

ZÜRCHER ZEITSCHRIFT FÜR  
ÖFFENTLICHES BAURECHT  
4/2014

**PBG**  
aktuell

## Das Hammerschlagsrecht

**Dominik Bachmann**



Sehr geehrte Damen und Herren

In der letzten Ausgabe in diesem Jahr stellen wir Ihnen ein Recht und ein Verfahren vor, das in Zukunft noch viel zu reden geben wird, nämlich das sogenannte Hammer-schlagsrecht. Es erlaubt einem Bauherrn, das Nachbar-grundstück im Grenzbereich für Bauarbeiten vorüber-gehend zu beanspruchen. Ich bin überzeugt, dass die raumplanerisch erwünschte Verdichtung nach Innen die Diskussion darüber noch intensivieren wird. Das Bauen bis an die nachbarliche Grenze ist zwar ein legitimes Interesse; doch es kollidiert dann mit dem Eigentumsrecht des Nach-barn, wenn dieser für die Bauarbeiten Land hergeben muss, selbst wenn es nur vorübergehender Natur ist. Nicht nur der Bauherr geniesst Eigentums- und Investitions-schutz, sondern auch der Nachbar. Oft ist die nachbarliche Beanspruchung technisch gar nicht nötig, jedoch kosten-mässig hochinteressant, was die Bautätigkeit in Nachbars Garten umso attraktiver macht. Dass der Nachbar jedoch zu einer derartigen Baustellenoptimierung Hand bieten muss, ist unter dem Aspekt der Eigentumsgarantie nicht unproblematisch. Eine extensive Auslegung des Hammer-schlagsrechts geht weiter als «eine Reparatur vornehmen und dazu eine Leiter anstellen, um darauf stehend einen Nagel einzuschlagen.» Mit der Lektüre des Themen-beitrags von Dr. Dominik Bachmann erhalten Sie zum Jahresende wertvolle Informationen zu einem speziellen Thema sowie aus meiner Sicht zu Recht kritische Anmer-kungen zur kantonalen Rechtsprechung. Und: Gute Nach-barn reden eigentlich zuerst miteinander, bevor sie sich gegenseitig das Land abgraben ...

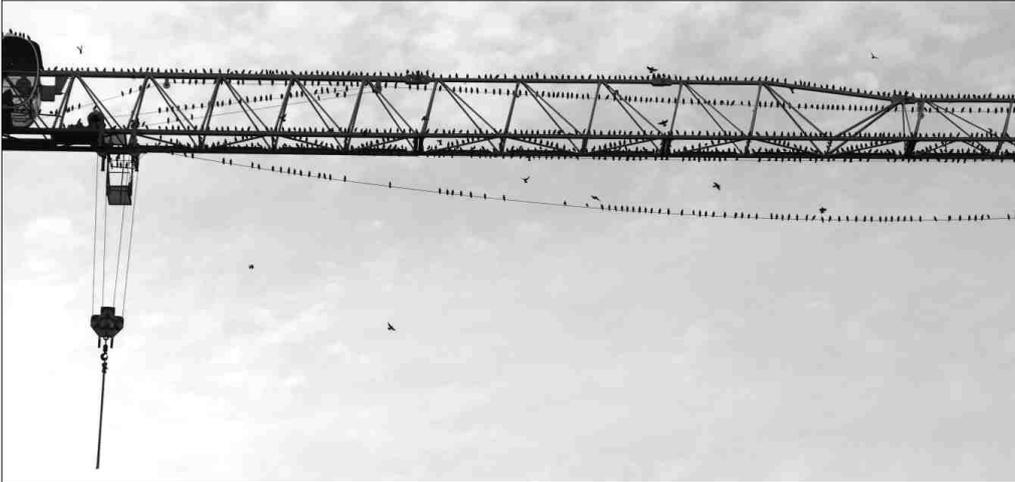
Nun wünsche ich Ihnen und Ihren Angehörigen frohe Fest-tage!

Ihre

Carmen Walker Späh

## Das Hammerschlagsrecht<sup>1</sup>

Dominik Bachmann



### I. Inanspruchnahme von Nachbargrundstücken (§ 229 PBG)<sup>2</sup>

Nicht erst unter dem Schlagwort der Verdichtung, mit dem dies und das neuerdings gerne gerechtfertigt wird, sondern überhaupt seit das Bauen Freude macht, besteht ein oftmals drängendes Bedürfnis der Bauwilligen<sup>3</sup> danach, sich für die Bauzeit auch Grenzbereiche von Nachbargrundstücken dienstbar zu machen, diese insbesondere zur Sicherung von Baugruben anzuböscheln oder mit Ankern zu durchsetzen. In einem jüngeren Entscheid hat das Baurekursgericht gestützt auf § 229 PBG entschieden, es müssten Nachbarn einem Bauwilligen gestatten, auf ihrem Grundstück unter anderem nicht nur eine Bauwand zu erstellen, sondern dieses zum Absenken einer Spund- oder Rühlwand auch abzugraben<sup>4</sup>. Das Urteil widerspricht erklärtermassen<sup>5</sup> der bisherigen Bundesgerichtspraxis<sup>6</sup>.

*«Seit das Bauen Freude macht, besteht ein oftmals drängendes Bedürfnis der Bauwilligen danach, sich für die Bauzeit auch Grenzbereiche von Nachbargrundstücken dienstbar zu machen.»*

Das Recht auf Inanspruchnahme von Nachbargrundstücken nach § 229 PBG ist eine kantonale Ausformung des

*«Das Recht auf Inanspruchnahme von Nachbargrundstücken nach § 229 PBG ist eine kantonale Ausformung des Hammerschlagsrechtes.»*

*«Das Hammerschlagsrecht nimmt in Anspruch, wer an der Aussenwand des eigenen Hauses, das an der Grenze zum Nachbargrundstück steht, eine Reparatur vornehmen und dazu eine Leiter anstellen will, um darauf stehend einen Nagel einzuschlagen.»*

Hammerschlagsrechtes und hat seine Grundlage in Art. 695 ZGB<sup>7</sup>.

## II. Begriff des Hammerschlagsrechts

Der Begriff des Leiter- oder Hammerschlagsrechtes<sup>8</sup> ist sozusagen selbsterklärend: Dieses Recht nimmt in Anspruch, wer an der Aussenwand des eigenen Hauses, das an der Grenze zum Nachbargrundstück steht, eine Reparatur vornehmen und dazu eine Leiter anstellen will, um darauf stehend einen Nagel einzuschlagen. In Art. 695 ZGB ist dieses Recht knapp als eine Befugnis des Grundeigentümers<sup>9</sup> bezeichnet, «zum Zwecke der Bewirtschaftung oder Vornahme von Ausbesserungen und Bauten das nachbarliche<sup>10</sup> Grundstück zu betreten». In der Literatur finden sich ausführlichere Umschreibungen, etwa als Recht, «zum Zwecke der Errichtung, Unterhaltung und Ausbesserung von an oder auf der Grenze stehenden Mauern das anstossende Grundstück vorübergehend in Anspruch zu nehmen, insbesondere es zu betreten, Baumaterialien abzulagern, ein Gerüst aufzustellen und die Abfälle abzuwerfen»<sup>11</sup>, als «die Befugnis, den Boden des Nachbarn zu betreten, um Reparaturen am eigenen Gebäude auszuführen, die Leiter anzulegen, ein Gerüst aufzustellen, auch um eine Einfriedigung zu erstellen, zu reparieren, einen Lebhag zu beschneiden oder Bäume und Sträucher zurückzuschneiden»<sup>12</sup>, oder als «Recht, ein Grundstück zwecks Herstellung, Reinigung oder Reparatur einer Baute oder Anlage zu betreten und vorübergehend Baumaterial abzustellen»<sup>15</sup>.

## III. Das Hammerschlagsrecht im Rechtssystem

### A. (Bundes-) Zivilrecht

#### 1. Nachbarrecht nach Zivilgesetzbuch

Rechtssystematisch ist das Hammerschlagsrecht im Schweizerischen Zivilgesetzbuch angesiedelt, nämlich unter den Beschränkungen des Grundeigentums, genauer im privaten Nachbarrecht von Art. 684 ff. ZGB und hier unter

den Wegrechten. Die Marginalie zu Art. 695 ZGB lautet «Andere Wegrechte».

Das Hammerschlagsrecht verlangt vom Grundeigentümer, einen Eingriff in sein Eigentum zu dulden, es trifft mit dem Grundeigentum also ein privates Recht: Das Hammerschlagsrecht ist eine Privateigentumsbeschränkung<sup>14</sup> und bestimmt den Inhalt des Grundeigentums mit, über das im Grundsatz Verfügungsfreiheit besteht<sup>15</sup>. Das Hammerschlagsrecht ist demnach dem Zivilrecht zuzuordnen<sup>16</sup>. Prägnant formuliert: Zivilrecht ist das Recht auf Privatautonomie<sup>17</sup>. Das Hammerschlagsrecht ist kein öffentliches Recht<sup>18</sup>.

## 2. Kantonale Gesetzgebungskompetenz

Nach der Bundesverfassung wird das Privatrecht vom Bund gesetzt<sup>19</sup>. Die Kantone dürfen privates Recht nur so weit festlegen, als ihnen das Bundesrecht die Kompetenz dazu einräumt. Mit Art. 695 ZGB erfolgt eine solche Kompetenzzuweisung vom Bund an die Kantone: Die Kantone dürfen über das Recht zum Betreten der Nachbargrundstücke eigene Vorschriften erlassen<sup>20</sup>.

Es steht den Kantonen frei, in welcher Art sie das Hammerschlagsrecht formell ordnen wollen; am häufigsten ist es in die Einführungsgesetze zum ZGB, vereinzelt und zunehmend in die kantonalen Baugesetze aufgenommen worden<sup>21</sup>. Auch wenn es in einem Baugesetz geregelt ist, das im Übrigen öffentlichrechtliche Bestimmungen enthält, bleibt das Hammerschlagsrecht ein Institut des privaten Immobiliarsachenrechts<sup>22</sup>.

## 3. Inhalt nach Bundesrecht

Machen die Kantone von der fakultativen Kompetenz zum Erlass von Bestimmungen über das Hammerschlagsrecht keinen Gebrauch<sup>23</sup> und gilt das Hammerschlagsrecht auch nicht nach kantonalem Gewohnheitsrecht<sup>24</sup>, besteht es

*«Das Hammerschlagsrecht ist eine Privateigentumsbeschränkung und bestimmt den Inhalt des Grundeigentums mit, über das im Grundsatz Verfügungsfreiheit besteht.»*

*«Die Kantone dürfen über das Recht zum Betreten der Nachbargrundstücke eigene Vorschriften erlassen.»*

*«Auch wenn das Hammerschlagsrecht in einem Baugesetz geregelt ist, das im Übrigen öffentlichrechtliche Bestimmungen enthält, bleibt es ein Institut des privaten Immobiliarsachenrechts.»*

*«Machen die Kantone von der fakultativen Kompetenz zum Erlass von Bestimmungen über das Hammerschlagsrecht keinen Gebrauch, besteht es gleichwohl in einem minimalen Umfang nach Bundesrecht.»*

*«Ausgeübt werden darf das Hammerschlagsrecht nur auf einem verhältnismässig schmalen Streifen entlang der Grenze.»*

*«Art. 679a ZGB auferlegt dem Nachbarn das Dulden von übermässigen, also das Nachbarrecht verletzenden Bauimmissionen.»*

gleichwohl in einem minimalen Umfang nach Bundesrecht<sup>25</sup>.

