

2. Privatrecht/Droit privé

2.6. Sachenrecht – allgemein/Droits réels – en général

2.6.2. Beschränkte dingliche Rechte/Droits réels limités

OGer TG ZBS.2020.34: Behinderung einer Ausübung einer Grunddienstbarkeit

Obergericht des Kantons Thurgau, 1. Abteilung, Urteil ZBS. 2020.34 vom 23. Dezember 2020 (nicht veröffentlicht), A. AG gegen B. AG, Behinderung einer Ausübung einer Grunddienstbarkeit (Rechtsschutz in klaren Fällen).



JOEL DRITTENBASS*

In diesem Urteil hielt das Obergericht des Kantons Thurgau fest, dass das Gericht dem Dienstbarkeitsberechtigten, der in seiner Ausübung des Fuss- und Fahrwegrechts durch den Vollzug einer rechtskräftigen Baubewilligung beeinträchtigt wird, mangels eindeutiger Sach- und Rechtslage keinen Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO) gewähren kann. In materiell-rechtlicher Hinsicht rückte die Frage ins Zentrum, ob und inwiefern eine zivilrechtliche Grunddienstbarkeit durch eine rechtskräftige Baubewilligung (ausserbuchlich) untergehen bzw. beschränkt werden kann. Vorliegend wird an diese Fragestellung angeknüpft, die den Bedarf nach wissenschaftlicher Durchdringung des Verhältnisses zwischen zivilrechtlicher Grunddienstbarkeit und rechtskräftiger Baubewilligung offenbart. Anders als die Berufungsinstanz gelangt die vorliegende Entscheidung unter Beizug von Lehre und Rechtsprechung zum Schluss, dass zivilrechtliche Grunddienstbarkeiten aus Gründen des öffentlichen Rechts ausserbuchlich untergehen bzw. beschränkt werden können.

* JOEL DRITTENBASS, Dr. iur. HSG, Associate und Rechtsanwalt bei VISCHER AG, Zürich, Lehrbeauftragter für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen (HSG). Der Autor wirkte im Rahmen seines Rechtsanwaltspraktikums bei schochauer ag am Berufungsverfahren auf Seiten der Berufungsklägerin mit. Es liegt eine anonymisierte Fassung des (nicht veröffentlichten) Urteils vor. Herzlich gedankt sei Dr. iur. MARTIN FÖHSE, Rechtsanwalt und Partner bei Kellerhals Carrard sowie Lehrbeauftragter für Bau- und Planungsrecht an der Universität St. Gallen (HSG), für den wertvollen Gedankenaustausch.

I. Sachverhalt und Verfahrensgeschichte

Am 7. Juli 2020 ersuchte die B. AG (Gesuchstellerin) beim Bezirksgericht Frauenfeld um Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO. Die B. AG beantragte beim zuständigen Bezirksgericht insbesondere, dass die A. AG (Gesuchsgegnerin) zu verpflichten sei, die in der Strassenfläche auf den Parzellen der Gesuchsgegnerin errichteten Poller sowie sämtliche weitere Hindernisse zu entfernen, die die Ausübung des Fahrwegrechts gemäss Dienstbarkeit 271.4566 vom 29. Mai 1953 behindern würden.

Die A. AG beantragte in ihrer Gesuchsantwort vom 3. September 2020, auf das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen sei nicht einzutreten. Die A. AG stellte sich in ihrer Gesuchsantwort auf den Standpunkt, dass die Voraussetzungen für den Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO im vorliegend interessierenden Fall nicht erfüllt seien, weshalb das Bezirksgericht Frauenfeld gemäss Art. 257 Abs. 3 ZPO auf das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen nicht einzutreten habe.

Mit Urteil vom 10. September 2020 hiess der Einzelrichter des Bezirksgerichts Frauenfeld das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen gut und verpflichtete die Gesuchsgegnerin zur Entfernung der erstellten Poller, die die Ausübung des Fahrwegrechts behindern würden.

Am 21. September 2020 erhob die A. AG (Berufungsklägerin) innert der gesetzlichen Frist von 10 Tagen Berufung und beantragte beim Obergericht des Kantons Thurgau, das Urteil des Bezirksgerichts Frauenfeld sei aufzuheben und auf das Gesuch der B. AG (Berufungsbeklagte) sei nicht einzutreten. In der Berufung machte die Berufungsklägerin im Wesentlichen geltend, dass der Sachverhalt nicht sofort beweisbar sei, weil weder der von der B. AG ins Recht gelegte Grundbuchauszug noch der Dienstbarkeitsvertrag vom 29. Mai 1953 den materiell-rechtlichen Bestand des strittigen Fuss- und Fahrwegrechts sofort zu beweisen vermöge. Zudem sei auch die Rechtslage nicht klar, weil das Verhältnis zwischen einer rechtskräftigen Baubewilligung zu einem formell noch im Grundbuch eingetragenen Fuss- und Fahrwegrecht klärungsbedürftig und damit unklar sei. Die A. AG bzw. deren Rechtsvertreter begründete diesen Umstand damit, dass die strittige Grunddienstbarkeit aus Gründen des öffentlichen Rechts materiell-rechtlich untergegangen bzw. auf ein Fusswegrecht beschränkt worden sei. So wurde die Berufungsklägerin von der zuständigen Baubehörde in einer in Rechtskraft erwachsenen Baubewilligung aus dem Jahr 2016 dazu verpflichtet, die Ausfahrt von der Parzelle der Berufungsklägerin, auf der das Fuss- und Fahrwegrecht zugunsten der Berufungsbeklagten lastete, für den motorisierten Individualverkehr zu schliessen, damit die Verkehrssicherheit hinreichend gewährleistet ist.

Gegen diese öffentlich-rechtliche Baubewilligung erhob die Berufungsbeklagte indes keine privatrechtliche Einsprache. Oder anders formuliert: Die B. AG rügte im Einspracheverfahren nicht, dass das im Grundbuch eingetragene Fuss- und Fahrwegrecht ggf. durch diese Bedingung in der Baubewilligung verletzt sein könnte.

Am 22. Oktober 2020 reichte die B. AG ihre Berufungsantwort ein und beantragte, dass die Berufung abzuweisen und die vorzeitige Vollstreckung des angefochtenen Entscheids zu bewilligen sei. Die Berufungsbeklagte vertrat wiederum die Ansicht, wonach der Bestand des strittigen Fuss- und Fahrwegrechts zweifelsfrei und genügend bewiesen sei. Mit Replik vom 5. November 2020 und Duplik vom 17. November 2020 wurde an den Anträgen festgehalten, wobei die Berufungsklägerin am 30. November 2020 eine Berufungstriplik beim Obergericht des Kantons Thurgau einreichte.

