauung der Bevölkerung und nicht durch die Auffassung der Behörden bestimmt. Zur Bedeutung der Zonenordnungen wird im Zusammenhang mit der Bedeutung öffentlich-rechtlicher Normen bei der Beurteilung der Übermässigkeit im Sinne von Art. 684 ZGB Stellung genommen (s. unten Ziff. 2.4.2; zum Ganzen s. BK-MEIER-HAYOZ, N 98 ff. zu Art. 684 m.w.H.).

Im Zusammenhang mit dem Entzug von Aussicht berücksichtigte das Bundesgericht in BGE 5A_415/2008 hinsichtlich der Ortsüblichkeit, dass das betreffende Quartier bzw. die Wohnlage *„spezifisch durch die atemberaubende Seesicht geprägt“* und das betroffene Grundstück *„durch deren Verdecken geradezu seiner Einmaligkeit beraubt“* werde (s. E. 3.2).

b) Berücksichtigung persönlicher Umstände

Bei der Beurteilung von Einwirkungen ist nicht das subjektive Empfinden des von der Immission Betroffenen oder dessen besonderen Bedürfnisse massgebend. Vielmehr ist der objektive Massstab des Empfindens eines normalen Durchschnittsmenschen anzulegen, der sich in der derselben Situation befindet. Das bedeutet aber nicht, dass subjektive Momente überhaupt ausser Acht gelassen werden. Es ist auch im Rahmen von Art. 684 ZGB das subjektive Wohlbefinden des Einzelnen in Rechnung zu stellen, wobei jedoch **zu beachten ist, dass Art. 684 ZGB lediglich ein normales nachbarliches Zusammenleben gewährleisten will und deshalb rein persönliche Anliegen, die diesen normalen Rahmen übersteigen, nicht berücksichtigt werden können** (BK-MEIER-HAYOZ, N 123 ff. zu Art. 684 m.w.H.).

c) Berücksichtigung wirtschaftlicher und sozialer Interessen

Bei der umfassenden Interessensabwägung dürfen wirtschaftliche und soziale Gesichtspunkte zwar nicht übersehen werden, doch kommt ihnen im Nachbarrecht eher untergeordnete Rolle zu. Es ist nicht Aufgabe des Nachbarrechts, bestimmte Nutzungsarten zu fördern und andere zurücktreten zu lassen. Dessen Zweck liegt in der Gewährleistung der ungestörten Benutzung benachbarter Liegenschaften und dem Ausgleich der Interessen der beteiligten Nachbarn, nicht aber in der Durchsetzung von Interessen der Allgemeinheit.

So sind **volkswirtschaftliche und soziale Postulate von allgemeiner gesellschaftlicher Tragweite nicht in die Beurteilung mit einzubeziehen**; ihre Berücksichtigung fällt in die Zuständigkeit des öffentlichen Rechts (BK-MEIER-HAYOZ, N 129 ff. zu Art. 684 m.w.H.).

2.4.2 Die Bedeutung öffentlich-rechtlicher Vorschriften im Besonderen

Gestützt auf Art. 686 Abs. 2 ZGB sind die Kantone zur Ordnung des gesamten privaten Baurechts befugt. Heute steht dem Bundeszivilrecht jedoch in den meisten Fällen nicht mehr gestützt auf Art. 686 ZGB erlassenes kantonales Privatrecht, sondern öffentliches Recht der Kantone und des Bundes gegenüber (s. BGE 132 III 51 E. 2.2). Betreffend den vorliegend interessierenden Bereich der negativen Immissionen ist nicht ersichtlich, dass das eidgenössische Umweltschutzrecht diesbezüglich relevante Regelungen enthielte, die auf gleicher Stufe zu beachten wären. Dennoch wird nachstehend der Vollständigkeit halber kurz darauf eingegangen. Auf kantonaler/kommunaler Ebene ist in immissionsrechtlicher Hinsicht das öffentliche Baurecht von Relevanz. Es stellt sich die Frage, welche Bedeutung diesen öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Rahmen der von Art. 684 ZGB erforderlichen umfassenden Prüfung der Übermässigkeit zukommt (zur Bedeutung privatrechtlicher Bauvorschriften s. unten Ziff. 3). In Bezug auf negative Immissionen bietet der revidierte neuArt. 679 ZGB Anhaltspunkte zur Klärung dieser Frage, weshalb im Folgenden vorab kurz darauf eingegangen wird. Im Anschluss daran ist die bisherige Rechtsprechung zur Bedeutung von öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des Bundes und der Kantone im Allgemeinen und im Zusammenhang mit dem negativen Immissionsschutz im Besonderen genauer zu betrachten.

a) Die Regelung von neuArt. 679 Abs. 2 ZGB

Gemäss der auch nach der Revision unveränderten Bestimmung von Art. 679 ZGB (neu-Art. 679 Abs. 1 ZGB) und den dazugehörigen vom Bundesgericht entwickelten Grundsätzen hat der von verbotenen Immissionen betroffenen Nachbar die Wahl zwischen Beseitigungs-, Schadenersatz-, Unterlassungs-, Präventiv- und Feststellungsklage.

Im Rahmen der Revision des ZGB erhält Art. 679 ZGB nun einen Abs. 2 mit folgendem Wortlaut:

² Entzieht eine Baute oder eine Einrichtung einem Nachbargrundstück bestimmte Eigenschaften, so bestehen die vorstehend genannten Ansprüche nur, wenn bei der Erstellung der Baute oder Einrichtung die damals geltenden Vorschriften nicht eingehalten wurden.

Fasst man diese Bestimmung wörtlich auf, bedeutet dies, dass bei einer öffentlich-rechtskonformen Baute oder Einrichtung (zumindest nach deren Erstellung) kein nachbar-

rechtlicher Schutz gegen negative Immissionen besteht⁵. Die oben in Ziff. 2.4.1 dargestellten Kriterien zur Beurteilung der Übermässigkeit i.S.v. Art. 684 ZGB kämen erst und nur zum Zuge, falls öffentlich-rechtliche Normen nicht eingehalten werden. Es stellt sich die Frage, ob diese Einschränkung vom Gesetzgeber tatsächlich so beabsichtigt war.

Die bundesrätliche Botschaft führt zur revidierten Bestimmung aus, dass grundsätzlich bei allen Arten von übermässigen Einwirkungen im Sinne von neuArt. 684 Abs. 2 ZGB, d.h. auch bei den negativen Immissionen, sämtliche Rechtsbehelfe des Art. 679 ZGB (bzw. neuArt. 679 Abs. 1 ZGB) Anwendung finden sollen (s. Botschaft S. 5307). Bei Bauten und Einrichtungen (worunter z.B. Verkehrswege und –flächen zu verstehen seien) soll jedoch eine Zivilklage auf Beseitigung oder Schadenersatz wegen übermässiger Einwirkungen (z.B. wegen Entzug von Besonnung oder Tageslicht) nur möglich sein *„wenn im Zeitpunkt ihrer Erstellung die – insbesondere öffentlich-rechtlichen – Regelungen nicht eingehalten worden sind“*. Gemäss Botschaft soll *„mit dieser Abschwächung gegenüber dem Vorentwurf [...] der im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens geäusserten Kritik Rechnung getragen“* werden.

Der Vorentwurf sah folgende Bestimmung vor (Art. 679 Abs. 2 VE-ZGB):

² Besteht die Überschreitung im Entzug von Besonnung, Tageslicht oder anderer lagebedingter Vorzüge des Grundstücks durch eine Baute oder eine andere ortsfeste Einrichtung, so kann nach deren Erstellung nur Schadenersatz verlangt werden.