Zur Charakteristik des Hammerschlagsrechts nach Zivilgesetzbuch gehören im Wesentlichen, dass es (1) nur zu lasten eines Nachbargrundstückes und (2) nur für gelegentliche, vorübergehende Nutzung beansprucht werden darf, ebenso dass es (3) nicht nur ein Wegrecht (also nicht auf das blosses Traversieren beschränkt) ist, sondern auch das Aufstellen von Gerüsten und das Lagern von Material erlaubt<sup>26</sup>. Ausgeübt werden darf es nur auf einem verhältnismässig schmalen Streifen entlang der Grenze<sup>27</sup>. Was Arbeiten im Untergrund angeht, stellt sich die Frage des Hammerschlagsrechts nur bis auf eine Tiefe und in eine Höhe, die im geschützten Interessenbereich des Nachbarn liegen (Art. 667 ZGB)<sup>28</sup>.

#### 4. Abgrenzungen

##### a. Indirekte Einwirkungen (Rauch, Lärm usw.)

Das Hammerschlagsrecht berechtigt zu einem vorübergehenden direkten Eingriff in das Nachbargrundstück: Die störende Tätigkeit erfolgt auf dem Nachbargrundstück.

Nicht unter dieses Recht fallen hingegen die indirekten Beeinträchtigungen, die ihre Ursache ausserhalb des betroffenen Nachbargrundstückes haben und sich in dieses hinein auswirken (z. B. mit Rauch, Staub, Lärm oder Erschütterungen). Diese Störungen sind nach den Bestimmungen von Art. 679, 679a und 684 ZGB zu behandeln<sup>29</sup>. Beim Bauen steht der neue Art. 679a ZGB im Vordergrund. Die Bestimmung auferlegt dem Nachbarn das Dulden von übermässigen, also das Nachbarrecht verletzenden Bauimmissionen: Der Nachbar kann die Bauarbeiten nicht verbieten lassen und bleibt – sofern eine erhebliche Schädigung erfolgt – darauf beschränkt, Schadenersatz zu fordern<sup>30</sup>. Das Bundesgericht verwendet in diesem Zusammenhang den Begriff der «privatrechtlichen Enteignung»<sup>31</sup>.

Ebenfalls eine indirekte Einwirkung auf das Nachbargrundstück liegt in einer Schädigung des Untergrundes auf dem Nachbargrundstück durch Grabungen und Bauten auf dem Baugrundstück: Diese sind nach Art. 685 ZGB unzulässig, unterliegen aber der Toleranzschranke der Übermässigkeit und betreffen nicht nur unmittelbar benachbarte Grundstücke<sup>52</sup>. Solche Schädigungen fallen nicht unter die Bestimmung von Art. 679a ZGB, nach der sie lediglich Anspruch auf Schadenersatz begründen könnten, denn es fehlen ihnen die Merkmale der Rechtmässigkeit und der Unvermeidbarkeit<sup>55</sup>.

*«Eine indirekte Einwirkung auf das Nachbargrundstück liegt in einer Schädigung des Untergrundes auf dem Nachbargrundstück durch Grabungen und Bauten auf dem Baugrundstück.»*

#### **b. Unmittelbare Nachbarschaft**

Das Hammerschlagsrecht berechtigt zu einem vorübergehenden direkten Eingriff in das Nachbargrundstück.

Es ist der Sinn des Hammerschlagsrechts, dass es einem Grundeigentümer erlaubt, Arbeiten an seiner Grenzbaute oder Grenzvorrichtung auf deren grenznah an das Nachbargrundstück anstossenden Seite auszuführen. Mit dem Hammerschlagsrecht belastet sind deshalb je gegenseitig<sup>54</sup> nur unmittelbar aneinandertossende Grundstücke<sup>55</sup>. Das unterscheidet es beispielsweise von Weg- und Durchleitungsrechten.

Abzulehnen ist die Auffassung, dass auch eine Baupiste durch das ganze oder über mehrere benachbarte Grundstücke hinweg unter das Hammerschlagsrecht fallen kann<sup>56</sup>. Dies deckt sich nicht mit der Zweckbestimmung des Hammerschlagsrechts, das sich nach herrschender Lehre und Praxis auf einen schmalen Landstreifen entlang der Grenze beschränkt, sinnbildlich auf die nötige Distanz für den Fuss einer angestellten Leiter<sup>57</sup> oder nach dem Stand der Technik auch in der Breite eines Baggers, dessen Arm vom Nachbargrundstück in das anders nicht erreichbare oberliegende Grundstück an Hanglage greift<sup>58</sup>. Eine Baupiste ist entweder als öffentlichrechtliche Baustellenerschliessung<sup>59</sup> oder über eine private Durchfahrtsberechtigung zu realisieren.

*«Abzulehnen ist die Auffassung, dass auch eine Baupiste durch das ganze oder über mehrere benachbarte Grundstücke hinweg unter das Hammerschlagsrecht fallen kann.»*

### c. Notrechte

Das Hammerschlagsrecht berechtigt zu einem vorübergehenden direkten Eingriff in das Nachbargrundstück.

*«An die Gewährung dieser Notrechte werden strenge Anforderungen gestellt.»*

*«Ein Recht, auf dem Weg anzuhalten, zu wenden oder zu parkieren, bedarf bei einer Wegrechtsservitut einer besonderen Vereinbarung.»*

Das Zivilgesetzbuch kennt weitere Rechte zur Inanspruchnahme von Drittgrundstücken, die gewährt werden, wenn – das ist Voraussetzung – anders ein Grundstück gar nicht bestimmungsgemäss genutzt und bewirtschaftet werden könnte<sup>40</sup>: Das Durchleitungsrecht («Notleitung»<sup>41</sup>, Art. 691 ZGB), das Notwegrecht (Art. 694) und das Notbrunnenrecht (Art. 710 ZGB). Diese Rechte sind anders als das Hammerschlagsrecht auf Dauer angelegt und greifen deshalb tiefer in das Eigentum an den belasteten Grundstücken ein. Auch hier fällt der Begriff der «privatrechtlichen Enteignung», der deutlich macht, dass an die Gewährung dieser Notrechte strenge Anforderungen gestellt werden müssen<sup>42</sup>. Auch sind sie keine unmittelbaren gesetzlichen Rechte. Das Gesetz räumt den Betroffenen jedoch einen Anspruch auf Einräumung der Rechte ein, der eingeklagt werden kann<sup>43</sup>. Im Falle einer Wegenot, das heisst eines fehlenden Zugangs zu einem Grundstück, ist immer auch zu prüfen, ob der Zugang nicht über öffentlichrechtliche Erschliessungsinstrumente erreicht werden kann, die dem Notwegrecht grundsätzlich vorgehen; auf einen lediglich komfortableren Zugang neben einem bereits bestehenden gibt das Notwegrecht keinen Anspruch<sup>44</sup>.

Die Wegrechte gewähren regelmässig nur das Recht auf Passage, also nicht wie das Hammerschlagsrecht auf ein (auch lediglich vorübergehendes) Abstellen und Lagern von Dingen. Ein Recht, auf dem Weg anzuhalten, zu wenden oder zu parkieren, bedarf bei einer Wegrechtsservitut einer besonderen Vereinbarung<sup>45</sup>.

Entsprechend ihrer Funktion auf Dauer lassen sich diese Weg- und die Notrechte, wiederum anders als das nicht eintragungsfähige<sup>46</sup> Hammerschlagsrecht, als Dienstbarkeiten im Grundbuch eintragen. Sie gelten so ebenfalls gegenüber späteren Erwerbenden des Grundstückes, und die Abwehr-

rechte können auch gegenüber Dritten geltend gemacht werden, sollten diese die Ausübung eines Notrechtes behindern<sup>47</sup>. Damit ein Dienstbarkeitsvertrag diese Wirkung entfalten kann, muss er öffentlich beurkundet und muss die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen werden<sup>48</sup>.

Die Notwendigkeit eines solchen Leitungs-, Weg- oder Brunnenrechts ist eine andere als die «Baunot», die als Begriff im Zusammenhang mit dem Hammerschlagsrecht auch erwähnt wird<sup>49</sup>, das aber kein eigentliches Notrecht ist<sup>50</sup>: Die «Baunot» stellt nicht die Nutzbarkeit eines Grundstückes überhaupt in Frage, sondern besteht nur sporadisch im Zusammenhang mit dem Unterhalt von grenznahen Vorrichtungen oder, noch seltener, mit Neubauten an der Grenze. Anders als die Notrechte kann es auch aus Komfortgründen beansprucht werden, es muss keine anders gar nicht behebbare Notlage vorliegen<sup>51</sup>.

Ein Notrecht, das unter anderem im Zusammenhang mit Bauarbeiten auch gegen den Willen der Nachbarn zur Beanspruchung ihres Grundstückes berechtigen kann, ist mit Art. 701 ZGB gegeben: Danach müssen es Dritte als Eigentümer von Grundstücken dulden, wenn jemand eine drohende grosse Gefahr nur dadurch von sich oder anderen abwenden kann, dass er in deren Grundeigentum eingreift. Voraussetzung ist, dass der drohende Schaden ungleich grösser ist als die Beeinträchtigung des betroffenen Grundstückes.

Anders als das Hammerschlagsrecht richtet sich dieses Gefahrenabwehrrecht nicht nur auf das unmittelbar benachbarte<sup>52</sup>, sondern als ein eigentliches Notstandsrecht<sup>53</sup> auf jedes Grundstück «eines Dritten», das gefährdet ist, von dem Gefahr ausgeht oder das reflexweise von einer Abwehrhandlung betroffen ist<sup>54</sup>. Das Recht ist nicht auf den Zutritt beschränkt, sondern erlaubt den Eingriff in die Substanz. Es steht aber ausschliesslich bei akuter, gegenwärtiger Gefahr zur Verfügung, nicht zur Vermeidung einer lediglich befürchteten Gefährdung<sup>55</sup>, und nur dann, wenn keine anderen Mittel die Abwehr ermöglichen<sup>56</sup>.

*«Die Baunot stellt nicht die Nutzbarkeit eines Grundstückes überhaupt in Frage, sondern besteht nur sporadisch im Zusammenhang mit dem Unterhalt von grenznahen Vorrichtungen oder, noch seltener, mit Neubauten an der Grenze.»*

*«Gemäss Art. 701 ZGB müssen es Dritte als Eigentümer von Grundstücken dulden, wenn jemand eine drohende grosse Gefahr nur dadurch von sich oder anderen abwenden kann, dass er in deren Grundeigentum eingreift.»*

Je nach Konstellation kann das Betreten des Nachbargrundstückes nach Art. 701 ZGB zulässig sein (dann sind weder Mitteilung noch Zustimmung erforderlich) oder unter das Hammerschlagsrecht fallen<sup>57</sup>.