II. Wesentliche Erwägungen des Obergerichts des Kantons Thurgau

Das Obergericht des Kantons Thurgau umschrieb zunächst unter Berücksichtigung der bewährten Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung den Anwendungsbereich des Verfahrens auf Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO (vgl. E. 2). Diesbezüglich hielt das Obergericht fest, dass das Gericht nach Art. 257 Abs. 1 ZPO Rechtsschutz in klaren Fällen gewähre, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar sei, wobei diese Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssten (vgl. E. 2a). Die Berufungsinstanz wies mit Verweis auf BGE 138 III 123 E. 2.1.2 darauf hin, dass eine klare Rechtslage gegeben sei, «wenn sich die Rechtsfolge bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung *ohne weiteres* ergibt und damit die Rechtsanwendung zu einem *eindeutigen* Ergebnis führt. Dagegen ist die Rechtslage nicht klar, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordert» [Hervorhebungen nur hier]. Das Obergericht hielt weiter unter E. 2b fest, «dass der Rechtsschutz in klaren Fällen praktisch nur im Falle von Säumnis des Gesuchsgegners erfolgsversprechend ist».

Zwischen den Parteien war im zu beurteilenden Sachverhalt unstrittig, dass auf den Liegenschaften eine im Grundbuch eingetragene Grunddienstbarkeit in Form eines Fuss- und Fahrwegrechts zugunsten und zulasten der jeweiligen Liegenschaften der anderen Partei *errichtet* wurde (vgl. E. 3a). Strittig war demgegenüber, ob und inwieweit das Recht auf Ausübung des Fuss- und Fahrwegrechts von Gesetzes wegen oder aus Gründen des öffentlichen Rechts

materiell-rechtlich erloschen bzw. geändert worden sei (vgl. E. 3a). Folglich setzte sich das Obergericht in generell-abstrakter Weise mit gesetzlich (nicht abschliessend normierten) und weiteren (positivrechtlich nicht geregelten) Untergangsgründen für Dienstbarkeiten auseinander (vgl. E. 3c).

In Auslegung des Wortlautes «Fuss- und Fahrwegrecht» kam das Obergericht des Kantons Thurgau zum Schluss, dass der Umfang des Fuss- und Fahrwegrechts im zu beurteilenden Sachverhalt nicht näher konkretisiert werden könne (vgl. E. 4a). Die Rechtsmittelinstanz begründete dies damit, dass bei einer Grunddienstbarkeit, die im Grundbuch mit dem Begriff «Fuss- und Fahrwegrecht» eingetragen sei, in der Regel auf den Erwerbs- bzw. Begründungsakt zurückgegriffen werden müsse, um den Umfang einer solchen Dienstbarkeit zu ermitteln; der Begründungsakt sei allerdings von der Gesuchstellerin bzw. Berufungsbeklagten nicht ins Recht gelegt worden (vgl. E. 4a). Vor diesem Hintergrund ergebe sich aus dem Begriff des Fuss- und Fahrwegrechts «lediglich ein Recht, die Fläche zu befahren», weshalb unklar bleibe, «zu welchen Zwecken dieses Recht eingeräumt wurde» [Hervorhebung nur hier]. Unter E. 4a hielt das Obergericht des Kantons Thurgau zudem fest, dass der Zweck vorliegend von Bedeutung sei, weil sich die bauliche Situation seit der Errichtung der Grunddienstbarkeit im Jahr 1953 massgeblich geändert habe. Nicht unvermutet warf die Rechtsmittelinstanz die Frage auf, ob und inwieweit die strittige Grunddienstbarkeit tatsächlich noch das Befahren mit einem Auto umfasse, um die Frage gleichwohl unbeantwortet zu lassen. Weiter können gemäss Obergericht des Kantons Thurgau öffentlich-rechtliche Bauvorschriften nicht zum Untergang einer Grunddienstbarkeit führen, weshalb die diesbezüglichen Ausführungen der Berufungsklägerin ins Leere laufen (vgl. E. 4b). Demgegenüber teilte die Berufungsinstanz die Auffassung der Berufungsklägerin, wonach die Voraussetzungen des Verfahrens auf Rechtsschutz in klaren Fällen nicht gegeben seien. Das Obergericht begründete seinen Standpunkt abschliessend damit, dass der Sachverhalt weder unbestritten noch sofort beweisbar sei, «was sich letzten Endes auch in den umfangreichen Rechtsschriften im Berufungsverfahren zeigt» (vgl. E. 4b). Schliesslich stellen sich nach Auffassung der Rechtsmittelinstanz «diverse Rechtsfragen, die beantwortet werden müssen», wozu allerdings das Verfahren auf Rechtsschutz in klaren Fällen keinen Raum bietet (vgl. E. 4b).

Mit Urteil vom 23. Dezember 2020 hiess das Obergericht des Kantons Thurgau die Berufung vom 21. September 2020 somit gut und hob den angefochtenen Entscheid vom 10. September 2020 des Einzelrichters des Bezirksgerichts Frauenfeld vollumfänglich auf. Zuvor wies die Präsidentin des Obergerichts des Kantons Thurgau am

1. Dezember 2020 den Antrag der Berufungsbeklagten auf Entzug der aufschiebenden Wirkung ab.

III. Bemerkungen

Das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 23. Dezember 2020 ist in zweierlei Hinsicht für die Rechtspraxis von Interesse. Einerseits gelangte die Berufungsinstanz (in Übereinstimmung mit bewährter Lehre und gefestigter Gerichtspraxis) zum Ergebnis, dass die beklagte Partei im Verfahren auf Rechtsschutz in klaren Fällen Einwendungen substantiiert und schlüssig vorzutragen habe, weshalb von der Gesuchsgegnerin nicht verlangt werden könne, den strikten Beweis für ihre Einwendungen zu erbringen (vgl. E. 2b und E. 4b). Andererseits vermögen die Erwägungen der Berufungsinstanz zum Erfordernis der klaren Rechtslage nach Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO aus rechtsdogmatischer Perspektive nicht zu überzeugen, insbesondere was die Erwägung zum Verhältnis zwischen einer rechtskräftigen Baubewilligung und einer im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit betrifft. Im Ergebnis ist der Berufungsinstanz freilich beizupflichten.

