

Die Anweisung ist deshalb nur für laufende und zukünftige, nicht aber für verfallene Beiträge zuzulassen. Für letztere steht der Betreuungsweg offen.

KGP 6.7.2001

3379

Baurecht. Rechtsmissbräuchliche Berufung auf Formungültigkeit. Verspätete Ausübung des vorzeitigen Heimfallrechtes (Art. 2, 779f ZGB)

Sachverhalt:

Im Jahre 1949 schloss X. mit der damaligen Eigentümerin der Liegenschaft Nr. a in Y. einen Baurechtsvertrag ab, wonach er berechtigt war, eine Benzintanksäule und einen unterirdischen Tank mit einem Volumen von ca. 2500 Litern zu erstellen. Dieses Baurecht war unbestimmt, übertragbar und vererblich ausgestaltet. Am 19. April 1967 schloss die Firma X. & Co. einen neuen Baurechtsvertrag ab. Dieser sah die Erstellung eines Tanks mit 13'000 Litern Inhalt und verschiedene oberirdische Tankstelleneinrichtungen vor. Auch dieses Baurecht wurde auf unbestimmte Zeit, übertragbar und vererblich ausgestaltet. Gleichentags kam es auch zum Abschluss eines obligationenrechtlichen Benzinlieferungs-/bzw. Tankstellenpachtvertrages. In der Folge wechselte die Liegenschaft mehrmals den Eigentümer. Die Tankstelle wurde bis 1985 betrieben. Im Juni 1988 wurde die Tankstelle durch das Amt für Umweltschutz auf dem Wege einer Ersatzvornahme ausser Betrieb gesetzt. Am 14. September 1990 erwarb Z. die Liegenschaft. Er verlangte die Ablösung des Baurechtes und die Entfernung der Tankanlage. Es kam dann zum Abschluss eines Vergleiches, doch konnte über den Verbleib der unterirdischen Tankanlage keine Einigung erzielt werden. Z. erhob Klage auf Übertragung der auf der Liegenschaft Nr. a lastenden Baurechte an ihn und auf Entfernung der installierten Tankanlage, blieb mit seinem Begehren aber erfolglos.

Aus den Erwägungen:

1. In der Klageschrift behauptet der Kläger, das dauernde und selbständige Baurecht sei nicht gültig zustande gekommen. Sollte tatsächlich kein Baurecht zustande gekommen sein, macht eine Ablösung - wie im Rechtsbegehren gefordert - allerdings keinen Sinn. Es besteht also ein klarer Widerspruch zwischen Klageschrift und Rechtsbegehren. Weil die Frage über die Existenz eines Baurechtes aber grundlegend ist, hat das Gericht sich damit auseinanderzusetzen.

Nach Art. 779 Abs. 1 ZGB ist ein Baurecht die Dienstbarkeit, welche einer Person das dingliche Recht einräumt, auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten. Auf die Entstehung eines Baurechts (verstanden als Personaldienstbarkeit) finden grundsätzlich die Regeln über die Entstehung der Grunddienstbarkeiten sinngemäss Anwendung (*Schmid*, Sachenrecht, Zürich 1997, N. 1380 ff.): Das heisst erstens, das Baurecht entsteht als dingliches Recht erst mit der Eintragung ins Grundbuch (Art. 731 Abs. 1 ZGB). Zweitens muss der Vertrag auf Errichtung eines Baurechts, der als Rechtsgrund für die Grundbucheintragung gilt, für ein selbständiges und dauerndes Baurecht gemäss Art. 779a ZGB öffentlich beurkundet werden. Letzteres ist eine Gültigkeitsvoraussetzung. Gemäss Art. 779 I ZGB kann das Baurecht als selbständiges Recht höchstens auf 100 Jahre begründet werden.

2. Verträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt (Art. 11 Abs. 1 OR). Ist über Bedeutung und Wirkung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht etwas anderes bestimmt, so hängt von deren Beobachtung die Gültigkeit des Vertrages ab (Abs. 2). Für die Errichtung von Dienstbarkeiten existieren solche Formvorschriften: In der Regel genügt die einfache Schriftform (Art. 732 ZGB und Art. 19 Abs. 2 GBV, vgl. *Riemer*, Die beschränkten dinglichen Rechte, Bern 2000, N. 5 zu § 11). Für die Errichtung eines selbständigen und öffentlichen Baurechtes behält Art. 779a ZGB jedoch die öffentliche Beurkundung vor.

Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob sich der Kläger auf einen allfälligen Formmangel berufen kann. Art. 2 ZGB besagt, dass jeder in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln hat (Abs. 1). Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Abs. 2).

Vorbehalten bleibt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts stets der Fall, da die Berücksichtigung eines effektiven Formmangels gegen Treu und Glauben verstösst und die Berufung darauf rechtsmissbräuchlich ist. In diesem Fall ist die Formnichtigkeit unter den Parteien unbeachtlich und der Vertrag so zu behandeln, wie wenn er gültig wäre (*Gauch/Schluep/Schmid/Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1998, N. 550). Gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichts ist nach der beidseitigen vollständigen und freiwilligen Erfüllung des mangelhaften Vertrags eine Anrufung des Formmangels rechtsmissbräuchlich (BGE 112 II 111, BGE 116 II 702).