#### d. Mauern auf und über der Grenze

Das Hammerschlagsrecht ist ein Recht zur vorübergehenden Benützung des Nachbargrundstückes.

*«Das Hammerschlagsrecht lässt die Zerstörung von Vorrichtungen auf dem Nachbargrundstück nicht zu.»*

Abgesehen davon, dass das Hammerschlagsrecht die Zerstörung von Vorrichtungen auf dem Nachbargrundstück nicht zulässt, lässt sich der Umgang mit Bauten auf der Grenze (Grenzvorrichtungen) und mit Bauten oder Bauteilen, die vom Baugrundstück auf das Nachbargrundstück ragen und umgekehrt, nicht über das Hammerschlagsrecht lösen. Dazu sind vielmehr die Bestimmungen über den Inhalt des Grundeigentums zu beachten, insbesondere über das Miteigentum an baulichen Vorrichtungen zur Abgrenzung der Grundstücke (Grenzmauern, Brandmauern usw., Art. 670 ZGB) und über die überragenden Bauten (Art. 674 ZGB).

*«Eine Mauer, die ihm nicht (allein) gehört, darf der Eigentümer ohne Zustimmung des (Mit-)Eigentümers weder entfernen noch versetzen.»*

Der Bauwillige kann sich hier also nicht am Nachbarrecht orientieren, sondern muss sich an die Regeln über das Eigentum halten: Eine Mauer, die ihm nicht (allein) gehört, darf er ohne Zustimmung des (Mit-)Eigentümers weder entfernen noch versetzen<sup>58</sup>. Reicht eine Stützmauer, die vom Nachbargrundstück ausgeht und dieses sichert, ins Baugrundstück, kann der Nachbar nicht über das Hammerschlagsrecht verpflichtet werden, den Abbruch der Mauer zu dulden, und nicht dazu gezwungen werden, im Zuge der Wiederherstellung einen Ersatzbau nur noch auf seinem Grundstück hinzunehmen<sup>59</sup>. Auch über eine Brandmauer (in ihrer Substanz) kann ein Bauwilliger nicht nach den Regeln der Inanspruchnahme des Nachbargrundstückes verfügen, und wenn ein kantonales Gesetz einem Bauwilligen gestattet, eine Brandmauer zur Hälfte auf die Grenze zu bauen («halbe Hofstatt»<sup>60</sup>) oder eine Fundamentmauer um ein bestimmtes Mass in das Nachbargrundstück

*«Auch über eine Brandmauer kann ein Bauwilliger nicht nach den Regeln der Inanspruchnahme des Nachbargrundstückes verfügen.»*

ragen zu lassen, handelt es sich nicht um eine Konkretisierung des Hammerschlagsrechtes, sondern um eine solche des Eigentums an Grenzvorrichtungen<sup>61</sup>.

## 5. Hammerschlagsrecht im kantonalen Recht

Erlassen die Kantone Vorschriften zum Hammerschlagsrecht, muss es einerseits in einem bundesrechtskonform minimalen Umfang gewährt werden, darf es aber andererseits nicht so weit gehen, dass Bundesprivatrecht verletzt wird<sup>62</sup>.

Der Rahmen des Hammerschlagsrechts würde nach Bundesgericht überschritten, wenn das Nachbargrundstück auf einer Breite von mehreren Metern beansprucht oder wenn es erhebliche Veränderungen erfahren würde, «wie insbesondere Abgrabungen oder die Zerstörung darauf befindlicher Vorrichtungen»; dies stünde im Widerspruch zum bundesrechtlichen Anspruch auf möglichst ungeschmälernten Genuss des Eigentums<sup>65</sup>.

### B. Umsetzung im Kanton Zürich

Der Kanton Zürich hat vom Vorbehalt nach Art. 695 ZGB Gebrauch gemacht und es findet deshalb das Hammerschlagsrecht nach kantonalem Recht Anwendung<sup>64</sup>. Geregelt ist das Recht in zwei unterschiedlichen Erlassen: Das Recht zum Betreten des Nachbargrundstückes für das Zuschneiden von Grünhecken und die Reparatur von Grenzmauern findet sich in § 179 EGzZGB<sup>65</sup>. Das Zutrittsrecht für Bauarbeiten hingegen ist unter der Marginalie «Inanspruchnahme von Nachbargrundstücken» in § 229 f. PBG statuiert<sup>66</sup>. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit diesem Recht nach § 229 f. PBG.

#### 1. Praxis im Allgemeinen

Nach Baurekursgericht hat sich die Inanspruchnahme in verschiedenen Formulierungen auf das «in tatsächlicher und zeitlicher Hinsicht Notwendige»<sup>67</sup>, auf das «in räumlicher und zeit-

*«Der Kanton Zürich hat vom Vorbehalt nach Art. 695 ZGB Gebrauch gemacht und es findet deshalb das Hammerschlagsrecht nach kantonalem Recht Anwendung.»*

*«Das Zutrittsrecht für Bauarbeiten ist unter der Marginalie «Inanspruchnahme von Nachbargrundstücken» in § 229 f. PBG statuiert.»*

*«Es wird auch die Auffassung vertreten, das Hammerschlagsrecht dürfe nicht nur für das absolut Notwendige beansprucht werden, sondern auch für eine Optimierung des Bauablaufs.»*

*«Auch das Überstreichen eines Grundstückes mit einem Kranarm gilt als «Hammerschlag.»*

*«Der Kranarm greift aber in das Nachbargrundstück und verletzt damit Eigentumsrecht.»*

licher Hinsicht Notwendige»<sup>68</sup> oder auf «das absolut Notwendige»<sup>69</sup> zu beschränken. Dem scheint das Gericht aber in der praktischen Anwendung nicht immer zu folgen<sup>70</sup>. Es wird denn auch die Auffassung vertreten, das Hammerschlagsrecht dürfe nicht nur für das absolut Notwendige beansprucht werden, sondern auch für eine Optimierung des Bauablaufs<sup>71</sup>.

## 2. Oberirdische Inanspruchnahme

Der auf das Hammerschlagsrecht gestützte Anspruch auf Verwendung der Oberfläche des nachbarlichen Grundstückes besteht unbestritten<sup>72</sup>, auch im Luftraum über dem nachbarlichen Grundstück<sup>73</sup>. So gilt auch das Überstreichen eines Grundstückes mit einem Kranarm als «Hammerschlag»<sup>74</sup>. Die Zürcher Praxis anerkennt diese Inanspruchnahme ebenfalls als Eingriff nach § 229 Abs. 1 PBG, spricht aber keine Entschädigung zu: Die Beeinträchtigung sei nicht real und höchstens psychologisch relevant. Das verdient überdacht zu werden: Wenn das Gericht ausführt, das Berührtsein sei kein anderes als beispielsweise eine wenig vorteilhafte Fassade auf dem Nachbargrundstück, die ebenfalls geduldet werden müsse<sup>75</sup>, überspielt es den Unterschied, dass die Fassade auf dem Baugrundstück bleibt und dessen rechtmässiger Bewirtschaftung anzurechnen ist. Der Kranarm greift aber in das Nachbargrundstück und verletzt damit Eigentumsrecht (Art. 641 Abs. 2 ZGB); er kann das Wohlbefinden erheblich stören, zumal bei den Kränen die Beschränkung auf einen «schmalen Streifen» regelmässig kein Thema ist und die Ausleger auch ganze Grundstücke überstreichen können, dabei auch offene Sitzplätze und Balkone – und das bei mitunter langen Bauzeiten<sup>76</sup>. Solche Störungen verletzen das Eigentum unter rechtlichem Gesichtspunkt nicht weniger als die Beanspruchung auf einem schmalen Bodenstreifen längs der Grenze; in Frage steht demnach nicht die Pflicht zur Entschädigung, sondern deren Bemessung (zur Schadensbemessung vgl. unten IV).

Geschützt hat das Baurekursgericht auch einen Gemeindeentscheid, in dem das vorübergehende Ausquartie-

ren von Bäumen mitsamt dem Wurzelwerk und deren Wiedereinsetzen nach Abschluss der Bauarbeiten bewilligt bzw. angeordnet worden war. Es ist notorisch, dass solche Rettungsaktionen angepriesen werden, aber nicht selten an der Verletzlichkeit der Pflanzen scheitern. Eine solche Anordnung oder gar das Zulassen von Baumfällungen im Rahmen des Hammerschlagsrechts widersprechen Art. 695 ZGB. Die mit dem Eigentumsrecht geschützte Interessensphäre erstreckt sich nicht nur auf Bauten und Anlagen, sondern auch auf Pflanzen (Art. 667 Abs. 2 ZGB), und die Eigentumsgarantie erschöpft sich nicht im Vermögensschutz, sondern betrifft auch andere, zum Beispiel ästhetische Interessen<sup>77</sup>. Bäume lassen sich – je nach Art und Lage des Grundstückes und seiner Nutzung<sup>78</sup> – der Ausstattung des Grundstückes zuordnen, deren Substanz durch eine Inanspruchnahme für Bauarbeiten nicht zerstört werden darf.

*«Das Zulassen von Baumfällungen im Rahmen des Hammerschlagsrechts widerspricht Art. 695 ZGB.»*

### 3. Inanspruchnahme des Untergrundes

Deutlich auseinander gehen die Meinungen, auch die gerichtlichen, darüber, ob sich auf das Hammerschlagsrecht ebenfalls Eingriffe in die Substanz des benachbarten Bodens abstützen lassen.

#### a. Abgrabungen

Das Bundesgericht lässt Abgrabungen im Nachbargrundstück nicht zu, das Baurekursgericht hält diese Auffassung für zu restriktiv und bezeichnet Abgrabungen zur Freilegung des Bauplatzes für den Bau einer Grenzfassade mit einer Spundwand als typischen Anwendungsfall von §§ 229 f. PBG<sup>79</sup>. Die Abweichung von der bundesgerichtlichen Praxis liesse sich, zumal eine ausdrücklich anderslautende Regelung im Zürcher Recht fehlt (dazu unten C), nur mit einer entsprechenden Auslegung von Art. 695 ZGB und § 229 f. RPB begründen, sie kann jedoch tatsächlich auch damit nicht hergeleitet werden (dazu unten D).

*«Das Bundesgericht lässt Abgrabungen im Nachbargrundstück nicht zu, das Baurekursgericht hält diese Auffassung für zu restriktiv.»*

*«Das System der Baugrubensicherung mit Erdankern schliesst es praktisch aus, dass diese nach Abschluss der Bauarbeiten aus dem Nachbargrundstück entfernt werden.»*

#### **b. Provisorische Anker**

Das System der Baugrubensicherung mit Erdankern schliesst es praktisch aus, dass diese nach Abschluss der Bauarbeiten aus dem Nachbargrundstück entfernt werden (weil sie sich nicht ziehen lassen oder weil die Neubaute ohnehin die Zugriffsmöglichkeit versperrt). Wenn man von provisorischen Ankern spricht, bedeutet das in der Regel, dass die Anker entspannt werden, aber mindestens teilweise (bei möglichem Entfernen der Zugglieder jedenfalls die Verpresskörper) im Nachbarstück bleiben<sup>80</sup>. Damit ist zwar ihre spätere Entfernung (zum Beispiel im Zuge von Bauarbeiten auf dem Nachbargrundstück) möglich, ohne dass die während der Bauzeit mit diesen Ankern gesicherten Bauten gefährdet würden. Bleiben aber Reste der Anker im Nachbargrundstück zurück, fehlt es am Merkmal der vorübergehenden Beanspruchung und lässt sich das Setzen der Anker demnach nicht auf § 229 PBG stützen. Daran ändert auch nichts, dass sich – wie regelmässig vorgebracht wird – die im Boden verbleibenden Verpresskörper mit einem Hammerschlag zerbröseln liessen.