A. Unbestrittener oder sofort beweisbarer Sachverhalt (eindeutige Sachlage): Unterschiedliche Beweismasse für Parteien

Das Rechtsinstitut des Rechtsschutzes in klaren Fällen setzt nach Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO zunächst voraus, dass der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist, d.h., die anspruchsbegründenden Tatsachen müssen unbestritten oder sofort beweisbar sein.¹ Ist wie im hier zu beurteilenden Fall der Sachverhalt umstritten, so hat der *Gesuchsteller* als Kläger für die strittigen anspruchsbegründenden Tatsachen den *vollen Beweis* (in der Regel durch Urkunden) zu erbrin-

¹ BSK ZPO-HOFMANN, Art. 257 N 8, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Verfasser); CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Bern 2016, N 11.179 m. Verw. auf BGE 141 III 23 E. 3.2; TARKAN GÖKSU, Art. 257 ZPO N 4 f., in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), ZPO-Kommentar, Art. 197–408 ZPO, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016.

gen.² Positiv gewendet gilt das Regelbeweismass wie im ordentlichen Verfahren nach Art. 219 ff. ZPO.³

Anders verhält es sich bei Einwendungen der Gesuchsgegnerin als beklagte Partei. So hielt das Obergericht des Kantons Thurgau – entgegen der Auffassung der Berufungsbeklagten – zutreffend fest, dass die Gesuchsgegnerin keinen strikten Beweis zu erbringen habe, um die Durchsetzung des Rechtsschutzes in klaren Fällen abzuwenden (vgl. E. 2b und E. 4b). Die Berufungsinstanz scheint indes unter E. 4b der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der überwiegenden Lehrmeinung zu folgen, wonach der Beklagte (hier also die Berufungsklägerin) substantiiert und schlüssig Einwendungen vorzutragen habe, «die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die bereits gebildete richterliche Überzeugung zu erschüttern».⁴ Diese Auffassung führt freilich im Ergebnis dazu, dass der Gesuchsteller als Kläger beim Verfahren auf Rechtsschutz in klaren Fällen zusätzlich die Beweislast für die rechtsaufhebenden und rechtshemmenden Tatsachen trägt.⁵ Vor diesem Hintergrund wird deutlich vor Augen geführt, dass der Inhaber einer (Grund-)Dienstbarkeit, der in der Ausübung seines Nutzungsrechts gestört wird, im Verfahren auf Rechtsschutz in klaren Fällen mangels eindeutiger Sachlage gemäss Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO einen *Nichteintretensentscheid* des Gerichts

(Prozessentscheid)⁶ riskiert, insbesondere wenn die Gesuchsgegnerin substantiiert und schlüssig einzuwenden vermag, dass die von der Klägerin ins Recht geführten Beweise den materiell-rechtlichen Bestand sowie Umfang der strittigen (Grund-)Dienstbarkeit nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu belegen vermögen.⁷ Oder pointierter ausgedrückt: Die Gesuchsgegnerin muss lediglich, aber immerhin, bei Dienstbarkeitsstreitigkeiten schlüssige und substantiierte Zweifel am materiell-rechtlichen Bestand und/oder Umfang der (Grund-)Dienstbarkeit vorbringen, um die Durchsetzung des Rechtsschutzes in klaren Fällen abzuwehren.

B. Klare Rechtslage (eindeutige Rechtslage): Verhältnis zwischen rechtskräftiger Baubewilligung und Grunddienstbarkeit

Das Verfahren auf Rechtsschutz in klaren Fällen setzt neben der eindeutigen Sachlage kumulativ voraus, dass die Rechtslage klar ist (vgl. Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO). Eine eindeutige Rechtslage liegt vor, wenn sich die Rechtsfolge bei Anwendung des einschlägigen Gesetzes im Rahmen bewährter Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres ergibt und damit die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis gelangt.⁸

Das Obergericht des Kantons Thurgau verneinte im zu beurteilenden Fall das Vorliegen der eindeutigen Rechtslage als Voraussetzung des Rechtsschutzes in klaren Fällen. Es begründete diesen Umstand damit, dass sich aufgrund der Ausführungen der Parteien diverse Rechtsfragen stellen, «die beantwortet werden müssen, wozu jedoch der Rechtsschutz in klaren Fällen ebenfalls keinen Raum bietet» (vgl. E. 4b). Aus rechtlicher Sicht überzeugt diese Erwägung insofern, als das Verhältnis zwischen Vorschriften des öffentlichen Baurechts wie vorliegend in Form von Be-

² INGRID JENT-SØRENSEN, Art. 257 ZPO N 10 m.w.Verw., in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkomentar zur ZPO, 2. A., Basel 2014; THOMAS SUTTER-SOMM/CORDULA LÖTSCHER, Art. 257 ZPO N 6 m.w.Verw., in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016.

³ ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht: eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich/Basel/Genf 2010, 375; MARTIN TANNER, Rechtsschutz in klaren Fällen, in: Ulrich Haas/Reto Marghitola (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2020, N 24.6 m.w.Verw., der darauf hinweist, dass sich der Rechtsschutz in klaren Fällen von den vorsorglichen Massnahmen dadurch unterscheidet, indem für Letztere blosses Glaubhaftmachen genügt (vgl. Art. 261 Abs. 1 ZPO).

⁴ Vgl. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGer, 4A_184/2015, 11.8.2015, E. 4.2.1; BGer, 5A_768/2012, 17.5.2013, E. 4.2.1; BGE 138 III 620 E. 5.1.1 m.w.Verw. Vgl. zur Lehre BSK ZPO-HOFMANN (FN 1), Art. 257 N 10c m.w.Verw.; MEIER (FN 3), 375; SAMUEL BAUMGARTNER/ANNETTE DOLGE/ALEXANDER R. MARKUS/KARL SPÜHLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. A., Bern 2018, 358 m.w.Verw.; GÖKSU (FN 1), Art. 257 ZPO N 8 Fn 21 m.w.Verw.; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER (FN 2), Art. 257 ZPO N 7 m.w.Verw. A.A. FRANCO KOSLAR, Art. 257 N 13 m.Verw. auf die Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221 ff., 7352, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010, wonach der Gesuchsgegner seine Einwendungen *glaubhaft* machen müsse.

⁵ JENT-SØRENSEN (FN 2), Art. 257 ZPO N 11 m.Verw.