Der Kläger hat die Liegenschaft Nr. a am 14. September 1990 erworben. Am 10. April 1995 haben sich die gleichen Parteien in den gleichen Partei-Rollen wie im vorliegenden Fall vor dem Vermittleramt A. getroffen. Der Kläger stellte damals faktisch das identische Rechtsbegehren wie im vorliegenden Prozess und war durch den gleichen Rechtsanwalt vertreten. Anlässlich des Vermittlungsvorstandes stimmten die Parteien 1995 einem Vergleich zu, in dem sie vorsahen, dass die Baurechtsberechtigte (Beklagte) das Tankstellendach und die Tanksäulensockel abbreche. Zudem erklärte sich die Beklagte mit der Ablösung des Baurechts einverstanden, falls man sich über den Verbleib der unterirdischen Tankanlage einigen könne und bezahlte dem Kläger an seine Kosten einen Betrag von Fr. 1'000.- (inkl. Vermittlungskosten).

Aus heutiger Sicht stellt sich die Frage, ob der Kläger nicht bereits 1995 den Einwand, ein selbständiges und dauerndes Baurecht sei nicht gültig zustande gekommen, hätte zur Sprache bringen müssen. Wird Klage betreffend Ablösung und Löschung eines Baurechtes eingereicht, darf erwartet werden, dass die klägerische Partei - v.a. wenn sie anwaltlich vertreten ist - die Rechtslage eingehend geprüft hat. Dazu gehört nach Ansicht des Gerichts nicht zuletzt auch die Abklärung, ob das dingliche Recht überhaupt gültig entstanden ist. Der heute erstmals eingewendete Formmangel hätte dem Kläger schon anlässlich der ersten Prozessführung 1995 auffallen müssen. Offensichtlich gingen dieser und sein Anwalt damals aber von einem rechtsgültigen Baurecht aus. Ansonsten hätte er sich kaum auf einen Vergleich eingelassen.

Der Kläger hat somit seit dem Kauf des Grundstücks im Jahre 1990 bis zur Klage im Jahre 2001 über zehn Jahre verstreichen las-

sen und die vertraglich fixierte Situation geduldet. Im heutigen Zeitpunkt einzuwenden, das Baurecht sei nicht gültig vereinbart worden, erscheint dem Gericht reichlich verspätet und somit rechtsmissbräuchlich. Dieser Einwand hätte zumindest anlässlich der letzten Vermittlungsverhandlung 1995 eingebracht werden müssen. Tatsächlich hat der Kläger aber einerseits seit dem Kauf seiner Parzelle die Ausübung des Baurechts geduldet und andererseits auch die Leistungen, welche die Beklagte aus dem Vergleich von 1995 schuldete, entgegengenommen. Es liegt also gerade die vom Bundesgericht vorbehaltene Situation vor, in der die Berufung auf einen Formmangel nach der beidseitigen freiwilligen Erfüllung eines Vertrages als rechtsmissbräuchlich betrachtet wird. Ausserdem war für den Kläger beim Kauf der Liegenschaft aus dem Grundbuch ersichtlich, dass ein Baurecht auf der Parzelle lastet. Der Einwand, dass jemand einen Grundbucheintrag nicht gekannt habe, ist ausgeschlossen (Art. 970 Abs. 3 ZGB).

Aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist, dass der Dienstbarkeitsberechtigten ein dauerndes und selbständiges Recht zustehen sollte. Um welche Art Baurecht es sich tatsächlich handelt, kann in casu offen bleiben. Tatsache ist, dass die Verträge von 1949 und 1967 schriftliche Verpflichtungsgeschäfte sind, wie es Art. 732 ZGB für die Errichtung einer Dienstbarkeit fordert. Ein gewöhnliches Baurecht ist somit auf jeden Fall zustande gekommen. Davon geht schliesslich auch der klägerische Rechtsvertreter aus, der in seinem Rechtsbegehren fordert, die Beklagte sei zu verpflichten, ihre Baurechte an den Kläger und Eigentümer zu übertragen.

Zusammenfassend wird der Einwand, das Baurecht sei nicht gültig errichtet worden und demzufolge im Grundbuch zu löschen, vom Gericht als rechtsmissbräuchlich qualifiziert. Somit muss die Frage, ob ein (dauerndes und selbständiges) Baurecht gültig zustande gekommen ist, nicht mehr abgeklärt werden. Vielmehr hat das Gericht dies als gegeben vorauszusetzen.

3. Ausgehend von der Gültigkeit des Baurechtes fordert der Kläger in seinem Rechtsbegehren dessen vorzeitigen Heimfall gemäss Art. 779f ZGB. Dieser lautet: Wenn der Bauberechtigte in grober Weise sein dingliches Recht überschreitet oder vertragliche Verpflichtungen verletzt, so kann der Grundeigentümer den vorzeitigen Heimfall herbeiführen, indem er die Übertragung des Baurechts mit allen Rechten und Lasten auf sich selber verlangt. Das Baurecht ist realobligatorischer Natur. Das Recht, es abzulösen resp. auszuüben, geht auf

einen allfälligen neuen Eigentümer über. Aus dem Wortlaut von Art. 779 f. ZGB darf nicht gefolgert werden, das Heimfallsrecht betreffe nur die Parteien, unter welchen es entstanden ist (*Freimüller*, Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte, Diss., Bern 1967, S. 82).