### c. Anker mit dauernder Sicherungsfunktion

Das Voranstehende gilt umso mehr in den Fällen, in denen die Anker gespannt bleiben, das heisst, nicht nur ihr Bestand, sondern insbesondere ihre Sicherungsfunktion über den Abschluss der Bauarbeiten hinaus andauern und ihre Entfernung die Stabilität der Baute (und damit meist auch des Nachbargrundstückes) gefährden würde. Es ist also ausgeschlossen, solche Anker aus dem Nachbargrundstück zu entfernen<sup>81</sup>.

### C. Ausweitung durch kantonales Recht?

Bei STEINAUER in BR/DC 1990 scheint ein Unbehagen mit der Auffassung des Bundesgerichtes durch, dass das Hammerschlagsrecht auf die Oberfläche begrenzt ist und Abgrabungen ebenso wie das Einbringen von Ankern bei fehlender nachbarlicher Zustimmung unzulässig sind. Es stellt sich im Zusammenhang damit die Frage, ob solches mit einer offeneren Ausgestaltung des Hammerschlagsrechts durch die Kantone erreicht werden kann.

Nach Art. 695 ZGB sind die Kantone befugt, über das Betretungsrecht «nähere Vorschriften» aufzustellen. Die Kantone haben davon Gebrauch gemacht und beispielsweise das Verfahren geregelt, die Entschädigungspflicht ausdrücklich ausgesprochen oder das Recht zur Inanspruchnahme von einer vorgängigen Sicherheitsleistung abhängig gemacht. Mit allen Bestimmungen ist die Ausübung des Hammerschlagsrechts gelenkt und von Bedingungen abhängig gemacht worden, jedoch weder hinter das bundesrechtlich bestehende Hammerschlagsrecht zurückgegangen noch ist dieses zulasten des Nachbarn ausgedehnt worden.

*«Nach Art. 695 ZGB sind die Kantone befugt, über das Betretungsrecht «nähere Vorschriften» aufzustellen.»*

Unerheblich ist es, dass der Zürcher Regierungsrat seinerzeit die Zuweisung der Kompetenz zum Entscheid über das Hammerschlagsrecht an die Verwaltungsbehörden damit begründet hatte, es sei mit dem Entscheid «die Notwendigkeit und die Art von Brandmauerverankerungen, Sicherun-

*«Als wesentlich bezeichnet Steinauer den provisorischen Charakter der Massnahmen.»*

*«Es fällt auf, dass auch in den früheren Entscheiden vor allem mit praktischer Zielsetzung, weniger mit juristischen Argumenten entschieden wird.»*

gen der Baugrube und dergleichen abzuklären»<sup>82</sup>, zumal diese baulichen Massnahmen im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden haben.

STEINAUER hält dafür, dass die Bundesgerichtspraxis dann überdacht werden sollte, wenn ein Kanton auf dem Gesetzesweg eine Ausdehnung des Hammerschlagsrechts gesetzlich regeln würde. Als wesentlich bezeichnet er den provisorischen Charakter der Massnahmen. Unter der gegenwärtigen Rechtslage erachtet er aber die bundesgerichtliche Praxis als massgebend<sup>85</sup>.

#### **D. Ausweitung durch Auslegung?**

Es stellt sich demnach die Frage, ob sich die vom Baurekursgericht praktizierte und in der Literatur teilweise als wünschbar bezeichnete Ausdehnung auf eine Auslegung von Art. 695 ZGB stützen könnte. Juristisch nur auf Auslegung kann die Erwägung des Baurekursgerichts beruhen, die Auffassung des Bundesgerichts sei zu restriktiv. Allerdings fällt im eingangs zitierten Entscheid und auch in den früheren zunächst auf, dass vor allem mit praktischer Zielsetzung, weniger mit juristischen Argumenten entschieden wird<sup>84</sup>, dann aber auch, dass die Entscheide auf öffentliches Recht (allenfalls unausgesprochen auf öffentliche Interessen), jedoch nicht auf privates (Eigentums- und Nachbar-) Recht abstellen, auf dem indessen Art. 695 ZGB und damit § 229 PBG beruhen: Das Baurekursgericht kritisiert die Bundesgerichtspraxis damit, es sei (im betreffenden Fall) evident, dass die Bauherrschaft ohne Beanspruchung des Nachbargrundstückes die baulichen Möglichkeiten nicht ausschöpfen könne, die ihr von der Baugesetzgebung zugestanden sei.

Damit ist die (privatrechtliche) Frage nicht geklärt, ob der Umstand, dass ein Projekt an der Grenze des Baugrundstückes (öffentlichrechtlich) bewilligungsfähig oder bewilligt ist, auch eine Abgrabung auf dem Nachbargrundstück erlaube. Sie ist zu verneinen<sup>85</sup>.

Gegen eine Beschränkung des Betretungsrechts auf die Oberfläche in einer beschränkten horizontalen Ausdehnung wird auch angeführt, der Gesetzgeber habe sich anfangs des letzten Jahrhunderts keine Vorstellung von den im Laufe der Zeit entwickelten technischen Möglichkeiten machen können<sup>86</sup>. Die Bestimmung sei deshalb auch im Lichte der aktuellen technischen Mittel auszulegen<sup>87</sup>. Dies lässt sich jedoch auch umkehren: Die technischen Möglichkeiten erlauben Baugrubensicherungen, die früher nicht denkbar waren, und es können Wände heute auch senkrecht abgeteuft werden (z. B. Schlitzwände). Entscheidend ist jedoch, dass das Bundeszivilrecht differenzierte Regelungen zu Arbeiten auf dem Baugrundstück und Eingriffen auf Nachbargrundstücke kennt. In Übereinstimmung mit der Eigentumsgarantie werden einerseits dem Nachbarn mehr Duldungspflichten gegenüber Arbeiten und Bauten auf dem Baugrundstück und andererseits dem Bauwilligen mehr Zurückhaltung bei Eingriffen auf dem Nachbargrundstück abverlangt.

§§ 229 f. RPG sind bundesrechtskonform auszulegen, denn das Bundeszivilrecht, auf dem die kantonalen Bestimmungen über die Inanspruchnahme von Nachbargrundstücken beruhen, geht dem kantonalen Recht, auch dem kantonalen öffentlichen Recht vor und darf durch diese nicht vereitelt werden<sup>88</sup>. Das Bundesprivatrecht regelt die Zulässigkeit von baulichen und nachbarrelevanten baulichen Tätigkeiten unterschiedlich, je nachdem, ob sie auf dem Baugrundstück erfolgen oder auf dem Nachbargrundstück. Wie oben gezeigt, dürfen von Bauarbeiten auf dem Baugrundstück keine Schädigungen auf dem Nachbargrundstück ausgehen, insbesondere sind Grabungsarbeiten untersagt, die das Nachbargrundstück in Bewegung bringen. Die altrechtliche Bestimmung von § 166 Abs. 1 aEGzZGB schrieb vor, dass keine Abgrabung näher als einen halben Meter von der Grenze beginnen durfte und dabei eine «einfüssige Böschung zu erstellen» war (bei grösserem Abstand durfte die Böschung entsprechend steiler werden). Mit dieser Vorschrift wurde einerseits Art. 685 ZGB konkretisiert, andererseits auch bestimmt, dass mit dem Hammerschlags-

*«Die technischen Möglichkeiten erlauben Baugrubensicherungen, die früher nicht denkbar waren, und es können Wände heute auch senkrecht abgeteuft werden.»*

*«§§ 229 f. RPG sind bundesrechtskonform auszulegen, denn das Bundeszivilrecht, auf dem die kantonalen Bestimmungen über die Inanspruchnahme von Nachbargrundstücken beruhen, geht dem kantonalen Recht vor.»*

*«Was die Grabarbeiten auf dem Baugrundstück angeht, darf der Bauwillige diese nur so ausführen, dass er das Erdreich auf dem Nachbargrundstück nicht in Bewegung bringt.»*

*«Dem Bauwilligen ist es nicht gestattet, zur Vermeidung der nach Art. 685 ZGB verbotenen Grundstücksbewegungen Sicherungsvorkehrungen im Nachbargrundstück zu treffen.»*

*«Wenn also mit dem Hammerschlagsrecht das Abgraben von Baugrubenböschungen auf dem Nachbargrundstück zulässig sein sollte, würde damit ein (direkter) Eingriff in das Nachbargrundstück sanktioniert.»*

recht nach § 162 aEGzZGB nicht das Nachbargrundstück abgegraben werden durfte.

Was die Grabarbeiten auf dem Baugrundstück angeht, darf der Bauwillige diese nur so ausführen, dass er das Erdreich auf dem Nachbargrundstück «nicht in Bewegung bringt» (Art. 685 ZGB). Geringfügige Senkungen oder Rutschungen sind zu dulden, dass aber eine eigentliche Böschung entstehen dürfe, ist auszuschliessen<sup>89</sup>. Ebenso ausgeschlossen ist mit Art. 685 ZGB, dass durch Bauarbeiten Vorrichtungen auf dem Nachbargrundstück «beeinträchtigt» werden. Dem Bauwilligen ist es nicht gestattet, zur Vermeidung der nach Art. 685 ZGB verbotenen Grundstücksbewegungen Sicherungsvorkehrungen im Nachbargrundstück zu treffen<sup>90</sup>.

Wenn also mit dem Hammerschlagsrecht das Abgraben von Baugrubenböschungen auf dem Nachbargrundstück zulässig sein sollte, würde damit ein (direkter) Eingriff in das Nachbargrundstück sanktioniert, der weiter ginge als er sogar mit Arbeiten auf dem Baugrundstück selbst (indirekt) erfolgen dürfte. Auf diese Weise würde die Interessenwahrung zulasten der Nachbarn und im Widerspruch zur gesetzesystematischen Ordnung verschoben<sup>91</sup>. Eine Interessenabwägung, die im Zusammenhang mit dem Hammerschlagsrecht angerufen wird<sup>92</sup>, kann indessen nicht als Begründung für eine Ausdehnung des Hammerschlagsrechts herangezogen werden; die Interessenabwägung spielt erst dann eine Rolle, wenn das Recht zur Inanspruchnahme bereits besteht und es um die Art der Ausübung im konkreten Einzelfall geht<sup>95</sup>.