Dieser Wortlaut lässt vermuten, dass vor Erstellung der Baute/Einrichtung sämtliche Rechtsbehelfe gemäss neuArt. 679 Abs. 1 ZGB hätten zur Verfügung stehen sollen, während nach Erstellung allein die Schadenersatzklage zum Zuge kommen sollte. Die in der Vernehmlassung angebrachte Kritik betraf vor allem den Eingriff des Bundesprivatrechts in das öffentliche Baurecht der Kantone bzw. mögliche diesbezügliche Konflikte sowie die Befürchtung einer Verteuerung des Bauens (s. dazu die Zusammenstellung der Vernehmlassungen zur Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht], S. 163 ff. sowie Zusammenfassung Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht], Ergebnis der Vernehmlassung, S. 6). Ein Grossteil der Kritiker hielt es grundsätzlich nicht für angebracht, dass es möglich sein soll, gestützt auf das ZGB gegen eine den Bauvorschriften entsprechende Baute vorzugehen.

Führt die Botschaft zum angepassten neuZGB nun an, mit der neuen, gegenüber dem Vorentwurf *abgeschwächten* Regelung werde dieser Kritik Rechnung getragen, weist dies darauf hin, dass **neuArt. 679 Abs. 2 ZGB wörtlich zu verstehen ist und die nachbar-**

⁵ Die Frage, ob die Einhaltung der „Vorschriften“ bewirkt, dass eine Immission nicht mehr als übermässig qualifiziert werden kann oder ob sich neuArt. 679 Abs. 2 ZGB allein auf das Klagerecht bezieht, ist eine rein akademische und für die vorliegende Abklärung nicht von Relevanz.

rechtlichen Klagen wegen negativer Einwirkungen durch eine die öffentlich-rechtlichen Vorschriften einhaltende Baute oder Einrichtung (zumindest nach Erstellung) nicht zur Verfügung stehen sollen. „Abgeschwächt“ hiesse vor diesem Hintergrund, dass zwar auch nach Erstellung der Baute/Einrichtung sämtliche Rechtsbehelfe (und nicht wie im Vorentwurf nur die Schadenersatzklage) zur Verfügung stehen, dies jedoch nur, wenn bei der Erstellung öffentlich-rechtliche Vorschriften missachtet wurden.

Unklar bleibt indes, ob das Kriterium der Einhaltung der geltenden Vorschriften nur *nach* der Erstellung gilt, oder ob auch eine Unterlassungs-/Präventivklage nur möglich sein soll, sofern ein erst geplantes und noch nicht verwirklichtes Bauvorhaben die öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht einhält. Die in neuArt. 679 Abs. 2 ZGB verwendete Vergangenheitsform⁶ („*nicht eingehalten wurden*“) deutet darauf hin, dass hier nur die Situation *nach* Erstellung angesprochen wird. Auch erwähnt die Botschaft nur die Klage auf Beseitigung und Schadenersatz. Die bestehende Formulierung könnte „historisch“ jedoch auch so zu erklären sein, dass im Vorentwurf betreffend die zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe nach der Situation vor oder nach Erstellung unterschieden wurde. Diese Unterscheidung ist nun in der Neufassung weggefallen und es könnte argumentiert werden, dass die Vergangenheitsform ein reines Relikt der ursprünglichen Formulierung ist.

Wie das Bundesgericht die neue Regelung letztendlich auslegen wird, kann zum heutigen Zeitpunkt nicht vorausgesagt werden. Immerhin erhält die (für die Situation nach Erstellung) an den Wortlaut anlehrende Auslegung einen gewissen Rückhalt in einem neueren Bundesgerichtsentscheid zu den negativen Immissionen (BGE 126 III 452). Nachstehend wird im Rahmen der Auseinandersetzung mit der Bedeutung kantonaler Bauvorschriften auf den genannten Entscheid eingegangen. Vorab ist jedoch die Bedeutung öffentlich-rechtlicher Bestimmungen der Kantone im Zusammenhang mit dem Übermassverbot von Art. 684 ZGB im Allgemeinen zu betrachten. Im Anschluss daran wird der Einfluss öffentlich-rechtlicher Normen des Bundes genauer aufgezeigt, was zwar vor allem im Zusammenhang mit materiellen Immissionen relevant ist, jedoch im Grundsatz auch für negative Immissionen von Bedeutung sein kann.

Nachdem zum heutigen Zeitpunkt nicht vorausszusagen ist, wie sich die Rechtsprechung zu neuArt. 679 Abs. 2 ZGB entwickelt, ist auch nicht absehbar, ob und inwiefern die bisher von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze erhalten bleiben werden.

b) Die Bedeutung der kantonalen/kommunalen Bauvorschriften

aa) Im Allgemeinen

Zum Verhältnis von Bundeszivilrecht und kantonalem öffentlichem Baurecht führte das Bundesgericht in BGE 129 III 164 wie auch in BGE 132 III 49 aus, das kantonale öffentliche Recht dürfe zwar nicht Sinn und Zweck des Bundeszivilrechts widerspre-

⁶ Sowohl der französische wie auch der italienische Gesetzestext verwenden ebenfalls die Vergangenheitsform.

chen oder gar dessen Anwendung vereiteln, es verfüge jedoch über „expansive Kraft“ und bestimme mittels Bauordnung und Zonenplan mehr und mehr, was nach Lage und Ortsgebrauch an Einwirkungen zulässig sei. **Gemäss Rechtsprechung vermögen Zonenordnungen und Baureglements die Lage der Grundstücke und den Ortsgebrauch im Sinne von Art. 684 ZGB nicht verbindlich festzulegen; sie bilden aber immerhin ein Indiz für den Ortsgebrauch**, soweit sie hinreichend detailliert sind und damit der übergeordneten Zielsetzung der Raumplanung zu genügen vermögen. Bei der Anwendung von Art. 684 ZGB stets im Auge zu behalten ist, dass die Einheit der Rechtsordnung ein beziehungsloses Nebeneinander von privatem und öffentlichem Recht verbietet (s. zum Ganzen BGE 129 III 161 E. 2.6 sowie BGE 132 III 51 E. 2.2). Nach der zitierten Rechtsprechung liegt „*in aller Regel*“ keine Verletzung von Art. 684 ZGB vor, wenn das Gericht die Übermässigkeit von Immissionen mit der Begründung verneint, das fragliche Bauvorhaben entspreche den massgebenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen. Dies bedeutet, dass es nur in Ausnahmefällen möglich ist, dass ein dem öffentlichen Baurecht entsprechendes Gebäude übermässige Immissionen im Sinn von Art. 684 ZGB verursachen kann (Urteil B 2009/21 des VerGer St. Gallen vom 11.05.2010, E. 2.4.2).

Zusammengefasst heisst dies: **Sind die kantonalen/kommunalen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen eingehalten, ist bei der Beurteilung der Ermessensfrage, ob eine übermässige Einwirkung im Sinne von Art. 684 ZGB vorliegt oder nicht, ein strenger Massstab anzulegen**, da die kantonalen Vorschriften Ausdruck eines bestimmten Ortsgebrauchs sind (s. ZR 97 Nr. 22 E. II/3c sowie ZR 107 Nr. 29 E. 6.3).

bb) Zu BGE 126 III 452 (negative Immissionen)

Die bundesrätliche Botschaft zur Revision von neuArt. 684 Abs. 2 ZGB nimmt betreffend die Frage nach dem bundesprivatrechtlichen Schutz gegen negative Immissionen Bezug auf BGE 126 III 452 und erklärt, die neue Regelung schaffe in dieser Hinsicht Klarheit. Dies trifft insofern zu, als festgehalten wird, dass der Immissionsschutz von Art. 684 ZGB auch negative Immissionen umfasst. Hingegen wird die Frage, welche Rolle das öffentliche Recht bei der Beurteilung der Übermässigkeit negativer, von einer Baute ausgehenden Immissionen nicht abschliessend geklärt.