⁶ Tritt das Gericht auf das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen nicht ein, so können die Kosten aus dem Summarverfahren in einem allfälligen anschliessenden ordentlichen oder vereinfachten Verfahren nicht neu verteilt werden, ist doch der Kostenentscheid definitiv. Vgl. dazu EVA BACHOFNER, Aus der Praxis zum Rechtsschutz in klaren Fällen, in: Florian Eichel/Christoph Humi/Alexander R. Markus (Hrsg.), Schneller Weg zum Recht: Praktische Herausforderungen ausgewählter Summarverfahren, Bern 2020, 57 ff., 66.

⁷ TANNER (FN 3), N 24.35, stellt zutreffend fest, dass in *Zweifelsfällen* das ordentliche oder vereinfachte Verfahren zu wählen ist.

⁸ Vgl. BSK ZPO-HOFMANN (FN 1), Art. 257 N 11 m.Verw. auf BGer, 4A_184/2015, 11.8.2015, E. 4.2.1; DANIEL STAEHELIN/EVA BACHOFNER, Verfahrensarten, in: Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht: Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2019, § 21 N 54 m.w.Verw.; JENT-SØRENSEN (FN 2), Art. 257 ZPO N 7 m.w.Verw.; GÖKSU (FN 1), Art. 257 ZPO N 11 m.w.Verw.; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER (FN 2), Art. 257 ZPO N 9 m.w.Verw.

dingungen in einer rechtskräftigen Baubewilligung zu einem formell im Grundbuch eingetragenen Fuss- und Fahrwegrecht *kollisionsrechtliche* Fragen aufwirft, worüber im Verfahren nach Art. 257 ZPO allerdings nicht zu entscheiden ist.⁹ Nicht unvermutet war das Obergericht des Kantons Thurgau sichtlich bestrebt, diese *materiell-rechtliche* Fragestellung offenzulassen, war doch deren Beantwortung für die Entscheidung des hier zu beurteilenden Falls nicht massgeblich.

Die methodische Herangehensweise der Berufungsinstanz überzeugt hingegen nicht, lässt sich doch das Erfordernis der eindeutigen Rechtslage erst durch die Bewältigung der sich aus diesem Spannungsverhältnis ergebenden Konflikte herleiten. Bedenken sind zudem hinsichtlich der dogmatischen Verslossenheit des Obergerichts vor Wechselwirkungen zwischen öffentlichem (Bau-)Recht und Privatrecht sowie der fiktiven und nicht aufrechtzuerhaltenden Trennung derselben zu äussern. So erweist sich insbesondere die von der Berufungsinstanz vertretene Auffassung unter E. 4b, wonach «öffentlich-rechtliche Bauvorschriften mit einer Dienstbarkeit nicht ausser Kraft gesetzt werden können¹⁰ und sich eine Baubewilligungsbehörde nur ausnahmsweise mit Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit befasst», in dieser allgemeinen sowie absoluten Art als unzutreffend, weshalb sie in mehrfacher Hinsicht einer differenzierte(re)n Betrachtung bedarf.

1. Wechselwirkungen zwischen öffentlichem Bau-recht und zivilrechtlichen Grunddienstbarkeiten als rechtliche Realität

Der Auffassung der Berufungsinstanz liegt die rechtliche Fiktion zugrunde, wonach sich die Rechtswissenschaft durch traditionelle Grenzen rechtlicher Disziplinen klar unterteilen liesse. Diesem traditionellen Dualismus wusste bereits FRITZ FLEINER 1928 zu entgegnen: «Oeffentliches Recht und Privatrecht sind durch keine Kluft getrennt. Im Rechtsleben *durchdringen* und *ergänzen sie sich gegensei-*

tig» [Hervorhebung nur hier].¹¹ So betrachtet darf sich die Rechtsprechung bei Dienstbarkeitsstreitigkeiten wie der vorliegenden nicht durch traditionelle Grenzen der Rechtsgebiete beirren lassen, sondern muss die Rechtsordnung vielmehr aus einer ganzheitlichen Perspektive heraus betrachten.¹² Diese Überlegungen sollen hier als Entgegnung zur genannten Auffassung der Berufungsinstanz genügen.

2. Berücksichtigung von zivilrechtlichen Grunddienstbarkeiten im Baubewilligungsverfahren

Nach der (nicht näher belegten) Auffassung der Berufungsinstanz werden zivilrechtliche Dienstbarkeiten von der zuständigen Baubehörde im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens in der Regel nicht berücksichtigt (vgl. E. 4b *e contrario*). Dem ist insoweit beizupflichten, als eine Baubewilligung nach Art. 22 Abs. 3 RPG zu erteilen ist, wenn eine Baute oder Anlage den öffentlich-rechtlichen Bau- und Nutzungsvorschriften des eidgenössischen und des kantonalen Rechts entspricht.¹³ Mit anderen Worten werden Baugesuche durch die zuständige Baubehörde im Grundsatz ausschliesslich nach *öffentlich-rechtlichen* Kriterien beurteilt. Deshalb können Baubewilligungen im potentiellen Widerspruch zu einer im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit stehen.¹⁴ An diese Problemlage knüpft das von SACHA VALLATI in seiner Dissertation entwickelte «Dienstbarkeits-Bereinigerungsverfahren» an, welches zur

⁹ Eine Kollision zwischen dem Fuss-/Fahrwegrecht und öffentlichen Bauvorschriften ergab sich vorliegend, weil das bewilligte Bauvorhaben der Berufungsklägerin die ungestörte Ausübung der früher eingeräumten Nutzungsrechte durch die Dienstbarkeitsberechtigten beeinträchtigte.

¹⁰ Diese Erwägung des Obergerichts des Kantons Thurgau stützt sich ausschliesslich auf eine einzelne Quelle (BGer, 5C.213/2002, 7.2.2003, E. 3.2 m.w.Verw.). Sie scheint bei genauerer Betrachtung auf den vorliegenden Fall bedingt übertragbar zu sein, weil der strittigen Dienstbarkeit (Aussichtsservitut) keine zwingenden Vorschriften des Bau- und Planungsrechts entgegenstanden (vgl. a.a.O.). Die Gewährleistung der Verkehrssicherheit als öffentlich-rechtliches Erfordernis ist (nach wohl unbestrittener Ansicht) demgegenüber zwingender Natur.