Auch im Licht der rechtssystematischen Einordnung von Art. 695 ZGB ins Eigentums- und Nachbarrecht erweist sich demnach die bundesgerichtliche Formel als zutreffend, es könnten die Kantone mit dem Hammerschlagsrecht keine erheblichen Veränderungen des nachbarlichen Grundstücks zulassen, insbesondere keine Veränderungen durch Abgrabungen oder durch Zerstörung von Vorrichtungen auf dem Nachbargrundstück<sup>94</sup>.

Schliesslich ist zu klären, ob die öffentlichrechtlichen Möglichkeiten der Ausnützung von Baugrundstücken einen Einfluss auf die Auslegung und Anwendung des Hammerschlagsrechts haben können.

Das private Interesse, das Potenzial eines Grundstückes ausnützen zu können, wird nicht nur mit den baurechtlichen Vorgaben abgesteckt, sondern unterliegt auch den Schranken des Privatrechts. Im privatrechtlichen Verhältnis kann ein Bauwilliger kein höherwertiges Interesse an der maximalen Ausnützung seines Grundstückes geltend machen. Das Hammerschlagsrecht müsste deshalb für diesen Zweck als «privatrechtliche Enteignung» eingesetzt werden können (vgl. oben), was nach hier vertretener Auffassung nur über eine Änderung des Zivilgesetzbuches möglich wäre<sup>95</sup>.

Zu prüfen ist weiter, ob sich mit einem Vorrang eines öffentlichen Interesses die Erwägung des Baurekursgerichts begründen lässt, das Hammerschlagsrecht umfasse deshalb auch das Abgraben im Nachbargrundstück, weil andernfalls evidentermassen nicht, wie baurechtlich zulässig, bis an die Grenze gebaut werden könne.

Es ist davon auszugehen, dass jedenfalls in Zonen, in denen die geschlossene Bauweise nicht vorgeschrieben und es dem Bauwilligen deshalb – im Rahmen der vorgeschriebenen Abstände – freigestellt ist, wie nahe er an die Grenze baut, kein überwiegendes öffentliches Interesse daran besteht, einem Nachbarn ein Abgraben seines Grundes aufzudrängen – zumal in diesen Fällen häufig auch baurechtlich entweder die Zustimmung des Nachbarn zum Grenzbau, das gleichzeitige Erstellen von Grenzbauten auf den benachbarten Grundstücken oder ein Anbauen an einen vorhandenen Grenzbau verlangt wird.

Das fehlende (überwiegende) öffentliche Interesse gilt auch für unterirdische Bauten, wenn diese anders als oberirdische Bauteile keinen Grenzabstand einhalten müssen, denn es lässt sich nicht leichthin behaupten, dass ein öf-

*«Das private Interesse, das Potenzial eines Grundstückes ausnützen zu können, wird nicht nur mit den baurechtlichen Vorgaben abgesteckt, sondern unterliegt auch den Schranken des Privatrechts.»*

*«Dass Baugesetze das unterirdische Bauen ohne Einhaltung von Grenz- und Gebäudeabständen zulassen, verschafft den Grundeigentümern Möglichkeiten, begründet aber nicht ein gegen die Eigentumsgarantie anzurufendes öffentliches Interesse.»*

*«An ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Grenzbauweise wäre hingegen dort zu denken, wo eine Baugesetzgebung (raumplanerisch begründet) die geschlossene Bauweise vorschreibt.»*

fentliches Interesse an einer baulichen Verdichtung (nur im Untergrund, denn oberirdisch sorgen diesfalls Grenzabstände für Auslichtung) das ökologisch begründete öffentliche Interesse überwiege, die Böden nicht grossflächig zu versiegeln (und an Hanglagen den Abfluss von Hangwasser zu verriegeln). Dass Baugesetze das unterirdische Bauen ohne Einhaltung von Grenz- und Gebäudeabständen zulassen, verschafft den Grundeigentümern Möglichkeiten, begründet aber nicht ein gegen die Eigentumsgarantie anzurufendes öffentliches Interesse<sup>96</sup>. Vollends nicht im überwiegenden öffentlichen Interesse ist es, die Bauwilligen vor Mehrausgaben zu bewahren, die ihnen etwa aus einer Baugrubensicherung mit einer Rühl- oder Spundwand anstelle einer Anböschung (auf dem Nachbargrundstück) entstehen können<sup>97</sup>.

An ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Grenzbauweise wäre hingegen dort zu denken, wo eine Baugesetzgebung (raumplanerisch begründet) die geschlossene Bauweise vorschreibt. Diesem Interesse nachzukommen ist indessen nicht Aufgabe des Privatrechts, weshalb es auch nicht mit dem Hammerschlagsrecht durchgesetzt werden kann<sup>98</sup>.

#### **IV. Rechtsgrund und Höhe der Entschädigung**

Gestützt auf Art. 695 ZGB haben viele Kantone eine Entschädigungspflicht für die Inanspruchnahme von Nachbargrundstücken festgesetzt, auch der Kanton Zürich (§ 229 Abs. 2 PBG). Manche Kantone sehen darüber hinaus eine Sicherheitsleistung durch die Bauwilligen vor, ohne die das Hammerschlagsrecht nicht in Anspruch genommen werden darf.

Die Entschädigungspflicht ist nicht Folge einer vertraglichen oder ausservertraglichen Haftung und stützt sich nicht auf Art. 641 Abs. 2 ZGB, denn die Ausübung des Hammerschlagsrechts ist kein rechtswidriger, sondern ein erlaubter Eingriff in das Nachbargrundstück<sup>99</sup>. Zu entschä-

digen sind deshalb nicht lediglich nachweisbare Vermögenseinbussen, vielmehr sind für die Nutzung des beanspruchten Grundstückteils neben den bezifferbaren Schäden auch Inkonvenienzen auszugleichen<sup>100</sup>.

Der Behörde steht für das Festlegen der Entschädigung grundsätzlich ein erheblicher Ermessensspielraum zu<sup>101</sup>. Die Bemessung wird nicht selten als schwierig bezeichnet. Nach Gesetz ist «volle Entschädigung» zu leisten. Das Baurekursgericht berechnet die Entschädigung grundsätzlich nach der Dauer der Beanspruchung, dem Verkehrswert des beanspruchten Landes und, gestützt auf § 4 PBG<sup>102</sup>, nach dem aktuellen Zinssatz der Zürcher Kantonalbank für 1. Hypotheken<sup>105</sup>. FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF sprechen sich für eine Orientierung an der Bruttorendite aus<sup>104</sup>. Das Baurekursgericht hat auch schon einen Preis von CHF 15/m<sup>2</sup>/Monat genannt, ohne ihn weiter zu begründen<sup>105</sup>. Eine Bemessung nach den Gegebenheiten des Einzelfalls ist jedenfalls dann angezeigt, wenn bezifferbare Schadenspositionen entstehen, beispielsweise vermietete Parkplätze belegt werden wollen, deren Mietpreise über den Berechnungen nach Formel oder über einer regelmässig angewendeten Pauschale liegen<sup>106</sup>. Ebenso wird beispielsweise zu berücksichtigen sein, ob jemand mit einem grossen Umschwung betroffen ist oder ob selbst eine schonende Beanspruchung sozusagen den gesamten vorhandenen Umschwung beschlägt.

Nach Zürcher Praxis wird die Höhe der im Verfahren nach § 230 PBG zuzusprechenden Entschädigung nicht von absehbaren Kosten der Wiederherstellung beeinflusst, weil deren Höhe im Moment des Entscheides nicht vorhergesehen werden könne. Die Parteien werden dafür auf den Zivilweg verwiesen. Das ist angesichts dessen, dass das Zürcher Recht keine Pflicht zur Sicherheitsleistung statuiert hat, für die Nachbarn wenig befriedigend, nicht zuletzt, weil nicht selten die Wiederherstellung ungenügend erfolgt, beispielsweise der Spritzbeton oder zementierter Kies oder schlicht Bauabfall in der zugeschütteten Baugrube zurückgelassen bleiben.

*«Der Behörde steht für das Festlegen der Entschädigung grundsätzlich ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Nach Gesetz ist «volle Entschädigung» zu leisten.»*

*«Das Baurekursgericht hat auch schon einen Preis von CHF 15/m<sup>2</sup>/Monat genannt, ohne ihn weiter zu begründen.»*

Zwingend erscheint die praktizierte Einschränkung allerdings nicht (sie ist auch nicht ganz konsequent, weil gleichzeitig eine Pflicht zur Wiederherstellung als solche angeordnet wird<sup>107</sup>, die bei Nichterfüllung dann gleichwohl über das Zivilgericht durchgesetzt werden müsste<sup>108</sup>). Zu bedenken ist auch hierzu, dass die Entschädigung und die Wiederherstellung nicht auf Art. 641 Abs. 2 ZGB beruhen, weil die Inanspruchnahme als solche nicht widerrechtlich ist und Schadloshaltung in § 229 Abs. 2 PBG ausdrücklich vorgesehen und die Baubehörden nach § 250 Abs. 2 zu einem Entscheid darüber kompetent sind. Dem Privatrecht nicht fremd wäre beispielsweise eine Verpflichtung, die Kosten auf Abrechnung nach erfolgter Wiederherstellung zu bevorschussen<sup>109</sup>.

## V. Verfahren im Kanton Zürich

### 1. Anzeige der Inanspruchnahme, nachbarliche Zustimmung

*«Nach § 230 Abs. 1 PBG hat der Bauwillige die Absicht, das Nachbargrundstück zu beanspruchen, mit genauen Angaben und rechtzeitig schriftlich anzuzeigen.»*

*«Der Auffassung, dass die Zustimmung konstitutiv ist, ist der Vorzug zu geben.»*

Nach § 250 Abs. 1 PBG hat der Bauwillige die Absicht, das Nachbargrundstück zu beanspruchen, mit genauen Angaben und rechtzeitig schriftlich anzuzeigen. Stimmt der Nachbar zu und einigen sich die Parteien über eine zu leistende Entschädigung, kann der Bauwillige das Nachbargrundstück vereinbarungsgemäss in Anspruch nehmen.

Fraglich ist, ob die Zustimmung und die Einigung über die Entschädigung für das Zutrittsrecht konstitutiv sind oder ob das Recht zum Hammerschlag ohne weiteres, nämlich von Gesetzes wegen eintritt, sobald der vom Hammerschlag angesprochene Tatbestand gegeben ist<sup>110</sup>. Der Auffassung, dass die Zustimmung konstitutiv ist, ist der Vorzug zu geben: Das Bundesrecht gestattet den Kantonen den Erlass von Vorschriften über das Hammerschlagsrecht. Die Kantone ordnen insbesondere das Verfahren. Der Kanton Zürich hat dieses klar geregelt: Es muss entweder die nachbarliche Zustimmung vorliegen oder die Baubehörden muss das Recht zuteilen. Weil es sich beim Hammerschlag jedenfalls bei Baustellen (und nicht nur beim He-

ckenschneiden) um einen schweren Eigentumseingriff handelt und für solche Eingriffe von Verfassungs wegen eine klare gesetzliche Grundlage gegeben sein muss und das kantonale Recht das Verfahren in dieser Weise regelt, muss der Zustimmungs- oder behördliche Zuteilungsvorbehalt als konstitutiv gewertet werden<sup>111</sup>. Das Zutrittsrecht ist damit kein unmittelbares gesetzliches Recht<sup>112</sup>. Dies gilt nicht zuletzt deswegen, weil mit dem eigenmächtigen Eingriff auf dem Nachbargrundstück massive Schädigungen einhergehen können. Dass sich diese allenfalls ausschliessen lassen, genügt nicht als Begründung für die gegenteilige Auffassung, die Zustimmung oder Zuteilung durch die Behörde sei nur deklaratorisch und könne ohne Weiteres nachgebracht werden<sup>115</sup>.