Der Kläger, der die Parzelle 1990 erworben hat, ist somit theoretisch berechtigt, die Ablösung des 1949 resp. 1967 vereinbarten Baurechts zu verlangen. Vorab gilt es aber abzuklären, ob der Kläger dieses Recht unbeschränkt ausüben kann resp. in welcher Frist es verjährt. In einem weiteren Schritt gilt es allenfalls zu prüfen, ob die Bauberechtigte ihr dingliches Recht tatsächlich in grober Weise überschritten oder vertragliche Verpflichtungen verletzt hat.

Geht man davon aus, dass das Heimfallsrecht einen obligatorischen Anspruch darstellt, hat man es als ein verjährbares Recht zu betrachten und die Verjährungsfrist nach den allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts zu bestimmen. Freilich erscheint die mangels einer besonderen Vorschrift geltende 10-jährige Verjährungsfrist nach Art. 127 OR gegenüber der Frist von 6 Monaten bzw. 2 Jahren nach deutschem Recht als ausserordentlich lang. Es wäre deshalb naheliegend, die Verjährungsfrist der Ansprüche aus unerlaubter Handlung per analogiam anzuwenden (*Freimüller*, Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte, Diss., Bern 1967, S. 82 f.). Eine andere Lösung verdient aber den Vorzug. Das Heimfallsrecht lässt sich gemäss *Freimüller* mit dem Recht, von einem Vertrag zurückzutreten, vergleichen. Wenn man die Ausübung des Heimfallsrechts gleich behandelt wie den Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 und Art. 214 Abs. 3 OR, kommt man zum Ergebnis, dass der Grundeigentümer zur sofortigen Anzeige des Heimfalles ab Kenntnis der groben Verletzung seitens des Bauberechtigten verpflichtet ist (*Freimüller*, a.a.O., S. 83; vgl. *Tuor/Schnyder/Schmid*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage, Zürich 1995, S. 798). Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt *Isler* (Basler Kommentar, Basel 1998, N. 10 zu Art. 779e): Ein allzu langes Dulden des erkennbaren vertragswidrigen Zustandes durch den Grundeigentümer muss seitens des Bauberechtigten im Normalfall als stillschweigende Zustimmung oder doch zumindest als Verzicht auf die Ausübung des Heimfallsrechts erachtet werden.

Für das Gericht steht fest, dass der Heimfallsanspruch des Grundeigentümers innert einer bestimmten Frist ab Kenntnis der dinglichen

oder vertraglichen Verletzung geltend gemacht werden muss. Ob man sich für eine sofortige Anzeigepflicht entscheidet oder ob man dem Grundeigentümer eine einjährige Frist wie bei der Verjährung von unerlaubten Handlungen zugestehen will, spielt vorliegend keine Rolle. Der Kläger hat die Liegenschaft am 14. September 1990 erworben. Anlässlich des Vermittlungsvorstandes vom 10. April 1995, der zu einem Vergleich führte, hat der damalige und heutige Kläger von der damaligen und heutigen Beklagten einen Bericht des Gewässerschutzamtes verlangt. Am Folgetag wurde dem Kläger, wie im Vergleich festgehalten, von der Beklagten eine Kopie der Rechnung für Durchführung der Ersatzvornahme zugestellt. Aus dieser Rechnung geht einerseits hervor, dass der Baurechtsnehmer sich nicht an die vertraglich vereinbarte Tankgrösse hielt. Andererseits ist daraus ersichtlich, dass u.a. verunreinigtes Wasser und diverse (verunreinigte) Treibstoffe speziell entsorgt werden mussten. Spätestens zu diesem Zeitpunkt kannte der Kläger, der anwaltlich vertreten war, nach Meinung des Gerichts genügend Details, um sein Heimfallsrecht auszuüben.

Zusammengefasst hat der Kläger mehr als 10 Jahre nach Kauf der Parzelle a auf vorzeitigen Heimfall des Baurechts der Beklagten geklagt. Selbst wenn man die längste aller möglicher Verjährungsfristen (10 Jahre ab Kaufdatum, Art. 127 OR) anwenden und den Kläger von der Anzeige innert Jahresfrist nach Kenntnismahme der groben Verletzungen befreien würde, hätte er die Frist verpasst. Es kann somit offengelassen werden, wann die absolute Verjährung eintritt.

KGer 5. Abt. 17.12.2001

3380

Arbeitsvertrag. Im Appellationsverfahren gilt ebenfalls der Untersuchungsgrundsatz, doch entbindet dies nicht von der Stellung eines bestimmten Rechtsbegehrens (Art. 343 Abs. 4 OR; Art. 207, 220 Abs. 4, 265 Abs. 2 und 273 Abs. 1 ZPO).