¹¹ FRITZ FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. A., Tübingen 1928, 59. In überzeugender Weise relativieren Stimmen im Schrifttum den Dualismus von öffentlichem Baurecht und Privatrecht. Vgl. hierzu MIKE GESSNER, Das nichtstreitige sowie das streitige Baubewilligungsverfahren in der Schweiz und ausgewählte Vorschläge zur Verfahrensoptimierung, Diss. St. Gallen 2001, 175 ff.; PETER LIVER, Die Aufhebung und Ablösung von Servituten im schweizerischen Recht (Art. 736 ZGB), ZBGR 1961, 1 ff. (zit. LIVER, Aufhebung), 21; SACHA VALLATI, Dienstbarkeiten und Bauvorhaben: Analyse und Lösung von Konflikten zwischen Bauherren und dienstbarkeitsberechtigten oder -belasteten Dritten, Diss. Zürich 2020, Zürich/Basel/Genf 2021, N 13 ff. Vgl. sodann im Kontext des Nachbarrechts PASCAL ECKENSTEIN, Spannungsfelder bei nachbarrechtlichen Klagen nach Art. 679 ZGB: Unter besonderer Berücksichtigung von Art. 679 Abs. 2 und Art. 679a E-ZGB, Diss. Zürich 2010, 24 ff.

¹² Vgl. hierzu BGE 139 III 404 E. 7.4.2.

¹³ Vgl. ALEXANDER RUCH, Art. 22 RPG N 11, in: Heinz Aemisegger/Pierre Moor/Alexander Ruch/Pierre Tschannen (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, Zürich/Basel/Genf 2020; BERNHARD WALDMANN/PETER HÄNNI, Stämpfli Handkommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 22 RPG N 64 f.; MISCHA BERNER, Die Baubewilligung und das Baubewilligungsverfahren: Unter besonderer Berücksichtigung des luzernischen Rechts, Diss. Bern 2009, Zürich/St. Gallen 2009, 88 m. Verw.

¹⁴ Vgl. PETER LUDWIG/BEAT STALDER, Enteignungsrecht, Formelle Enteignung, in: Markus Müller/Reto Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 3. A., Bern 2021, 589 ff., 613 f.; VALLATI (FN 11), N 90.

Optimierung der Prozessökonomie bei Dienstbarkeitsstreitigkeiten beitragen soll.¹⁵

Nicht unberücksichtigt darf allerdings bleiben, dass Baubehörden befugt sind, den Umfang und Inhalt einer Grunddienstbarkeit im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens *vorfrageweise* zu klären, wobei eine gewisse Zurückhaltung der Verwaltungsbehörde bei der Überprüfung solcher Fragen angezeigt ist.¹⁶ Demgegenüber ist die zuständige Baubehörde (sogar) *verpflichtet*, eine Dienstbarkeit im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens zu berücksichtigen, wenn sie eine notwendige Voraussetzung für die Bewilligungsfähigkeit eines Bauvorhabens bildet.¹⁷

Mit guten Gründen darf daher bezweifelt werden, ob die unter E. 4b vertretene Auffassung der Berufungsinstanz zutreffend ist. Vielmehr hätte die zuständige Baubehörde im Baubewilligungsverfahren entscheiden müssen, ob und inwiefern die strittige Grunddienstbarkeit dem öffentlich-rechtlichen Erfordernis der Verkehrssicherheit genüge, vermag doch eine private Zufahrtsstrasse, die nicht verkehrssicher ist, den Anforderungen einer hinreichenden Erschliessung nicht gerecht zu werden.¹⁸

3. Untergang oder Beschränkung einer zivilrechtlichen Grunddienstbarkeit aus Gründen des öffentlichen (Bau-)Rechts

a. Infolge einer rechtskräftigen Baubewilligung

Das ZGB normiert mit Art. 734–736, Art. 739, Art. 742 sowie Art. 743 Möglichkeiten, mit denen ein Dienstbarkeitsbelasteter eine Anpassung einer Grunddienstbarkeit an veränderte Verhältnisse bis hin zu deren Löschung verlangen kann.¹⁹ Diese Tatbestände regeln den Untergang bzw. die Beschränkung einer Grunddienstbarkeit aus Gründen des öffentlichen Baurechts nicht.²⁰ Das ZGB regelt allerdings die Gründe für den Untergang oder die Beschränkung einer Grunddienstbarkeit nicht abschliessend. Folglich können Grunddienstbarkeiten wie das hier strittige Fuss- und Fahrwegrecht (entgegen der Auffassung der Berufungsinstanz) durch *Enteignung* oder durch *andere Gründe des öffentlichen Rechts* untergehen bzw. beschränkt werden.²¹ So lässt sich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entnehmen, dass der Ablösung²² von Dienstbarkeiten im Rahmen eines gesetzlich normierten Quartierplanverfahrens (neben der privatrechtlichen Ablösung i.S.v. Art. 736 ZGB infolge Wegfalls des Interesses des Dienstbarkeitsberechtigten)²³

¹⁵ Vgl. VALLATI (FN 11), N 16 und N 587 ff. Der von ihm vertretene Ansatz der *koordinierten* Verfahrenslösung bei Dienstbarkeitsstreitigkeiten offenbart die verfahrensrechtlichen Defizite des Dualismus im kontinentaleuropäischen Rechtskreis bei Dienstbarkeitsstreitigkeiten in ganz grundsätzlicher Weise und kann als Fortentwicklung der herkömmlichen Dogmatik gedeutet werden.

¹⁶ Vgl. RUCH (FN 13), Art. 22 RPG N 12 u.a. m.Verw. auf BGer, 1C_237/2010, 30.8.2010, E. 2.4.2: «Die vorfrageweise Prüfung zivilrechtlicher Fragen durch Verwaltungsbehörden ist zulässig, wobei sich diese in Zurückhaltung zu üben haben. Die Auslegung eines zivilrechtlichen Vertrags durch eine Verwaltungsbehörde wird nach der im Kanton Zürich geltenden Praxis als zulässig erachtet, wenn der *Vertragsinhalt leicht feststellbar* ist und sich ein *unzweifelhaftes Resultat* ergibt. Eine Pflicht, zivilrechtliche Vorfragen zu entscheiden, besteht nicht [...]» [Hervorhebungen nur hier]. Vgl. sodann BGer, 1C_246/2015, 4.3.2016, E. 2.1: «Ob die zivilrechtliche Ordnung diesem öffentlich-rechtlichen Erfordernis [gemeint ist hier die hinreichende Erschliessung des Baugrundstückes] genüge, habe die Baubewilligungsbehörde bei der Prüfung des Baugesuchs zu entscheiden. Sei der (entsprechende) *Inhalt der Dienstbarkeit nicht leicht feststellbar* und ergebe die *Auslegung kein unzweifelhaftes Resultat*, sei die Baubewilligung zu verweigern, bis sich die Bauherrschaft – nötigenfalls mit Hilfe eines Zivilgerichts – einen hinreichenden Ausweis über ihre Berechtigung am Zufahrtsgrundstück verschafft habe» [Hervorhebungen nur hier]. Vgl. ferner BGE 139 III 404 E. 7.4.2.