In besagtem Entscheid hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob der Schattenwurf und Lichtentzug durch Bäume eine übermässige Einwirkung im Sinne von Art. 684 ZGB darstellen. Dabei kam es zum Schluss, dass sich aufgrund des Wortlautes von Art. 684 ZGB die von einem Teil der Lehre und der bisherigen Rechtsprechung vertretene Auffassung nicht begründen lasse, wonach ein Entzug von Licht und Sonnenschein bzw. eine Beeinträchtigung der Aussicht keine „Einwirkung“ im Sinne von Art. 684 ZGB sein könne. Es sei nicht einzusehen, weshalb der im Randtitel von Art. 684 ZGB erwähnte Begriff „Bewirtschaftung“ nur die Benutzung eines Grundstückes und nicht auch das blosse Vorhandensein *einer Baute oder Pflanzung* erfassen

solle (E. 2.c). Gestützt auf das Gesagte hat das Bundesgericht entschieden, dass der bundesrechtliche Immissionsschutz als Mindestgrundsatz sogar dann Platz greifen könne, wenn kantonale Vorschriften im Falle der Pflanzung von Bäumen ein Entfernungsrecht nur innerhalb der ersten fünf Jahre nach der Pflanzung vorsähen (E. 3.c/bb).

Obschon das Bundesgericht in Bezug auf die Anerkennung negativer Immissionen als Einwirkungen im Sinne von Art. 684 ZGB nicht nur Pflanzen sondern auch Bauten als Quelle der Immissionen nennt, führt es in E. 3.c/cc) an, die sich auf das Verhältnis zwischen kantonalem Pflanzenrecht und dem bundesrechtlichen Immissionsschutz beziehenden Erwägungen könnten nicht ohne Weiteres auf negative Immissionen übertragen werden, die von Bauten ausgingen.

Im Unterschied zum kantonalen Pflanzenrecht stelle das kantonale Baurecht in der Regel ein umfassendes Regelwerk dar, weshalb für die Anwendung der Art. 679/684 ZGB kaum mehr Raum bestehen dürfte. Dem berechtigten Immissionsschutz der Nachbarn werde im Baubewilligungsverfahren Rechnung getragen. Überdies sei ohnehin kaum denkbar, dass bei einer rechtmässig erstellten Baute Immissionen, die durch deren blosses Vorhandensein verursacht werden, derart schwerwiegen würden, dass sich ein bundesrechtlicher Beseitigungsanspruch rechtfertigte (s. E. 3.c/cc).

Diese Aussagen des Bundesgerichts gehen in die Richtung des Gesetzeswortlautes von neuArt. 679 Abs. 2 ZGB (s. dazu oben Ziff. 2.4.2). Allein gestützt auf BGE 126 III 452 ist jedoch **nicht a priori auszuschliessen, dass der bundesrechtliche Immissionsschutz trotz Einhaltung der kantonalen Bauvorschriften zur Anwendung gelangen könnte**⁷. Zu beachten ist sodann, dass sich genannter Entscheid lediglich auf negative Immissionen bezieht (nicht hingegen auf materielle oder ideelle), sich nur zur Beseitigungsklage (nicht aber zu den übrigen Rechtsbehelfen) äussert und nichts über das Verhältnis zu weiteren öffentlich-rechtlichen Bestimmungen (wie z.B. Lärm- oder Strahlenschutz) aussagt.

- cc) Kantonale Rechtsprechung zu „Ausnahmefällen“ (Bejahung der Übermässigkeit trotz Einhaltung kantonalen Vorschriften)

Das Kantonsgericht St. Gallen bejahte in seinem Urteil vom 7. Juli 2008 (GVP 2008 Nr. 46) die Übermässigkeit des von einer Baumgruppe ausgehenden Schattenwurfes trotz Einhaltung der Abstandsvorschriften. Trotz Südhanglage in wenig dicht über-

⁷ Demgegenüber folgert SOMMER aus genanntem Entscheid, dass sich der Nachbar gegen eine Baute nicht mehr unter Berufung auf Art. 684 ZGB wehren kann, wenn die Baute den massgebenden öffentlich-rechtlichen Baunormen entspricht, die im Rahmen einer detaillierten, den Zielen und Planungsgrundsätzen des Raumplanungsrechts erlassen wurden (SOMMER, Nachbarrecht, 2. Aufl., Zürich 2007, S. 57). So auch BGE 5A_749/2007 vom 2. Juni 2008. Diese Interpretation von BGE 126 III 452 geht m.E. in ihrer Absolutheit zu weit.

baubarem Wohngebiet in ländlicher Umgebung betrug die Beschattung durch die Baugruppe in den Wintermonaten täglich über drei, z.T. vier Stunden und erstreckte sich jeweils auf die Nachmittagsstunden. Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, dass es sich nicht lediglich um markante Einzelbäume, sondern um eine dicht stehende Gruppe von neun Bäumen beträchtlicher Höhe handle, die als geschlossene Silhouette in Erscheinung träten.

Demgegenüber verneinte das Verwaltungsgericht St. Gallen im Urteil vom 4. Juli 2007 (B_2007/61) das Vorliegen eines Ausnahmefalles bei der Beurteilung des Schattenwurfes durch einen den kantonalen Bauvorschriften (insbes. den Vorschriften zur Gebäudehöhe und –dimension sowie zu den Grenz- und Gebäudeabständen) entsprechenden Neubau. Letzterer verursache zwar eine zusätzliche bzw. verlängerte Beschattung, doch finde diese lediglich während rund der Hälfte des Jahres in der zweiten Hälfte des Vormittags und am frühen Nachmittag und damit nach Ansicht des Gerichts nicht in einer Tageszeit statt, in der im Allgemeinen die Freizeit verbracht werde. Selbst am kürzesten Tag bewirke der Neubau keine dauernde Beschattung des betroffenen Hauses, es bleibe bei sämtlichen betroffenen Räumen eine (teilweise kurze) Besonnung vorhanden. Das Eigentum an einer Wohnliegenschaft in einer zweigeschossigen Wohnzone verschaffe keinen Anspruch auf eine zeitlich und örtlich uneingeschränkte Besonnung bzw. auf Abwehr sämtlicher Bauten, die eine Verkürzung der Sonnenscheindauer oder eine Verringerung der besonnten Grundstücks- und Gebäudeteile verursache. Von einem unzulässigen massiven Entzug von Sonnenlicht könne unter diesen Umständen nicht gesprochen werden (s. E. 2.2.6).

Ebenfalls verneint wurde das Vorliegen eines Ausnahmefalles im Urteil B_2009/21 des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 11. Mai 2010. Zu beurteilen war der Schattenwurf einer den zonenrechtlichen und baureglementarischen Normen entsprechenden Überbauung. Aufgrund der dem Gericht vorliegenden Schattendia-gramme erachtete es die Behauptung, die Häuser der Beschwerdeführer lägen im Winterhalbjahr „fast dauernd im Schatten“ als unzutreffend, da die Grundstücke vom Dauerschatten nur zum Teil und nur im Bereich der Rasenfläche berührt würden (s. E. 2.4.6).

c) Die Bedeutung öffentlich-rechtlicher Immissionsschutzbestimmungen des Bundes

Das Bundesgericht hat sich in seinem Entscheid 126 III 223⁸ im Zusammenhang mit Lärmimmissionen eingehend mit der Bedeutung von öffentlich-rechtlichen Immissionsschutzbestimmungen bei der Ermittlung des zulässigen Masses von Einwirkungen auseinandergesetzt (BGE 126 III 225 E.3c). Danach steht der öffentlich-rechtliche Immissionsschutz grundsätzlich selbständig neben dem privatrechtlichen. Aus dem **allgemeinen Gebote der**

⁸ bestätigt in BGE 132 III 49

widerspruchsfreien und koordinierten Anwendung der Rechtsordnung wird jedoch auf die Pflicht der Gerichte geschlossen, auf eine **Harmonisierung des Immissions-schutzes** hinzuwirken, indem sie die **Normen anderer Rechtsgebiete zum gleichen Gegenstand sachgerecht mit einbeziehen** und möglichst weitgehend auf diese Rücksicht nehmen (zum Ganzen s. BGE 126 III 225 f. E. 3c m.w.H.).