## 2. Vorsorgliche Massnahmen

Weil es sich beim Hammerschlagsrecht um ein privates Recht handelt, bleibt einem Nachbarn der Gang ans Zivilgericht offen<sup>114</sup>, das insbesondere vorsorgliche Massnahmen (einen Baustopp) verfügen oder in klaren Fällen einen Befehl erlassen kann.

*«Das Zutrittsrecht ist damit kein unmittelbares gesetzliches Recht. Mit dem eigenmächtigen Eingriff auf dem Nachbargrundstück können massive Schädigungen einhergehen.»*

*«Die Auffassung wird vertreten, dass auch die Baubehörde zur Verfügung vorsorglicher Massnahmen zuständig ist und diese auch erlassen muss.»*

Fragen lässt sich hingegen, ob auf Antrag des Nachbarn auch die Baubehörde einen Baustopp verfügen kann, ist sie doch nach § 230 PBG jedenfalls dem Grundsatz nach nur dazu berufen, bei fehlender Zustimmung auf Antrag des Bauwilligen eine Zuteilungsentscheidung zu fällen. Hier wird die Auffassung vertreten, dass auch die Baubehörde zur Verfügung vorsorglicher Massnahmen zuständig ist und diese auf Gesuch hin auch erlassen muss: Wenn die nachbarliche Zustimmung Voraussetzung zur Inanspruchnahme ist und der Gesetzgeber den Baubehörden wegen ihrer Sachkompetenz die Befugnis zur Entscheidung über die Zulässigkeit der Inanspruchnahme zugewiesen hat<sup>115</sup> und weil es an der Baubehörde ist, über die Baufreigabe zu entscheiden, hat sie auch die Kompetenz zum Erlass vorsorglicher Massnahmen<sup>116</sup> – nicht zuletzt zur Sicherung des in § 230 Abs. 2 PBG vorgesehenen Verfahrens, damit es nicht vollends zur Farce werde. Dagegen sprechen kann allerdings, dass das Verfahren nach § 230 Abs. 2 PBG vom Wortlaut her nur vom Bauwilligen in Gang gesetzt werden kann. Vom Bundesgericht jedenfalls als unzulässig abgelehnt ist die Auffassung, der Nachbar könne einzig die Baubehörde und nicht (auch) das Zivilgericht anrufen<sup>117</sup>. Gelangt der Nachbar mit dem Antrag auf Verfügung von vorsorglichen Massnahmen an das Zivilgericht, hat dieses auch zu prüfen, ob eine Duldungspflicht nach § 229 PBG besteht<sup>118</sup>.

### **3. Entscheid durch die Baubehörde**

Stimmt der Nachbar innert 30 Tagen seit der Mitteilung nicht zu oder einigen sich die Beteiligten über die Entschädigung nicht, kann der Bauherr an die Baubehörde gelangen (§ 230 Abs. 2 PBG): Sie hat zu entscheiden, ob und in welchem Umfang das Baugrundstück betreten und genutzt werden darf und die Höhe der Entschädigung<sup>119</sup> festzusetzen. Für beides kommt der Baubehörde ein Ermessensspielraum zu<sup>120</sup>.

#### 4. Rechtsmittel (im Verwaltungsverfahren)

Der Entscheid der Baubehörde über die Zulässigkeit der Inanspruchnahme und die Höhe der Entschädigung kann mit Rekurs dem Baurekursgericht vorgelegt werden. Dessen Entscheid ist beim kantonalen Verwaltungsgericht mit Beschwerde anfechtbar<sup>121</sup>.

Gegen ein Urteil des Verwaltungsgerichts können sich die Parteien an das Bundesgericht wenden. Soweit die Verletzung von Vorschriften des Zivilgesetzbuches im Streit liegt, ist Einheitsbeschwerde in Zivilsachen an die Zweite zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes zu richten: Die Abteilungen des Bundesgerichtes behandeln die Beschwerden nicht danach, welche (nach kantonalem Gerichtsorganisationsrecht) letzte kantonale Instanz entschieden hat<sup>122</sup>, sondern nach Rechtsgebiet<sup>123</sup>. Auch eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde, die zu erheben ist, wenn einzig eine gesetzwidrige Anwendung von § 229 f. PBG und damit kantonales Recht gerügt wird oder wenn eine Beschwerde wegen zu geringen Streitwertes und fehlenden Ausnahmegrundes ausgeschlossen ist<sup>124</sup>, kann durch die Zweite zivilrechtliche Abteilung behandelt werden: Alle Abteilungen beurteilen auch die ihr Rechtsgebiet beschlagenden subsidiären Verfassungsbeschwerden<sup>125</sup>. Allerdings steht dem Bundesgericht ein gewisses Ermessen zu, welcher Abteilung es eine Beschwerde zur Behandlung zuweist<sup>126</sup>. Wegen der Beziehungsnähe zum Raumplanungs- und öffentlichen Baurecht oder wenn – in wohl seltenen Fällen – das Verwaltungsgericht neben dem Hammerschlagsrecht auch baurechtliche Rügen beurteilt hat, kommt allenfalls auch eine Behandlung durch die Erste öffentlich-rechtliche Abteilung in Betracht. Die Vorsicht könnte dann sogar gebieten, auch eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu erheben.

**Dominik Bachmann**  
**Dr. iur.,**  
**Rechtsanwalt**  
**Zürich**



<sup>1</sup> In der **Literatur** einlässlich mit dem Thema befasst haben sich bislang in erster Linie  
 BERNHARD SCHNYDER, Das Hammerschlags- oder Leiterrecht – Bundesrecht oder kantonales Recht?, in: Mensch und Umwelt, Festgabe [...] zum Schweizerischen Juristentag, Freiburg 1980, S. 265–279, und  
 PAUL-HENRI STEINAUER, La mise à contribution du fonds voisin lors de travaux de construction, in: Baurecht, Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen BR/DC 1990 (Heft 2) S. 31–37.

Weitere zitierte Literatur:

MARCUS DESAX, Haftung für erlaubte Eingriffe, Diss. Fribourg 1977

CHRISTOPH FRITZSCHE/PETER BÖSCH/THOMAS WIPF, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., Zürich 2011

PETER LIVER [LIVER 1969], Privates und öffentliches Baurecht, in: Berner Tage für die juristische Praxis 1968, Bern 1969, S. 9–46

PASCAL SIMONIUS/THOMAS SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. I, Basel/Frankfurt 1995

PAUL-HENRI STEINAUER [STEINAUER 2012], Les droits réels Tome II, 4. A., Bern 2012

Als **Abkürzungen** werden u. a. verwendet:

BEK: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht

BEZ: Baurechtsentscheide Kanton Zürich

BSK: Basler Kommentar (ZGB: 4. A. 2011; BGG: 2. A. 2011)

SPR: Schweizerisches Privatrecht, Basel 1967 ff.

Urteil: (wo nicht anders vermerkt:) Bundesgerichtsurteil

VRG-K: ALAIN GRIFFEL, Hrsg., Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. A., Zürich 2014

ZHK: (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch

<sup>2</sup> § 229 PBG (Marginalie: [Inanspruchnahme] «I. Von Nachbargrundstücken»):  
 «<sup>1</sup> Jeder Grundeigentümer ist berechtigt, Nachbargrundstücke zu betreten und vorübergehend zu benutzen, soweit es, Vorbereitungshandlungen eingeschlossen, für die Erstellung, die Veränderung oder den Unterhalt von Bauten, Anlagen, Ausstattungen und Ausrüstungen nötig ist und soweit dadurch das Eigentum des Betroffenen nicht unzumutbar gefährdet oder beeinträchtigt wird.

<sup>2</sup> Dieses Recht ist möglichst schonend und gegen volle Entschädigung auszuüben.»

Vor Geltung des PBG war das Hammerschlagsrecht im 7. Abschnitt, «Privatrechtliche Bestimmungen», des Baugesetzes für Ortschaften mit städtischen Verhältnissen von 1893 (schon vor Intrafttreten des ZGB) und für die diesem Gesetz nicht unterstellten Gemeinden in § 162 ff. EGzZGB normiert:

§ 115 BauG: «<sup>1</sup> Soweit die Erstellung, bauliche Wiederherstellung oder Reinigung eines Gebäudes oder Abzugskanals, die Reinigung oder Wiederherstellung einer bereits bestehenden Abtrittsgrube oder eines Brunns das Betreten oder die vorübergehende Benutzung des nachbarlichen Bodens notwendig macht, muss sich der Nachbar dies gefallen lassen.

<sup>2</sup> Von jedem beabsichtigten Gebrauch dieser Befugnis ist dem Nachbarn rechtzeitig Kenntnis zu geben. Die Ausübung soll in möglichst wenig lästiger Weise geschehen, und es ist überdies für jeden Schaden voller Ersatz zu leisten.» Der präjudizielle Entscheid BGE 104 II 166 bezieht sich auf diesen § 115 BauG.

§ 162 aEGzZGB: «Soweit die bauliche Wiederherstellung oder Reinigung eines Gebäudes die Betretung oder vorübergehende Benutzung des nach-

barlichen Bodens unentbehrlich macht, muss sich der Nachbar dieselbe gefallen lassen.»