¹⁷ Vgl. VALLATI (FN 11), N 107 und N 128 m.w.Verw. auf die Rechtsprechung kantonaler Verwaltungsgerichte.

¹⁸ Vgl. VALLATI (FN 11), N 205 m.w.Verw. auf die (bundesgerichtliche) Rechtsprechung.

¹⁹ Vgl. CHRISTIAN SUTER, *Ausgewählte Rechtsprobleme bei Dienstbarkeiten*, insbesondere im Grundbuchverkehr, Zürich/Basel/Genf 2015, N 188 m.Verw.; CHK-GÖKSU, Art. 736 ZGB N 1, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK-Verfasser).

²⁰ Auch Art. 974a ff. ZGB sind für die hier interessierende Konstellation kaum einschlägig.

²¹ Vgl. JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, *Sachenrecht*, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2017, N 1315. So auch HANS MICHAEL RIEMER, *Die beschränkten dinglichen Rechte: Dienstbarkeiten, Grund- und Fahrnispfandrechte, Grundlasten*, 2. A., Bern 2000, 62 f. m.w.H.; PETER LIVER, *Die Löschung infolge Untergangs des dinglichen Rechts*, ZBGR 1958, 321 ff. (zit. LIVER, *Löschung*), 323 m.w.H. Das im Grundbuch eingetragene Dienstbarkeitsverhältnis ist ausschliesslich dinglicher Natur, weshalb Rechtsfiguren des Vertragsrechts (z.B. nachträgliche, unverschuldete Unmöglichkeit nach Art. 119 OR oder *clausula rebus sic stantibus*) nicht zum Untergang einer im Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeit führen. Vgl. MATTIA TONELLA, *Die Löschung einer bedeutungslos gewordenen Dienstbarkeit*, ZBGR 2003, 198 ff., 204; LIVER, *Aufhebung* (FN 11), 3 f.

²² Diese Terminologie ist sprachlich verwirrend, weil sie suggeriert, dass eine zivilrechtliche Grunddienstbarkeit aus Gründen des öffentlichen (Bau-)Rechts gemäss Art. 736 ZGB untergeht, nachdem durch richterliches Urteil deren Untergang festgestellt wurde. Dem ist freilich nicht so, wie noch zu zeigen sein wird. Hier wird daher i.d.R. der Begriff des Untergangs gebraucht, der sich im (jüngeren) Schrifttum ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 736 ZGB durchzusetzen scheint.

²³ Vgl. RIEMER (FN 21), 63 ff.; JÖRG SCHWARZ, *Änderungen bei Dienstbarkeiten: Insbesondere Fragen der Identität und Mehrbelastung*, in: Jörg Schmid (Hrsg.), *Dienstbarkeiten: Referate der Luzerner Weiterbildungsveranstaltung vom 13. September 2016*, Zürich/Basel/Genf 2017, 96 ff.; TONELLA (FN 21), 229 ff. m.w.H. zu gesetzli-

eigenständiger Charakter zukommt.²⁴ Diese Überlegungen scheinen aus rechtsdogmatischer Sicht auf Baubewilligungsverfahren übertragbar.²⁵ Der Untergang einer Grunddienstbarkeit wie des vorliegenden Fuss- und Fahrwegrechts durch eine rechtskräftige Baubewilligung ist demnach nach der hier vertretenen Auffassung möglich, soweit hierfür eine (hinreichend bestimmte) gesetzliche Grundlage besteht, wird doch dem Dienstbarkeitsberechtigten durch den Untergang eines beschränkten dinglichen Rechts ein durch die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) geschütztes Recht entzogen.²⁶ Negativ gewendet können daher zivilrechtliche Grunddienstbarkeiten durch zwingende Vorschriften des öffentlichen Baurechts, die in einer rechtskräftigen Baubewilligung individuell-konkret angeordnet werden, untergehen bzw. beschränkt werden, bildet die Verkehrssicherheit, die im öffentlichen Interesse liegt und allfällig privaten Interessen des Dienstbarkeitsberechtigten i.d.R. vorgeht, doch eine wesentliche Anforderung für eine hinreichende Erschliessung.²⁷ So lässt sich nicht bestreiten, dass zwingende Vorschriften des öffentlichen Baurechts widersprechenden Vereinbarungen des Privatrechts vorgehen müssen, könnten Private doch andernfalls zwingende Normen des öffentlichen (Bau-)Rechts durch privatrechtliche Absprachen umgehen.²⁸

Die Bedingung in der rechtskräftigen Baubewilligung war insoweit auslegungsbedürftig, als unklar blieb, ob das Fuss- und Fahrwegrecht einseitig beschränkt oder das Fahrwegrecht durch die rechtskräftige Baubewilligung materiell-rechtlich beseitigt wurde. Letzteres wirft die Frage auf, ob ein solches Fahrwegrecht *ausserbuchlich* untergeht und damit die Löschung im Grundbuch desselben lediglich deklaratorischen Charakter hat.²⁹ Nach überzeugender Auffassung von PETER LIVER gehen Grunddienstbarkeiten in solchen Konstellationen wie der hier interessierenden *ausserbuchlich* unter, weil das beschränkte dingliche Recht *materiell-rechtlich* wirkungslos geworden ist, formell jedoch im Grundbuch noch eingetragen ist.³⁰ Der Dienstbarkeitsberechtigte kann in Analogie zu Art. 963 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 131 Abs. 1 GBV³¹ die Löschung bzw. Änderung der Grunddienstbarkeit von sich aus erwirken, wenn er «sich auf eine Gesetzesvorschrift, auf ein rechtskräftiges Urteil oder eine dem Urteil gleichwertige Urkunde zu berufen vermag», wozu rechtskräftige Verfügungen zu zählen sind.³²

Verfahrensrechtlich rückt hier die Frage ins Zentrum, ob die zuständige (Bau-)Behörde de jure dazu verpflichtet gewesen wäre, neben der Baubewilligung eine separate *Ablösungsverfügung* zu erlassen.³³ Die Frage ist wohl zu bejahen,³⁴ weil die Baubewilligung und die Ablösungsverfügung andere Regelungsbereiche erfassen mit je unterschiedlichen Rechtsverhältnissen und Verfügungsad-

chen Eigentumsbeschränkungen; LIVER, *Aufhebung* (FN 11), 10 ff.; ROLAND PFÄFFLI, *Entwicklungen im Sachenrecht und Bodenrecht*, SJZ 2011, 54 ff., 57.