Im Bereich der durch das Umweltschutzgesetz des Bundes (USG) und die Ausführungs-gesetzgebung erfassten (materiellen) Einwirkungen das in einer Zone konkret zulässige Im-missionsmass weitestgehend durch das öffentliche Recht des Bundes bestimmt und der Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Immissionsschutzes entsprechend zurückgedrängt wird (WALDMANN, Der Schutz vor ideellen Immissionen in Wohngebieten – eine kritische Würdigung, BR 1/2005 S. 157).

Dieselben Grundsätze dürften gelten, falls und soweit das öffentliche Bundesrecht negative Einwirkungen erfasst.

3. Der Immissionsschutz nach kantonalem Recht (§ 97 EGZGB)

Das Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kan-ton Zug vom 17. August 1911 (EGZGB) enthält in § 97 folgende Bestimmung zum Immissi-onsschutz:

¹ *Der Eigentümer eines Gebäudes ist befugt, dem Nachbar einen pro-jektierten Bau zu untersagen, wenn durch letzteren jenem Gebäude das Tageslicht entzogen würde. Bei nur teilweisem, eine erhebliche Wertverminderung bewirkenden Entzug der Tageshelle kann zwar der Bau nicht gehindert werden, jedoch ist der bauende Nachbar dem benachteiligten Eigentümer zu billiger Entschädigung verpflichtet, vorausgesetzt, dass letzterer innert fünf Jahren nach der äussern Er-stellung des Baus eingeklagt wird.*

² *Ebenso hat der Eigentümer eines Gartens, dem durch einen projek-tierten Bau das Sonnenlicht entzogen wird, in gleicher Weise wie der Eigentümer eines Gebäudes Anspruch auf billige Entschädigung.*

³ *Auf Gebäudlichkeiten in zusammenhängenden Häuserreihen finden diese Bestimmungen nur mit Rücksicht auf den Höherbau Anwen-dung.*

⁴ *Als Neubau (oder projektierte Bau im Sinne vorstehender Bestim-mungen) ist jedoch die Wiederherstellung einer zerstörten Gebäud-lichkeit nicht anzusehen, wenn solche innert fünf Jahren nach der stattgefundenen Zerstörung erfolgt; ebenso ist ein solcher Eigentümer berechtigt, während der ersten fünf Jahre gegenüber von Neubauten seiner Nachbarn Einsprache zu erheben.*

Das kantonale Privatrecht enthält also eine Bestimmung zum Schutz vor negativen Immissionen, die bis zur Anerkennung negativer Immissionen als Einwirkungen im Sinne von Art. 684 ZGB im oben besprochenen BGE 126 III 452 über den vom Bundesrecht gewährten Immissionsschutz hinausging. Kraft des echten Vorbehalts in Art. 686 ZGB zugunsten kantonalen Privatrechts sind die Kantone zum Erlass derartiger Bestimmungen befugt (vgl. dazu auch oben Ziff. 2.4.2). Aufgrund der Ermächtigung sind die Kantone auch befugt, für die Verletzung dieser Normen Sanktionen zu statuieren. **Solche Sanktionen können gegenüber denjenigen des Bundesrechts verschärfend oder konkretisierend konzipiert werden, jedoch nicht milder**, würde dies doch einen Verstoss gegen Bundesrecht bedeuten (s. BSK-REY, N 24 zu Art. 685/686).

Es stellt sich die Frage, inwiefern der genannten kantonrechtlichen Bestimmung noch eine Bedeutung zukommt, nachdem mit neuArt. 684 Abs. 2 ZGB klargestellt wird, dass auch der bundesrechtliche Immissionsschutz negative Immissionen wie den Entzug von Besonnung oder Tageslicht umfasst. Von Relevanz wird § 97 EGZGB nach Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen dort sein, wo die angedrohten Sanktionen über die Sanktionen gemäss neuArt. 679 Abs. 2 ZGB hinausgehen.

Der Vorentwurf zur Teilrevision sah (wie bereits erwähnt) vor, die Überschreitung des Eigentums durch Entzug von Besonnung, Tageslicht oder anderer lagebedingter Vorzüge eines Grundstücks durch eine Baute nach deren Erstellung nur mit einer Schadenersatzpflicht zu sanktionieren. Hingegen sollten die übrigen Klagebehelfe gemäss Art. 679 ZGB nicht zur Verfügung stehen. Gemäss der bundesrätlichen Botschaft handelt es sich beim neuen Abs. 2 von neuArt. 679 ZGB um eine *abgeschwächte* Lösung (s. dazu oben Ziff. 2.4.2 a). Das Zurverfügungstellen aller Rechtsbehelfe unter der Voraussetzung, dass nicht sämtliche Vorschriften eingehalten wurden, wird demnach als mildere Regelung betrachtet im Vergleich zur Statuierung einer Schadenersatzpflicht unabhängig vom Einhalten anderweitiger Regelungen.

Vor diesem Hintergrund hat die – von der Einhaltung übriger Vorschriften unabhängige – in § 97 EGZGB vorgesehene Möglichkeit, einen Bau zu untersagen bzw. Schadenersatz zu verlangen, als strengere Vorschrift zu gelten als die bundesrechtliche.

Es besteht demnach das Risiko, dass eine Baute, die die „damals geltenden Vorschriften“ im Sinne von neuArt. 684 Abs. 2 ZGB (d.h. vor allem die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen von Bund und Kanton) einhält, aufgrund von § 97 EGZGB verhindert werden kann, sofern sie einem Gebäude oder einem Garten das Tages-/Sonnenlicht entzieht. Be beziehungsweise kann eine Schadenersatzpflicht bei teilweisem (mit einer erheblichen Wertverminderung verbundenen) Entzug des Tageslichtes zu einer Schadenersatzpflicht führen, auch wenn sämtliche öffentlich-rechtliche Bestimmungen eingehalten wurden. Letztere sind wohl jedoch im Sinne der Harmonisierung des öffentlich-rechtlichen und des privatrechtlichen Immissionsschutzes in die Gesamtbeurteilung mit einzubeziehen (s. dazu oben Ziff. 2.4.2 b/bb) und c).

4. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass sowohl das Bundesrecht wie auch das kantonale Privatrecht Möglichkeiten bietet, gegen die Erstellung von Hochhäusern und die damit einhergehende Verdichtung vorzugehen, im Fall dass umliegenden Grundstücken dadurch Licht, Sonne, Aussicht etc. entzogen werden.

Zusammenfassend kann zum **bundesrechtlichen Immissionsschutz** festgehalten werden:

- Aufgrund des im Rahmen der Teilrevision des ZGB geänderten Abs. 2 von Art. 684 ZGB ist abschliessend geklärt, dass auch **negative Immissionen von Art. 684 ZGB erfasst** sind.
- Der **Entzug von Aussicht und Fernsicht** ist nach Meinung des Bundesgerichts nur **in Ausnahmefällen übermässig** im Sinne von Art. 684 ZGB; dies etwa bei schwerwiegender Einschränkung einer besonders schönen Aussicht oder wenn eine besondere Nutzungsart auf die Aussicht angewiesen ist.
- Nach dem Wortlaut von neuArt. 679 Abs. 2 ZGB stehen die **nachbarrechtlichen Klagen** wegen übermässiger negativer Immissionen **nicht zur Verfügung gegen eine die öffentlich-rechtlichen (und weiteren) Vorschriften einhaltende Baute** oder Einrichtung. **Nicht abschliessend beurteilt werden kann die Frage, ob dies nur nach oder bereits vor/bei Erstellung der Baute gilt.** Wie die neue Bestimmung letztlich auszulegen zu sein wird, ist durch die Rechtsprechung zu konkretisieren.