- <sup>3</sup> Das Bundesgericht spricht vom «baulustigen Grundeigentümer», BGE 104 II 166, E. 3c.
- <sup>4</sup> BRGE I Nr. 54/2014. Eine Abgrabung im Nachbargrundstück für eine Baugrubenböschung zugelassen hatte auch schon BRKE IV Nrn. 6, 7/2010.
- <sup>5</sup> «Diese Praxis erweist sich jedoch als zu restriktiv.» (E. 4.3)
- <sup>6</sup> BGE 104 II 166, Zürich-Wollishofen.
- <sup>7</sup> Art. 695 ZGB: «Den Kantonen bleibt es vorbehalten, über die Befugnis des Grundeigentümers, zum Zwecke der Bewirtschaftung oder Vornahme von Ausbesserungen und Bauten das nachbarliche Grundstück zu betreten, sowie über das Streck- oder Tretrecht, den Tränkweg, Winterweg, Brachweg, Holzlass, Reistweg u. dgl. nähere Vorschriften aufzustellen.»
- <sup>8</sup> DESAX S. 88 unterscheidet das Leiterrecht vom Hammerschlagsrecht: Dieses ist Zutrittsrecht für Herstellung, Reinigung, Reparatur von Bauten und Anlagen sowie zum Zuschneiden von Hecken und Bäumen, während das Leiterrecht dazu ermächtigt, auf dem Nachbargrundstück ein Gerüst zu stellen. Im Zürcher Recht wird weder der eine noch der andere Begriff verwendet, das PBG spricht von «Inanspruchnahme des Nachbargrundstückes». Der Kürze wegen wird in diesem Beitrag i.d.R. lediglich der Begriff «Hammerschlagsrecht» verwendet (den STEINAUER S. 31, FN 2, als «joli terme» bezeichnet; es gibt anders als zum Leiterrecht – «droit d'échelage» – keine französische Entsprechung).
- <sup>9</sup> Das Hammerschlagsrecht steht auch einem Baurechts- oder anderweitig am Bauobjekt Berechtigten zu, STEINAUER S. 32 B.1., S. 33 C.1.
- <sup>10</sup> Auch auf der passiven Seite können neben den Eigentümern die anderweitig am Grundstück Berechtigten angesprochen werden. Kommen mehrere Nachbargrundstücke in Frage, hat der Bauwillige dasjenige zu beanspruchen, das dadurch am wenigsten stark beeinträchtigt wird, STEINAUER S. 33, Kantonsgericht Wallis TCV C1 13 49.
- <sup>11</sup> ZHK-HAAB N 35 zu Art. 695 ZGB.
- <sup>12</sup> LIVER 1969 S. 16.
- <sup>13</sup> SUTTER-SOMM, SPR V/1, 2014, Eigentum/Besitz, Rn. 849.
- <sup>14</sup> STEINAUER S. 32, I.B (Einleitung). Die Beanspruchung von öffentlichem Grund richtet sich nach öffentlichem Recht, vgl. § 232 RPK; BEZ 2010 Nr. 38, VB 2010.092.
- <sup>15</sup> Art. 26 BV. Art. 641 ZGB: «<sup>1</sup> Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen.  
<sup>2</sup> Er hat das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren.»
- <sup>16</sup> LIVER 1969 S. 16.
- <sup>17</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A. 2014, § 18 Rn. 3.
- <sup>18</sup> Das gilt nach verschiedenen Theorien zur Abgrenzung von Zivilrecht und öffentlichem Recht: Das Hammerschlagsrecht dient den Interessen der Bauwilligen und liegt sicher nicht ausschliesslich, aber auch nicht zum überwiegenden Teil im öffentlichen Interesse (Interessentheorie), es dient nicht der Besorgung von Staatsaufgaben (Funktionstheorie) und es wird im Streitfall vom Staat als Richter zu- oder abgesprochen, aber nicht hoheitlich auferlegt (Subordinationstheorie), und ein unzulässiger «Hammerschlag» kann mit zivilgerichtlichem Befehl vorsorglich verboten (vgl. sub V.2 zu den vorsorglichen Massnahmen) oder mit zivilrechtlichem Schadenersatz sanktioniert werden (Modaltheorie), vgl. HÄFELIN/MÜL-

LER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A. 2010, Rn. 253 ff. Komplexer wird die Frage, wenn die Norm als so genannte Doppelnorm verstanden wird, was aber m. E. jedenfalls im engen Sinn des Begriffs nicht zutrifft: §§ 229 f. regeln nur die Zuständigkeit, die Baubehörde wird aber z. B. nicht von sich aus ein Betretungsrecht anordnen (können) und nicht einschreiten, wenn die Möglichkeit des Zutritts gar nicht ergriffen wird (vgl. SIMONIUS/SUTTER § 13 Rn. 21 f.; BEK-MEIER-HAYOZ NN 13, 34 ff. zu Art. 680; MEIER-HAYOZ listet § 115 BauG, der damals noch in Kraft war, auch nicht bei den Doppelnormen auf, N 35 zu Art. 680 ZGB).

<sup>19</sup> Art. 122 Abs. 1 BV.

<sup>20</sup> Es handelt sich um einen echten Vorbehalt zugunsten der Kantone, denn ohne diese Ermächtigung wären sie zur Gesetzgebung im Privatrecht nicht befugt, SCHNYDER S. 266, mit Hinweis auf LIVER 1969; STEINAUER S. 32, I.A.; BEK-LIVER N 12 zu Art. 5 ZGB; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. A. Rn. 1158.

<sup>21</sup> BEK-HUBER N 104 zu Art. 6 ZGB. SCHNYDER S. 268. Anfänglich wurde das Recht in der Regel in den Einführungsgesetzen zum ZGB bestimmt (SCHNYDER S. 267, STEINAUER 2012 Rn. 1872), zunehmend aber in die Baugesetze gezügelt (z.B. in Basel-Stadt von § 172 EGzZGB/BS zu § 50 BPG/BS).

<sup>22</sup> KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, VRG-Komm. N 22 zu § 1 VRG; BEZ 1992 Nr. 36, BEZ 2004 Nr. 18 E. 7.b.

<sup>23</sup> Nach SIMONIUS/SUTTER § 13 Rn. 70 haben allerdings alle Kantone Regelungen erlassen.

<sup>24</sup> STEINAUER 2012 Rn. 1872 (FN 202, mit Hinweisen).

<sup>25</sup> SCHNYDER passim, zusammenfassend S. 277; STEINAUER S. 32, I.A., S. 34 2.a.1; STEINAUER 2012 Rn. 1872a. Mit der Annahme, dass es – durch Füllen einer echten Lücke – ein als Bundesrecht geltendes Hammerschlagsrecht gibt, erweist sich der Vorbehalt von Art. 695 ZGB als ermächtigender Vorbehalt im Sinn von BEK-LIVER N 18 zu Art. 5 ZGB, vgl. auch DESAX S. 187 f.

<sup>26</sup> ZHK-HAAB NN 27 und 35 zu Art. 694/695/696 ZGB; STEINAUER S. 32 f., I.B.3.; SCHNYDER S. 266, 268, 277. BGE 104 II 166 E. 3c (das Bundesgericht formuliert das Lagernkönnen lediglich als in der Gesetzgebungskompetenz der Kantone liegend, für die Lehre gehört es hingegen zum Inhalt des Hammerschlagsrechts).

<sup>27</sup> BGE 104 II 166 E. 3c. ZHK-HAAB NN 27 und 35 zu Art. 694/695/696 ZGB; BEK-MEIER-HAYOZ N 22 zu Art. 695 ZGB.

<sup>28</sup> In welche Tiefe das Interesse reicht, ist im Einzelfall zu beurteilen, ZHK-HAAB N 5 zu Art. 667 ZGB, BEK-MEIER-HAYOZ N 7 zu Art. 667 ZGB. In Frage kommen in diesem Zusammenhang wohl ohnehin nur dauernde Beanspruchungen, z.B. mit Tunnelbauten, die von vornherein nicht unter Art. 695 ZGB fallen und häufig über das Expropriationsverfahren zu lösen sind (Enteignung von Nachbarrechten wegen unvermeidbarer Erschütterungen). Im Urteil 1C\_27/2009 endete die Interessensphäre – nach Bundesgericht sind die historischen Verhältnisse zu beachten – schon bei 5 m unter der Oberfläche, im Urteil 5A\_639/2010 E. 4.2 bei 22.4 m. Vgl. auch Umweltrecht in der Praxis URP 2014 Heft 5 (Themenheft).

<sup>29</sup> STEINAUER S. 31.

<sup>30</sup> BSK-REY/STREBEL N 2 zu Art. 679a ZGB.

<sup>31</sup> «Enteignet» wird das Nachbarrecht auf ungestörten Eigentumsgenuss. BGE 114 II 230 E. 4a. Art. 679a ZGB wird allgemein als Kodifikation der bundesgerichtlichen Praxis verstanden, Botschaft zur Revision des Sachenrechts in BBl 2007 5283, S. 5307.

- <sup>32</sup> BEK-MEIER-HAYOZ N 68 zu Art. 685/686 ZGB. BSK-REY/STREBEL NN 9 und 10 zu Art. 685/686 ZGB.
- <sup>33</sup> Vgl. BEK-MEIER-HAYOZ N 71 zu Art. 685/686 ZGB. Ebensowenig ist eine Ausdehnung auf das Hammerschlagsrecht möglich, weil sich Art. 679a ZGB auf Bauaktivitäten auf dem Bau-, nicht im Nachbargrundstück bezieht.
- <sup>34</sup> Die Gegenseitigkeit des Hammerschlagsrechts wird im französischen Gesetzestext deutlich: «La législation cantonale peut régler la faculté réciproque des propriétaires d'emprunter le fonds voisin pour travaux d'exploitation, de réparation ou de construction sur leur propre fonds [...]», vgl. zu diesem Prinzip STEINAUER S. 32, I.A.
- <sup>35</sup> BEK-HAAB N 27 zu Art. 694/695/696 ZGB; STEINAUER 2012 Rn. 1871. Noch etwas präziser STEINAUER S. 32 f., B.1: Das Recht kann dann über das unmittelbare Nachbargrundstück auf das nächste greifen, wenn das direkt benachbarte so schmal ist, dass der zulässige schmale Streifen für den Hammerschlag über dieses hinausreicht.
- <sup>36</sup> Kantonsgericht Wallis, TCV C1 13 49 vom 20.6.2013.
- <sup>37</sup> Vgl. BEK-MEIER-HAYOZ N 22 zu Art. 695 ZGB.
- <sup>38</sup> Urteil 1P.224/2006, Kilchberg.
- <sup>39</sup> FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF S. 572. Die Baustellenerschliessung ist Voraussetzung für eine Baubewilligung. Vgl. VB.2006.181 E. 6.
- <sup>40</sup> Vgl. Urteile 5A\_796/2013 (Notweg) und 5A\_362/2012 (Notleitungsrecht).
- <sup>41</sup> So bezeichnet im Urteil 5A\_362/2012 E. 1.
- <sup>42</sup> BGE 135 III 130 E. 3.1.
- <sup>43</sup> BEK-MEIER-HAYOZ N 63 f. zu Art. 680 ZGB mit Hinweis auf LIVER.
- <sup>44</sup> Urteil 5A\_223/2013 E. 2.1; BGE 136 II 130 E. 3.3; FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF S. 596 mit Hinweisen.
- <sup>45</sup> Vgl. etwa BGE 113 II 151 und Urteile 5C.199/2002 E. 3.2 und 5C.137/2004 E. 3.3.
- <sup>46</sup> Das Hammerschlagsrecht besteht von Gesetzes wegen, es muss und kann im Grundbuch weder eingetragen noch angemerkt werden, LIVER SPR V/1 S. 277; STEINAUER S. 33, C. (Einleitung). BEK-HAAB N 42 zu Art. 694/695/696 ZGB.
- <sup>47</sup> ZHK-LIVER N 75 der Einleitung Grunddienstbarkeiten.
- <sup>48</sup> Art. 731 Abs. 1 ZGB und Art. 732 Abs. 1 ZGB. Eine Besonderheit gilt für das Durchleitungsrecht, das gegenüber dem gutgläubigen Erwerber auch ohne Grundbucheintrag besteht, Art. 692 Abs. 2 ZGB, vgl. Botschaft zur Revision des Sachenrechts in BBI 2007 5283, S. 5293 und 5308.
- <sup>49</sup> SCHNYDER S. 275 f., DESAX S. 188, STEINAUER S. 36.
- <sup>50</sup> Nach Bundesgericht ist das Hammerschlagsrecht zwar «in gewisser Hinsicht dem Notwegrecht ähnlich», weshalb eine verweigerter Zustimmung unter das Rechtsmissbrauchsverbot falle (Urteil 1P.217/2000 E. 3.d). Auch nach BEK-MEIER-HAYOZ N 3 zu Art. 695 ZGB sind «vom Standpunkte des ZGB aus diese <anderen Wegrechte> zum Teil als Unterarten des Notweges anzusehen», weshalb bei fehlender kantonaler Regelung das Institut des Notweges anzuwenden sei. Allerdings hat STEINAUER S. 36 auch geprüft, ob es ein Ankernotrecht geben könne, und die Frage verneint, weil er dafür eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für erforderlich und die drei erwähnten Notrechte in dem Sinn als eine abschliessende Aufzählung des Gesetzgebers erachtet.
- <sup>51</sup> STEINAUER S. 34 2.b; Urteil 1P.217/2000, E. 3.d.
- <sup>52</sup> Dieses Abwehrrecht gehört gesetzessystematisch auch nicht zu den Nachbarrechten (Art. 684–698 ZGB).