²⁴ Vgl. BGer, 5.4.1994, in: ZBGR 1996, 53 ff., 57; bestätigt durch BGer, 26.6.1998, in: ZBGR 2000, 142 ff., 143 m.w.Verw., wobei bei Letzterem das Bundesgericht präzisierend festhielt, dass die Beseitigung oder Beschränkung von Dienstbarkeiten (im Rahmen eines Quartierplanverfahrens) «qualifizierte, konkrete öffentliche Interessen» voraussetzt.

²⁵ Vgl. LIVER, *Löschung* (FN 21), 323, der von «in der öffentlich-rechtlichen Baugesetzgebung ausgebildete[n] Verfahren» spricht, wozu neben Nutzungsplan- auch Baubewilligungsverfahren gehören.

²⁶ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Untergang einer Dienstbarkeit im Rahmen eines Quartierplanverfahrens auch ohne «ausdrückliche gesetzliche Grundlage» zulässig [Hervorhebung nur hier]. Vgl. BGer, 5.4.1994, in: ZBGR 1996, 53 ff., 56 m.w.Verw. auf Lehre und Rechtsprechung. Gewisse Kantone sehen in ihren Baugesetzen explizit eine gesetzliche Grundlage zur Beseitigung oder Beschränkung von bahindernden Dienstbarkeiten im Rahmen eines Nutzungsplanverfahrens vor. Vgl. hierzu URS HOFSTETTER-ARNET/DOMINO HOFSTETTER/STEFAN MUNDHAAS, *Verdichtet bauen – Dienstbarkeiten beseitigen*, SJZ 2019, 335 ff., 341 ff.

²⁷ In diesem Sinne wohl auch BGer, 5.4.1994, in: ZBGR 1996, 53 ff., 56: «So sind beispielsweise Wegrechte aufzuheben, soweit neue, den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Erschliessungsstrassen an die Stelle der bisher privatrechtlich gesicherten Zufahrtswege treten.»

²⁸ In diesem Sinne auch im Kontext von ehehaften Wasserrechten MARTIN FÖHSE, *Wasserrecht – Eigentumsgarantie: Urteilsbesprechung zu BGer 1C_631/2017 vom 29. März 2019*, ZBI 2019, 436 ff., 445.

²⁹ Vgl. zu dieser Fragestellung RIEMER (FN 21), 65 f. m.w.H.

³⁰ Vgl. LIVER, *Löschung* (FN 21), 322 und 326 ff., der pointiert anmerkt: «Aber je stärker seine Rechtskraft [gemeint ist das Grundbuch] ist und je umfassender sein Publizitätsmonopol ausgestaltet ist, desto grösser ist die Gefahr, dass die Form ihre eigene Existenz gewinnt und sie behauptet, auch wenn sie leer geworden ist, weil der Rechtsinhalt durch Veränderungen, die sich *ausserbuchlich* vollzogen haben, ihr entschwunden ist. Der formelle Rechtsbestand verselbstständigt sich und entspricht dem materiellen Rechtsverhältnis nicht mehr» (a.a.O., 340 f.).

³¹ So gelten die in Art. 963 ZGB statuierten Grundsätze per analogiam auch für die Löschung (vgl. Art. 131 Abs. 1 GBV). Vgl. zudem CHK-DEILLON-SCHIEGG (FN 19), Art. 964 ZGB N 11 m.Verw.; BSK ZGB II-SCHMID, Art. 963 N 2 und Art. 964 N 15 m.w.Verw., in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), *Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar*, 6. A., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-Verfasser).

³² Vgl. LIVER, *Löschung* (FN 21), 326.

³³ Die hier interessierende Baubewilligung weist ein gewisses Näheverhältnis zu einer sog. «drittbelastenden Verfügung» auf, weil der Dienstbarkeitsberechtigte durch die Bedingung in der Baubewilligung ebenfalls berührt wird, ohne dass die Baubewilligung dem Dienstbarkeitsberechtigten unmittelbar Rechte einräumt oder Pflichten auferlegt. Vgl. hierzu RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, *Öffentliches Prozessrecht: Grundlagen und Bundesrechtspflege*, 3. A., Basel 2014, N 850 und N 1100.

³⁴ Vgl. LUDWIG/STALDER (FN 14), 614.

ressaten. So beschränkt die vorliegend interessierende Baubewilligung die Ausübung des Grundeigentums durch den Dienstbarkeitsbelasteten und damit die Einräumung von beschränkten dinglichen Rechten, wohingegen eine Ablösungsverfügung das Recht des Dienstbarkeitsberechtigten auf Ausübung des beschränkten dinglichen Rechts (z.B. eines Fuss- und Fahrwegrechts) einschränkt. Für den Erlass zweier Verfügungen spricht zudem, dass die (gerichtliche) Überprüfung der durch die Verfügungen erfassten Regelungsbereiche unterschiedlichen Rechtswegen folgen kann. Schliesslich darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass eine allfällige Enteignung der Grunddienstbarkeit bzw. deren Beschränkung gegenüber dem Dienstbarkeitsberechtigten separat zu verfügen ist, wie sogleich zu zeigen ist.³⁵

b. Infolge Enteignung oder öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkung

Eine Grunddienstbarkeit kann sodann durch Enteignung untergehen oder durch eine (polizeilich motivierte) Eigentumsbeschränkung materiell-rechtlich begrenzt werden.³⁶ Vorliegend wird eine gewisse Analogie zum Rechtsinstitut der *materiellen Enteignung* sichtbar,³⁷ weil das Recht auf