Nachdem nicht vorauszusehen ist, wie die revidierten Bestimmungen letztlich ausgelegt werden, rechtfertigt sich der Blick auf das bisher Geltende:

- Bei der Beurteilung der Übermässigkeit im Sinne von Art. 684 ZGB sind (unter anderem) Lage und Ortsgebrauch zu berücksichtigen. Diese Begriffe werden **durch die Anschauung der Bevölkerung bestimmt** und nicht durch die Auffassung der Behörden.
- Gemäss bisheriger Rechtsprechung zu Art. 684 ZGB vermögen **Zonenordnungen und Baureglemente** die Lage der **Grundstücke und den Ortsgebrauch nicht verbindlich festzulegen**; sie sind aber immerhin als **Indiz für den Ortsgebrauch** zu betrachten.
- Aufgrund der bisherigen Rechtsprechung ist **kann in Ausnahmefällen der bundesrechtliche Immissionsschutz trotz Einhaltung der kantonalen Bauvorschriften zur Anwendung gelangen**. Das Bundesgericht vertritt jedoch die Ansicht, für die Anwendung von Art. 684/679 ZGB bestehe bei Einhaltung des kanto-

nen Baurechts kaum mehr Raum, denn dem Immissionsschutz werde im Bewilligungsverfahren Rechnung getragen (BGE 126 III 460 E. 3.c/cc). Ob „Ausnahmen“ auch unter der Bestimmung von neuArt. 679 Abs. 2 ZGB noch möglich sein werden, wird die Rechtsprechung zeigen müssen.

Während also das revidierte Recht eine Auslegung zulässt, wonach die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Normen (zumindest für die Zeit nach bereits erfolgter Erstellung einer Baute) ein Garant für die Zulässigkeit der negativen Immissionen wäre, besteht nach bisherigem Recht (und je nach Auslegung auch nach neuem Recht) ein Restrisiko, dass der Entzug von Licht/Sonne/Aussicht trotz Beachtung sämtlicher Vorschriften als übermässig und damit unzulässig qualifiziert werden könnte.

Hinsichtlich des **kantonalrechtlichen Immissionsschutzes** ist festzuhalten:

- Den kantonalen Bestimmungen zum Immissionsschutz (§ 97 EGZGB) kommt nur insofern selbständige Bedeutung zu, als sie gegenüber den bundesrechtlichen Normen eine Verschärfung oder Konkretisierung bedeuten.
- Die in § 97 EGZGB vorgesehene – von der Einhaltung übriger Vorschriften unabhängige – Möglichkeit, einen Bau zu untersagen bzw. Schadenersatz zu verlangen, hat im Vergleich zu Art. 684 ZGB als strengere Vorschrift zu gelten.

Es besteht demnach das **Risiko, dass eine Baute, welche die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen einhält, aufgrund von § 97 EGZGB verhindert werden kann**, sofern sie einem Gebäude oder einem Garten das Tages-/Sonnenlicht entzieht. Beziehungsweise kann der teilweise Entzug des Tageslichtes zu einer Schadenersatzpflicht führen, auch wenn sämtliche öffentlich-rechtlichen Bestimmungen eingehalten wurden. Letztere sind jedoch im Sinne der Harmonisierung des öffentlich-rechtlichen und des privatrechtlichen Immissionsschutzes in die Gesamtbeurteilung mit einzubeziehen.

Im Folgenden wird aufgezeigt, wo aufgrund des Gesagten für die öffentliche Hand Möglichkeiten bestehen, auf die aufgezeigten privatrechtlichen Risiken Einfluss zu nehmen und mit welchen Mitteln eine Minimierung der Risiken erreicht werden kann.

Teil 2

Die Handlungsmöglichkeiten des Gemeinwesens

1. Ausgangslage

In Teil 1 wurden die Grundsätze der Immissionsschutzbestimmungen von Bund und Kantonen dargelegt unter besonderer Berücksichtigung der Frage, welche Bedeutung den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen bei der Beurteilung von Immissionen zukommt.

Teil 2 zieht nun aus den dargelegten Grundsätzen Schlüsse auf die Handlungsmöglichkeiten des Gemeinwesens zur Vermeidung immissionsrechtlicher Streitigkeiten. Einfallstore für eine staatliche Einflussnahme bestehen über das kantonale/kommunale öffentliche Baurecht im Allgemeinen und über das Kriterium der Ortsüblichkeit im Besonderen sowie im Bereich des EGZGB.

2. Die Einflussnahme über das kantonale/kommunale öffentliche Baurecht

2.1 Allgemeines

Gemäss dem neuen Art. 684 Abs. 2 i.V.m. neuArt. 679 Abs. 2 ZGB kann gegen negative Immissionen nur vorgegangen werden, wenn bei der Erstellung der Baute, von der sie ausgehen, die öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht eingehalten wurden (s. dazu oben Teil 1 Ziff. 2.4.2).

Weder der Gesetzeswortlaut noch die eidgenössische Botschaft zur Teilrevision des ZGB geben Auskunft darüber, welcher Art diese Vorschriften zu sein brauchen⁹. So stellt sich insbesondere die Frage, wie konkret sich solche Normen auf die jeweils zur Diskussion stehende Immission beziehen müssen, um zu bewirken, dass deren Befolgen ein Vorgehen nach Art. 679 ZGB ausschliesst. Genügt z.B. bereits das Einhalten von Abstandsvorschriften, um dem betroffenen Nachbarn das Vorgehen gegen Schattenwurf oder den Entzug der Aussicht zu verunmöglichen? Oder kommt der in neuArt. 679 Abs. 2 ZGB statuierte Vorbehalt zugunsten des kantonalen Baurechts nur zum Tragen, wenn das kantonale Baurecht überhaupt Bestimmungen zum Schattenwurf bzw. zur Aussicht enthält und diese eingehalten sind?

Das Bundesgericht hat in BGE 126 III 460 in Bezug auf Pflanzungen ausgeführt, dass von diesen nur in den seltensten Fällen übermässige (negative) Immissionen im Sinne von Art. 684 ZGB ausgingen, wenn die kantonalen Abstandsvorschriften eingehalten seien. Versage der kantonalrechtliche Immissionsschutz trotz Nichteinhaltung der Abstandsvorschriften, weil der Beseitigungsanspruch z.B. verjährt ist, käme dem bundesrechtlichen Immissionsschutz die Bedeutung einer Mindestgarantie zu. Damit **erachtete das Bundesgericht die Einhaltung von Abstandsvorschriften für relevant und massgebend bei der Beurteilung von Schattenwurf sowie Licht- und Aussichtsentszug**. Bezogen auf negative Immissionen, die von Bauten ausgehen, wurde im selben Entscheid dargelegt, dass von einer rechtmässig erstellten Baute durch deren blosses Vorhandensein kaum derart schwerwiegende Immissionen ausgehen könnten, die einen bundesrechtlichen Beseitigungsanspruch rechtfertigen würden (s. BGE 126 III 260 E. 3.c/cc).

⁹ Die bundesrätliche Botschaft erwähnt lediglich, dass es insbesondere die öffentlich-rechtlichen Regelungen gemeint sind (s. dort S. 5307).

Das Bundesgericht scheint also der Ansicht zu sein, die Bauvorschriften seien als solche immissionsrelevant¹⁰; das Vorhandensein und Einhalten von schatten- oder aussichtsspezifischen Vorschriften wurde in diesem Zusammenhang weder erwähnt noch vorausgesetzt.

Zur Vermeidung des Restrisikos, dass im Einzelfall eingewendet werden könnte, das kantonale Baurecht biete keinen Schutz gegen Schattenwurf, Licht- und Aussichtsentszug, weshalb die Rechtsbehelfe von neuArt. 679 Abs. 1 ZGB trotz Rechtmässigkeit der Baute zur Verfügung stünden, würde sich allenfalls die Aufnahme entsprechender Bestimmungen in die Baugesetzgebung empfehlen. Dabei geht es indessen nur um die Vermeidung eines Restrisikos. Absolut zwingend ist es gestützt auf die bis heute bekannte Rechtsprechung nicht.

Zum Erlass von Zonenordnungen s. unten Ziff. 3.

2.2 Schattenregelungen im In- und Ausland

Um Anhaltspunkte dafür zu erhalten, wie Schattenregelung bzw. Aussichtsvorschriften in der Baugesetzgebung ausgestaltet werden könnten, ist ein Blick auf die bestehenden Regelungen im In- und Ausland zu werfen. Keine besondere Erwähnung findet dabei die als gemeinhin bekannt vorausgesetzte 2-Stunden-Regel der Stadt Zürich. Während (einige wenige) Schattenregelungen zu finden sind, blieb die Suche nach Vorschriften, die konkret die Beschränkung der Aussicht durch Bauten zum Inhalt haben, erfolglos.

2.2.1 Schweiz

a) Basel-Stadt

Der Kanton Basel-Stadt orientiert sich im kantonalen Richtplan vom 20. Januar 2009 an der zürcherischen 2-Stunden-Schattenregel (Objektblatt S 1.3, Hochhäuser). Der Regierungsrat macht im Regierungsratsbeschluss Nr. 10-1156-01 vom 29. Juni 2010 im Zusammenhang mit dem „Bebauungsplan Grenzacherstrasse (Südareal), Areal F. Hoffmann-La Roche AG, Basel – Festsetzung eines Bebauungsplans und Abweisung von Einsprachen“ klar, dass beim Einhalten der gesetzlichen Grundlagen nicht von einem Verlust an Wohnqualität gesprochen werden kann (S. 27 ff.).

Neben dem Schattenwurf am Tag wurde darin auch auf die Lichtverschmutzung in der Nacht aufmerksam gemacht (S. 29).

Das Bau- und Planungsgesetz des Kantons Basel-Stadt (PBG/BS; 730.100) kennt eine Höhenbeschränkung der Gebäude durch den Lichteinfallswinkel (§ 23 Abs. 1). Nach des-

¹⁰ Das Kantonsgericht St. Gallen geht im Entscheid GVP 2008 Nr. 46 vom 7. Juli 2008 im Zusammenhang mit Pflanzungen davon aus, dass „die Interessensabwägung und der Ortsgebrauch grundsätzlich schon implizit in den kantonalen Abstandsvorschriften enthalten sind“.

sen Wortlaut dürfen die Gebäudewände nicht in die für anrechenbare Fensterflächen nötigen Lichteinfallswinkel der auf anderen Grundstücken zulässigen mehrgeschossigen Gebäude ragen. „Der Lichteinfallswinkel gilt als eingehalten, wenn die Abstände sämtlicher Gebäudeteile mindestens so gross sind wie ihre Höhen.“

Auch wenn sich der kantonale Richtplan vom 20. Januar 2009 an der 2-Stunden-Regel orientiert, kennt das PBG/BS keine Einschränkungen zur Beschattung. Einzig der 45°-Lichteinfallswinkel ist zu berücksichtigen (RRB 10-1156-01 vom 29. Juni 2010, S. 28).

b) Bern

Die Bauverordnung des Kantons Bern (BauV/BE; 721.1) kennt eine der zürcherischen ähnliche Regel. Art. 22 BauV/BE lautet wie folgt:

„¹ Höhere Häuser und Hochhäuser dürfen nur erstellt werden, wenn dafür wichtige Gründe vorliegen, insbesondere wenn die höhere Bauweise durch die Zweckbestimmung des Baus bedingt ist, oder wenn das Bauvorhaben Bestandteil eines grösseren Gesamtkonzeptes mit besonders haushälterischer Bodennutzung ist.

„² Höhere Häuser und Hochhäuser dürfen keine klimatologisch-lufthygienisch nachteiligen Auswirkungen auf Nachbarschaft und weitere Umgebung haben.

„³ Sie dürfen bestehende oder nach den geltenden Vorschriften mögliche Wohnbauten nicht durch übermässigen Schattenwurf beeinträchtigen. Für die zulässige Beschattungsdauer gilt:

*a Sie beträgt **bei Tag- und Nachtgleiche** (21. März) zwischen 07.30 Uhr und 17.30 Uhr zwei Stunden, bei **mittlerem Wintertag** (8. Februar) zwischen 08.30 Uhr und 16.30 Uhr zweieinhalb Stunden.*

*b Sie ist angemessen herabzusetzen, wenn die Besonnung durch die **Topographie oder andere Bauten** bereits erheblich beeinträchtigt ist.*

„⁴ In den Überbauungsvorschriften sind die Grundsätze der Beheizung (Art, Standort) entsprechend den Anforderungen der Energiegesetzgebung festzulegen.“

Im Unterschied zur zürcherischen und baslerischen Regelung differenziert das bernische Recht zwischen einer Schattenregel im Sommer und einer im Winter. Die maximale Schattendauer ist dabei unterschiedlich. Interessant ist die Berücksichtigung der Topographie und anderer Bauten in der Umgebung, was den Baubewilligungsbehörden einen gewissen Handlungsspielraum belässt.

c) St. Gallen

Auch der Kanton St. Gallen kennt eine Schattenregel. Im Gesetz über Raumplanung und das öffentliche Baurecht des Kantons St. Gallen (BauG/SG, 731.1) wird in Art. 69 festgelegt was folgt:

¹ *Hochhäuser sind Bauten mit mehr als acht Vollgeschossen oder mit mehr als 25 Meter Gebäudehöhe.*

² *Die Zulassung eines oder mehrerer Hochhäuser setzt einen besonders geeigneten Standort und eine der Grösse des Bauvorhabens entsprechende architektonische Gestaltung voraus. Die Interessen der Nachbarn dürfen nicht übermässig beeinträchtigt werden.*

³ *Für die Bemessung der Gebäude- und Grenzabstände ist der auf die umliegenden Gebäude und Parzellen fallende Dauerschatten massgebend, der am **mittleren Sommertag nicht mehr als drei Stunden und am mittleren Wintertag nicht mehr als zwei Stunden** betragen darf.*

⁴ *Abs. 3 dieser Bestimmung **findet keine Anwendung**:*

a) innerhalb von Industrie- und Gewerbe-Industrie-Zonen;

b) gegenüber Grünzonen und Landwirtschaftszonen;

c) gegenüber übrigem Gemeindegebiet, soweit dieses nicht für eine spätere bauliche Entwicklung, ausgenommen als Industrie- oder Gewerbe-Industrie-Zone, vorgesehen ist.

⁵ *Hochhäuser in andern als Industriezonen sind nur aufgrund von Überbauungs- oder Gestaltungsplänen zulässig.“*

Gleich wie das bernische Recht kennt auch das Baugesetz des Kantons St. Gallen eine Unterscheidung zwischen Sommer und Winter. Es ist zu beachten, dass nach Art. 69 Abs. 4 BauG/SG die Schattenregeln nicht überall zur Anwendung gelangen. Zu diesem Schluss ist auch das Amt für Städtebau der Stadt Zürich gelangt im Bericht zu den nicht berücksichtigten Einwendungen zum privaten Gestaltungsplan, Kornhaus Swissmill, Zürich-Aussersihl, Kreis 5 vom 14. Dezember 2009 (S. 3): „Da es sich bei den durch den Schattenwurf beeinträchtigten Gebäuden und Gebieten nicht um bewohnte Gebäude oder Wohnzonen handelt, ist der Mehrschatten durch die Aufstockung baurechtlich nicht relevant.“

2.2.2 Deutschland

Die deutsche Rechtslage stellt TILL FISCHER in seiner Dissertation mit dem Titel „Standortvorbereitung im Hochhausbau – Präventives Konfliktmanagement mit den Instrumentarien des Bauplanungsrechts“ (Darmstadt 2004) umfassend dar. Beispielsweise verweist er auf das Urteil 3 M 85/98 des OVG Mecklenburg-Vorpommern vom 8. März 1999. Hier musste der Schatten einer Windkraftanlage beurteilt werden, wobei nach Gericht „bei der rechtlichen Bewertung der Auswirkungen durch Schattenwurf [...] als Anhaltspunkt für die Zu-

mutbarkeit dienen [kann], dass Benutzer von Wohn- und Büroräumen an einem sonnigen Tag nicht länger als 30 Minuten je Tag und nach der statistischen Wahrscheinlichkeit maximal 30 Stunden im Jahr durch Schattenwurf beeinträchtigt werden.“ FISCHER weist aber darauf hin, dass es sich hierbei um einen Schlagschatten handelt, der im Gegensatz zum konstanten Schatten eines Hochhauses, in einer kurzen rhythmischen Frequenz auftritt (a.a.O., S. 10).