Ausübung der hier interessierenden Grunddienstbarkeit durch die rechtskräftige Baubewilligung teilweise entzogen wurde. Eine materielle Enteignung liegt nach steter Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, «wenn einem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch seines Grundeigentums *untersagt* oder *besonders stark eingeschränkt* wird» [Hervorhebung nur hier] (als erste Tatbestandsvariante der materiellen Enteignung bezeichnet).³⁸ Ob eine materielle Enteignung (in Abgrenzung zur entschädigungslos hinzunehmenden Eigentumsbeschränkung) vorliegend anzunehmen ist, hängt dabei von der Eingriffsintensität der Eigentumsbeschränkung ab.³⁹ Massgebend ist demzufolge, ob sich die durch die rechtskräftige Baubewilligung eingetretene Eigentumsbeschränkung für den Dienstbarkeitsberechtigten *enteignungsähnlich* auswirkt.⁴⁰ Die Frage ist vorliegend zu verneinen, weil die rein polizeilich motivierte Beschränkung der Grunddienstbarkeit als nicht schwerwiegend zu gelten hat, zumal das Grundstück des Dienstbarkeitsberechtigten im vorliegend interessierenden Fall hinreichend über eine öffentliche Strasse erschlossen ist, weshalb die damit einhergehende Eigentumsbeschränkung *entschädigungslos* vom Dienstbarkeitsberechtigten zu dulden ist.⁴¹

Vor diesem Hintergrund ist die Bedingung in der rechtskräftigen Baubewilligung als entschädigungslos hinzunehmende (polizeilich motivierte) Eigentumsbeschränkung zu deuten, die zum Untergang des Fahrwegrechts bzw. zur Beschränkung der Grunddienstbarkeit führte. Nach Art. 702 ZGB ist das Gemeinwesen nämlich berechtigt, solche öffentlich-rechtlichen Beschränkungen des Grundeigentums

³⁵ Wird der Dienstbarkeitsbelastete nach Vollzug der rechtskräftigen Baubewilligung infolge Behinderung der Ausübung der Grunddienstbarkeit auf dem Zivilrechtsweg verklagt, so ist zu klären, ob der Dienstbarkeitsbelastete der verfügenden Behörde den Streit i.S.v. Art. 78 ff. ZPO verkünden kann. Für diesen Hinweis betreffend Streitverkündung i.S.v. Art. 78 ff. ZPO sei MLaw SELINA GRASS, Rechtsanwältin und öffentliche Urkundsperson bei sartorial rechtsanwälte ag, herzlich gedankt.

³⁶ Vgl. FN 21. Das Gemeinwesen kann eine Grunddienstbarkeit wie die vorliegende enteignen, indem eine bestehende Dienstbarkeit aufgehoben wird, bilden doch beschränkte dingliche Rechte (neben dem Grundeigentum) ein selbstständiges Objekt einer Enteignung. Vgl. hierzu BGer, 5.4.1994, in: ZBGR 1996, 53 ff., 55; BGE 102 Ib 173 E. 1. Vgl. zudem FRANZ KESSLER COENDET, Formelle Enteignung, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch: Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, 1065 ff., N 26.17 ff.; HOFSTETTER-ARNET/HOFSTETTER/MUNDHAAS (FN 26), 343; MEINRAD HUSER, Baubeschränkungen und Grundbuch, BR 2016, 197 ff., 199 m.Verw.; LUDWIG/STALDER (FN 14), 613 ff.

³⁷ Es kann freilich dahingestellt bleiben, ob der teilweise Untergang der strittigen Grunddienstbarkeit im Wege eines formellen Enteignungsverfahrens hätte stattfinden müssen. Gegen eine formelle Enteignung spricht, dass es vorliegend an einer Übertragung des Rechts auf Ausübung des Fuss- und Fahrwegrechts auf den Enteigner (Gemeinde) fehlt. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass *ausnahmsweise* – z.B. bei einer (formellen) Enteignung eines Wegrechts – das Recht nicht über-, sondern untergeht. Vgl. hierzu GIOVANNI BIAGGINI, BV: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. A., Zürich 2017, Art. 26 BV N 24 m.Verw.; KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH/JENS LEHNE, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung: Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4. A., Bern 2006, § 6 N 47 m.H.

TONELLA (FN 21), 208, erblickt in der formellen Enteignung einer Dienstbarkeit oder des mit ihr belasteten Grundstückes eine «externe[...] Ursache[...] des Unterganges einer Dienstbarkeit».

³⁸ Vgl. BGE 140 I 176 E. 9.5 m.Verw. auf BGE 131 II 728 E. 2.

³⁹ Vgl. BERNHARD WALDMANN, Materielle Enteignung, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch: Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, 1115 ff., N 27.14 ff.; KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH, Art. 26 BV N 67, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2014.

⁴⁰ Vgl. LUDWIG/STALDER (FN 14), 590 f., die darauf hinweisen, dass die materielle Enteignung nicht das Ziel, «sondern *Sekundärwirkung* eines auf andere Ziele – nämlich die Umsetzung einer verfassungs- und gesetzeskonformen Raumordnung – gerichteten Hoheitsaktes» sei [Hervorhebung nur hier].

⁴¹ Im Ergebnis gleich, jedoch mit einer anderen Begründung TONELLA (FN 21), 226. Vgl. aber BGE 106 Ia 94 E. 3 m.Verw. Vgl. für mögliche Ausnahmen vom Grundsatz der Entschädigungslosigkeit von Eigentumsbeschränkungen polizeilicher Natur VALLENDER/HETTICH (FN 39), Art. 26 BV N 62 u.a. m.Verw. auf BGE 96 I 350 E. 4. Dieser Grundsatz gilt ohnehin nur für jene polizeilich motivierten Massnahmen, die sich gegen den Störer richten und verhältnismässig sind. Vgl. dazu WALDMANN (FN 39), N 27.29.

zu erlassen, um klassische Polizeigüter (z.B. öffentliche Sicherheit und Ordnung) zu wahren.⁴² Derartige Eigentumsbeschränkungen sind allerdings nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sind.⁴³

⁴² Vgl. SUTER (FN 19), N 120 m.Verw. Ein allfälliger «Lex-specialis-Vorrang» der Vorschriften des öffentlichen Baurechts, die zu öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen führen, kann sich aus den Grundsätzen der Rechtsanwendung ergeben, deren Anwendung Ermessens- und Billigkeitserwägungen des zuständigen Gerichts voraussetzt, wofür aber im Verfahren nach Art. 257 ZPO kein Platz besteht (vgl. a.a.O.). Art. 702 ZGB legt für Eigentumsbeschränkungen den Grundsatz fest, wonach öffentliches Recht widersprechendem Privatrecht vorgeht und nicht umgekehrt. Vgl. dazu CHK-GÖKSU (FN 19), Art. 702 ZGB N 2 m.Verw. auf BGE 127 III 90 E. 3b.

⁴³ Vgl. BSK ZGB II-REY/STREBEL (FN 31), Art. 702 N 8 m.w.Verw.