Einen Beitrag zur Rechtslage in Deutschland findet sich auch in der Publikation „Hochhäuser, in: Schriftenreihe Bauwirtschaft, Bd. II., Lehre I, Institut für Bauwirtschaft, Universität Kassel, Kassel 1993“. GENILKE KAI und KOCH STEPHANIE gehen darin ab 5.1 (Besonnung und Verschattung) neben den rechtlichen Rahmenbestimmungen auch auf technische Probleme ein. Interessant ist deren Hinweis auf die Grenzwerte des Tageslichtquotienten um für Wohn- und Arbeitsräume, die in ihren Massen Wohnräumen entsprechen, eine ausreichende Helligkeit sicherzustellen (S. 5-6). Zur Messung der Innenraumhelligkeit wird der Tageslichtquotient D nach DIN 5034 Teil I angewandt.

Die vom Tageslicht erzeugte Helligkeit für Wohn- und Arbeitsräume (Raumfläche kleiner als 50 m²) ist ausreichend, wenn folgende Werte, bezogen auf eine horizontale Ebene 85 cm über dem Fussboden, eingehalten sind:

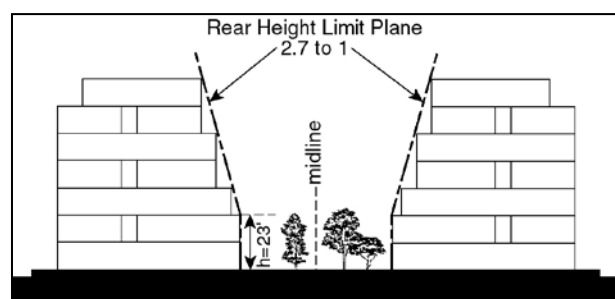
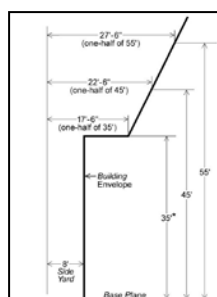
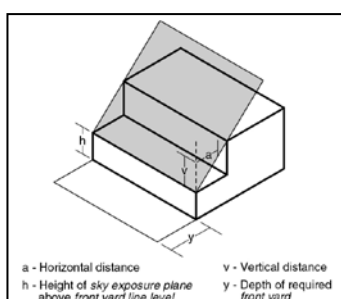
- bei Räumen mit Fenstern in einer Wand sollte in halber Raumtiefe und in 1 m Abstand von den Seitenwänden im Mittel der Tageslichtquotient mindestens 0.9% und am ungünstigsten Punkt mindestens 0.75% betragen.
- bei Räumen mit Fenstern in mehr als einer Wand sollte der Tageslichtquotient am ungünstigsten Bezugspunkt mindestens 1% betragen.

Im Gegensatz zu den vorstehend aufgezeigten Regeln liegt hier der Massstab nicht in der direkten Sonneneinstrahlung, sondern sowohl in der direkten als auch in der indirekten Wirkung des Sonnenlichts im Raum. Dieser Ansatz erscheint deshalb interessant, weil er das effektive Empfinden der Betroffenen misst.

2.2.3 Amerika

a) New York City

Mit der „Zoning Resolution“ von 1916 wurden in New York City (NYC) sog. *setbacks* eingeführt. Diese Rückstufungen waren prägend für die Skyline von NYC und schrieben vor, dass die Gebäude mit zunehmender Höhe dünner werden mussten. Damit sollte verhindert werden, dass im Schatten der Hochhäuser liegende Gebäude für potentielle Mieter unattraktiv wurden. Diese Regelungen finden sich nach wie vor in z.B. Art. 23-631 Zoning Resolution of the City of New York vom 2. Februar 2011.



b) Chicago

Auch in Chicago arbeitet man mit setbacks. Hier unterscheidet man jedoch zwischen front, rear und side setbacks (17-3-0400 ff. Chicago Zoning Ordinance and Land Use Ordinance vom 8. Juni 2011).

2.3 Aussichtsregeln

In amerikanischen Städten, die nahe am Meer liegen, bestehen sog. **view ordinances**. Diese schützen die Aussicht der Einwohner vor Bäumen oder Zäunen, selten jedoch vor anderen Hindernissen wie Gebäuden (<http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/homeowners-right-views-29942.html>). Vorliegend geht es aber gerade um den Aussichtsentzug durch Gebäude, weshalb nicht weiter auf die view ordinances eingegangen wird.

2.4 Zwischenfazit

Zum Schattenwurf bestehen zwei unterschiedliche Ansätze. Einerseits kann auf die direkte Sonneneinstrahlung (2-Stunden-Regel, Lichteinfallswinkel) abgestellt werden. Andererseits besteht auch die Möglichkeit, die minimale Lichtintensität in den Räumen zu definieren (DIN 5034).

Daneben bestehen (in Amerika) bauliche Vorschriften (setbacks), die in allgemeiner Weise den Lichteinfall auf umliegende Grundstücke regeln.

In Bezug auf den Aussichtsschutz sind allein in Amerika Regelungen zu finden, die sich jedoch hauptsächlich auf Pflanzungen beziehen.

3. Die Einflussnahme über das Kriterium des Ortsgebrauchs

Wie in Teil 1 ausgeführt, ist die Übermässigkeit von Immissionen gemäss Art. 684 ZGB unter anderem anhand des Kriteriums des Ortsgebrauchs zu beurteilen (s. dazu oben Teil 1 Ziff. 2.4.1). Zwar wird der Begriff des Ortsgebrauchs nicht durch die Auffassung der Behörden bestimmt, sondern durch die Anschauung der Bevölkerung, doch bilden Zonenordnungen und Baureglemente nach bisheriger Rechtsprechung ein Indiz für den Ortsgebrauch. Was in einem bestimmten Gebiet als üblich gilt, kann also zumindest zu einem Teil durch den Gesetzgeber beeinflusst werden.

Mit der neuen Bestimmung von neuArt. 679 Abs. 2 ZGB erlangen die Zonenordnungen und Baureglemente (zumindest für die Zeit nach Erstellung einer Baute) eine erhöhte bzw. unter Umständen gar allein massgebende Bedeutung. Sind die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des Kantons eingehalten, gelangen die Kriterien, nach denen die Übermässigkeit gemäss Art. 684 ZGB beurteilt wird, gar nicht erst zur Anwendung (ausser, wenn man neuArt. 679 Abs 2 ZGB als Regelung versteht, welche nur bereits erstellte Bauten betrifft).

Erst wenn entsprechende Normen nicht befolgt wurden, wird (unter anderem) die Frage des Ortsgebrauchs überhaupt wieder relevant.

In jedem Fall – ob direkt über neuArt. 679 Abs. 2 ZGB oder über den „Umweg“ über die Ortsüblichkeit – steht es in der Macht des Gemeinwesens, mittels Erlass entsprechender Zonenordnungen und Baureglements die durch das blosse Vorhandensein von Bauten verursachten Immissionen zu legitimieren bzw. die Legitimation zumindest zu fördern (zum Inhalt solcher Normen s. vorstehende Ziff. 2).

Aus Sicht des Privatrechts erscheint die Schaffung einer Zone, die Hochhäuser explizit zulässt, ein geeignetes Mittel zur Minimierung des Risikos, dass Bauvorhaben aus Gründen des Immissionsschutzes verhindert werden könnten.

4. Die Einflussnahme über das Einführungsgesetz zum ZGB

Mit § 97 EGZGB sieht die kantonale Gesetzgebung betreffend negative Immissionen einen Schutz vor, der über den vom Bundesrecht mit den revidierten neuArt. 684 und 679 ZGB gewährten hinausgeht (s. dazu Teil 1 Ziff. 3).

Nachdem aufgrund des allgemeinen Gebots der widerspruchsfreien und koordinierten Anwendung der Rechtsordnung auf eine Harmonisierung des Immissionsschutzes hinzuwirken ist, sind wohl auch im Anwendungsbereich von § 97 EGZGB die Normen des öffentlichen Rechts in die Beurteilung der negativen Immissionen einzubeziehen. Die Einhaltung des öffentlichen Baurechts ist jedoch keine Garantie für die Zulässigkeit der betreffenden Einwirkungen. **Insofern lässt sich das Risiko einer auf kantonalem Privatrecht beruhenden Verhinderung von Hochhausprojekten durch den Erlass bestimmter Bauvorschriften und Zonenordnungen nur beschränkt beeinflussen.**

Gänzlich vermeiden liessen sich die diesbezüglichen Risiken durch eine **Revision bzw. gänzliche Abschaffung von § 97 EGZGB**. Nachdem das Bundesrecht die negativen Immissionen nun ausdrücklich regelt, ist die Daseinsberechtigung der kantonalen Bestimmung und insbesondere deren im Vergleich zur bundesrechtlichen Norm bestehenden Schärfe ohnehin zu überdenken.

Teil 3

Weitere Lösungsansätze

1. Ausgangslage

Teil 2 hat sich mit der Frage befasst, ob und inwiefern das Gemeinwesen über die für die Beurteilung der Übermässigkeit massgebenden Kriterien Einfluss darauf nehmen kann, ob eine negative Einwirkung als übermässig zu qualifizieren ist oder nicht.

Demgegenüber ist nachstehend zu klären, welche Möglichkeiten bestehen, um ausserhalb der Voraussetzungen von Art. 684/679 ZGB das Risiko von immissionsrechtlichen Klagen zu minimieren. In Betracht fällt dabei insbesondere die Begründung von Dienstbarkeiten innerhalb eines Bebauungsplans, womit gegenseitig auf die Geltendmachung von nachbarrechtlichen Ansprüchen wegen negativer Immissionen verzichtet würde.

Nachstehend wird vorab kurz auf den Verzicht auf den Immissionsschutz in Form von Dienstbarkeiten eingegangen, bevor geprüft wird, ob und inwiefern solche im Rahmen eines Bebauungsplanes im Sinne einer Auflage verfügt werden können.

2. Immissionen und Dienstbarkeiten

Die nachbarrechtlichen Rechte und Pflichten aus Art. 684 ZGB können mittels Grunddienstbarkeit (Art. 730 ff. ZGB) abgeändert werden. So ist es insbesondere möglich, eine Dienstbarkeit zu begründen, die den Eigentümer eines Grundstückes verpflichtet, von einem benachbarten Grundstück (benachbart im Sinne von Art. 684 ZGB) ausgehende Immissionen zu dulden. Die vom Gesetz vorgesehenen nachbarrechtlichen Behelfe stehen ihm in diesem Falle nicht zur Verfügung.

Ohne Weiteres möglich ist die gegenseitige Begründung solcher Dienstbarkeiten auf mehreren Grundstücken. Die Gegenseitigkeit wird dadurch begründet, dass die entsprechende Dienstbarkeit gleichzeitig zu Gunsten und zu Lasten der betroffenen Grundstücke eingetragen wird.

3. Dienstbarkeiten und Bebauungsplan

Für Hochhäuser über 25 m ist ein Bebauungsplan im Sinne von § 32 PBG erforderlich, für solche über 35 m ein Bebauungsplan als Ergebnis von Varianten (Kantonaler Richtplan vom Januar 2004, S 3.1.2).

Im Planungsbericht gemäss Art. 47 der Raumplanungsverordnung sind die öffentlichen Anliegen aufzulisten, die in privatrechtlichen Verträgen geregelt werden müssen. Nachdem es üblich ist, die Erschliessung mittels Dienstbarkeiten zu regeln, sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass es nicht auch möglich sein sollte, die Umsetzung des Bebauungsplans dadurch zu sichern, dass sich die Grundeigentümer gegenseitig verpflichten, die von den umliegenden Grundstücken ausgehenden negativen Immissionen zu dulden.

Kein gangbarer Weg scheint demgegenüber die Errichtung von Personaldienstbarkeiten, womit sich der Eigentümer eines Grundstückes zugunsten der Stadt verpflichtet, von einem benachbarten Grundstück (benachbart im Sinne von Art. 684 ZGB) ausgehende Immissionen zu dulden. Dies aus folgenden Gründen:

Neben den spezifischen persönlichen Dienstbarkeiten (Nutzniessung etc.) können gemäss Art. 781 Abs. 1 ZGB Dienstbarkeiten anderen Inhalts zu Gunsten einer beliebigen Person oder Gemeinschaft an Grundstücken bestellt werden, so oft dies in bestimmter Hinsicht je-

mandem zum Gebrauch dienen können. Im Unterschied zur Grunddienstbarkeit steht das Recht nicht dem jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstücks, sondern einer anderen Person zu; es **spielt kein berechtigtes Grundstück irgendeine Rolle**. Als Inhalt kommt jede Gebrauchsmöglichkeit eines Grundstücks, jedes Duldenmüssen des Grundeigentümers in Betracht (s. BSK-PETITPIERRE, N 1, 4. 16 zu Art. 781 ZGB sowie SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht N 1428). \$

Praktisch erforderlich sind persönliche Dienstbarkeiten vorwiegend, wo ein herrschendes Grundstück im Zusammenhang mit der gewünschten Belastung nicht eruierbar ist, oder wo sich die Verknüpfung mit einem bestimmten Grundstück nicht dienlich oder nicht erwünscht ist. Ihr Inhalt bestimmt sich nach den gewöhnlichen Bedürfnissen des Berechtigten.

Der Berechtigte muss ein **vernünftiges Interesse** an der Dienstbarkeit haben. Eine Dienstbarkeit, die nach Art. 736 Abs. 1 ZGB abgelöst werden könnte, soll nicht eingetragen werden (ZK-LIVER, N 16 zu Art. 736 ZGB). **Der Tatbestand von Art. 736 Abs. 1 ZGB ist unter anderem dann erfüllt, wenn die Ausübung einer Dienstbarkeit unmöglich geworden ist** (BGE 121 III 54 E. 2a).

Vorliegend ginge es darum, den Grundeigentümer zu verpflichten, von einem anderen Grundstück ausgehende Immissionen zu dulden. Solange die Stadt nicht Eigentümerin des emittierenden Grundstücks ist, ist höchst zweifelhaft, ob ihr ein „vernünftiges Interesse“ an der Dienstbarkeit zuzugestehen ist. Ihr Interesse besteht darin, den beabsichtigten Hochhausbau und die gewünschte Verdichtung zu sichern. **Da sie nicht Eigentümerin der entsprechenden Grundstücke ist, kann sie die Dienstbarkeit, die auf die unbeschränkte Ausübung des Eigentums abzielt, nicht ausüben.**

Dadurch unterscheidet sich die hier zur Diskussion stehende Personaldienstbarkeit z.B. von der Dienstbarkeit, die zugunsten der Stadt die Errichtung von Fabriken und unsittlichen Gewerben etc. verbietet. Dieses Recht kann die Stadt ausüben, sobald auf dem belasteten Grundstück ein entsprechendes Projekt geplant ist.

Aufgrund des Gesagten bleibt allein die Möglichkeit, die Dienstbarkeiten zur Duldung von negativen Immissionen (Entzug Sonne, Licht, Aussicht) als Grunddienstbarkeiten zu errichten.

Für allfällige Rückfragen stehen Frau RAin Simone Nüesch (die massgeblich an der Erarbeitung dieses Dokuments mitgearbeitet hat) und natürlich auch ich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

Dr. Thomas Siegenthaler