- <sup>53</sup> Notstand kann u. U. auch gestützt auf Art. 51 Abs. 2 OR geltend gemacht werden, vgl. BEK-MEIER-HAYOZ N 77 zu Art. 685/686 ZGB.
- <sup>54</sup> Vgl. die Beispiele bei BEK-MEIER-HAYOZ N 4 zu Art. 701 ZGB.
- <sup>55</sup> ZHK-HAAB N 7 zu Art. 701 ZGB, BEK-MEIER-HAYOZ NN 13 und 15 zu Art. 701 ZGB, BSK-REY/STREBEL N 4 zu Art. 701 ZGB. Vgl. Urteil 5A\_176/2009 E. 7.
- <sup>56</sup> ZHK-HAAB N 8 zu Art. 701 ZGB, BEK-MEIER-HAYOZ N 19 zu Art. 701 ZGB, BSK-REY/STREBEL N 6 zu Art. 701 ZGB.
- <sup>57</sup> Vgl. das Beispiel bei BEK-MEIER-HAYOZ N 4 zu Art. 701 ZGB: Der Eigentümer eines Gebäudes, das einzustürzen droht, betritt das Nachbargrundstück und bringt dort Stützen an.
- <sup>58</sup> Je nach Sachverhalt und Rechtslage, vgl. BEK-MEIER-HAYOZ NN 9 ff. und 21 zu Art. 670 ZGB, sind die Regeln über das Miteigentum anzuwenden, insb. Art. 647c ff. und Art. 648 ZGB.
- <sup>59</sup> Wenn in BRKE IV Nr. 6, 7/2010, E. 7.3 der Abbruch einer über die Grenze ragenden Stützmauer als rechtmässig beurteilt wird, weil kein Überbaurecht des Nachbarn nachgewiesen sei, der Mauerteil vielmehr im Eigentum des Bauwilligen stehe, lässt sich dies nicht auf § 229 PBG stützen, es ist vielmehr Anwendung von Privatrecht: Es ging dann um den Abbruch einer eigenen Mauer auf eigenem Grundstück. Aus der Sachverhaltschilderung bleibt aber fraglich, ob nicht Miteigentum (einer auf der Grenze stehenden Scheidemauer) anzunehmen war, vgl. BEK-MEIER-HAYOZ N 24 zu Art. 670 ZGB. Auch dann hätte über den Abbruch nicht nach § 229 PBG entschieden werden dürfen. Ebenso beantwortet sich die Frage nach der Pflicht zur Ausführung eines Ersatzbaus auf dem Nachbargrundstück durch den Bauwilligen und zur Duldung dieses Ersatzbaus durch den Nachbarn nach Zivilrecht. Die Baubehörde war zu einer solchen Anordnung nicht kompetent und die Baurekursgericht hätte die Anordnung auch nicht bestätigen dürfen, vgl. den in BRGE I Nr. 54/2014 E. 4.3 zitierten BGE 111 II 24, E. 2.b.
- <sup>60</sup> LIVER SPR V/1 S. 247. BEK-MEIER-HAYOZ N 6 zu Art. 670 ZGB.
- <sup>61</sup> Das Hammerschlagsrecht fällt schon deshalb nicht in Betracht, weil die Fundamentmauer auf Dauer errichtet wird. Massgebend sind Art. 670 i. V. m. Art. 686 ZGB. BEK-MEIER-HAYOZ N 6 zu Art. 670 ZGB. So etwa Basel-Stadt unter dem Titel «Benutzung von Nachbargrundstücken» in § 47 Abs. 1 und 2 BPG: «Scheidemauern von Gebäuden dürfen zur Hälfte auf das Nachbargrundstück gestellt werden, (a) wenn auf beiden Seiten Randbebauungen zulässig sind, (b) wenn sie die Grenze nicht um mehr als 20 cm überschreiten. Fundamente unterhalb des ersten Untergeschosses dürfen die Nachbargrenze bis zu 30 cm überschreiten.»
- <sup>62</sup> BGE 104 II 166, E. 3c; SCHNYDER S. 266, 268, 277; STEINAUER 2012 Rn. 1872a.
- <sup>63</sup> BGE 104 II 166, S. 169 f. SCHNYDER S. 268; STEINAUER S. 36 f.
- <sup>64</sup> STEINAUER 2012 Rn. 1871.
- <sup>65</sup> § 179 EGzZGB (unter «V. Einfriedigung»): «Für das Zuschneiden der Grünhecken und die Reparatur von Grenzmauern darf der Eigentümer, insofern das Bedürfnis ihn dazu nötigt, den Boden des Nachbarn betreten, nachdem er ihn hievon in Kenntnis gesetzt hat. Entsteht dem Nachbar ein Schaden, so ist dafür Ersatz zu leisten.»
- <sup>66</sup> Vgl. oben FN 2.
- <sup>67</sup> BEZ 2004 Nr. 18 E. 7.a, so auch FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF S. 552.
- <sup>68</sup> BEZ 2009 Nr. 61 E. 5; BRGE I Nr. 54/2014 E. 4.2.
- <sup>69</sup> BRKE II Nr. 67/2006 E. 7.2; BRKE IV Nrn. 6, 7/2010 E. 1; FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF S. 552.

- <sup>70</sup> Vgl. Urteil 1P.217/2000, E. 3.d.
- <sup>71</sup> STEINAUER S. 34 2.b; Urteil 1P.217/2000, E. 3.d.
- <sup>72</sup> Vgl. Urteil 1P.224/2006.
- <sup>73</sup> Vgl. Art. 667 ZGB und dazu unten in Ziff. 2.
- <sup>74</sup> STEINAUER S. 31 spricht in Anführungszeichen von survol.
- <sup>75</sup> BEZ 2009 Nr. 61 E. 6.
- <sup>76</sup> Ein direkter Überflug eines Grundstückes mit landenden oder startenden Flugzeugen wird ebenfalls nicht nur unter dem Aspekt der Lärmimmissionen, sondern auch als Verletzung des Abwehrrechts von Art. 641 Abs. 2 ZGB abgehandelt, vgl. BGE 134 II 49 E. 5.
- <sup>77</sup> ZHK-HAAB N 5 zu Art. 667 ZGB, BEK-MEIER-HAYOZ N 9 zu Art. 667 ZGB.
- <sup>78</sup> ZHK-HAAB N 5 zu Art. 667 ZGB, BEK-MEIER-HAYOZ N 7 zu Art. 667 ZGB.
- <sup>79</sup> Genau dieselbe Fragestellung lag dem Urteil 5C\_280/2006 zugrunde, bedauerlicherweise wurde sie vom Bundesgericht wegen prozessualer Mängel der Beschwerde nicht entschieden.
- <sup>80</sup> Vgl. Urteil 5A\_176/2009 E. 6.1.2.
- <sup>81</sup> Für solche Anker braucht es eine Einigung und eine Dienstbarkeit, STEINAUER S. 31.
- <sup>82</sup> Weisung 1928 vom 5.12.1973 an den Kantonsrat, ABI 1973 S. 1732 ff., S. 1936 (zu §§ 209 ff. im Entwurf zum PBG).
- <sup>83</sup> Ausdrücklich dazu Urteil 5A\_176/2009 E. 5.5. Vgl. auch Journal des Tribunaux (Waadt) JdT 1992 S. 118 ff.
- <sup>84</sup> Es fehlt mitunter, was zu bedauern ist, eine einlässliche Auseinandersetzung mit dem Gesetz und dessen Auslegung durch Gerichtspraxis und Literatur. Es zeigt sich darin eine auch anderweitig feststellbare Tendenz zum (dem kontinentaleuropäischen Recht grundsätzlich fremden) case law.
- <sup>85</sup> Vgl. analog zum Verbot von Grabungen und Bauten BSK-REY/STREBEL N 12 zu Art. 685/686 ZGB.
- <sup>86</sup> DESAX S. 107, STEINAUER S. 36.
- <sup>87</sup> STEINAUER S. 33.
- <sup>88</sup> Art. 3 BV. Anders als man nach dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 ZGB vermuten könnte («Die Kantone werden in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt.»), kann auch mit kantonalem öffentlichem Baurecht das Bundeszivilrecht nicht übersprungen werden, HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. A. 2012, Rn. 1188 ff. Nach BGE 116 II 166 E. 3.c ist es «selbstverständlich», dass die Kantone keine über Art. 695 ZGB hinausgehenden Normen aufstellen dürfen.
- <sup>89</sup> BEK-MEIER-HAYOZ N 68 zu Art. 685/686 ZGB; BSK-REY/STREBEL N 10 zu Art. 685/686 ZGB; a. M. LIVER SPR V/1 S. 241 f.: Die Einwirkung braucht nicht übermässig zu sein, sie ist ohnedies verboten.
- <sup>90</sup> BEK-MEIER-HAYOZ NN 77 und 77a zu Art. 685/686 ZGB, BSK-REY/STREBEL N 10 zu Art. 685/686 ZGB. A.M. SIMONIUS/SUTTER § 13 Rn. 47, die sich aber unzutreffend auf die zitierte Stelle bei MEIER-HAYOZ berufen, der sich gegenteilig äussert, und ebenso unzutreffend auf LIVER SPR V/1 S. 241.
- <sup>91</sup> Eine Inanspruchnahme des Baugrundstückes lässt sich nicht mit angestrebter Vermeidung von Folgen aus Art. 685 ZGB rechtfertigen, BGE 106 II 166, S. 170 a. E.
- <sup>92</sup> BEZ 2004 Nr. 18 E. 7.a, FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF S. 552. BRGE I Nr. 54/2014 E. 4.3 spricht von einer «eindeutigen Interessenlage» im beurteilten Fall.
- <sup>93</sup> Vgl. Urteil 1P.217/2000 E. 3.d.
- <sup>94</sup> BGE 104 II 166 E. 3.c.

- <sup>95</sup> Vgl. M. HUSER in URP 2014 H. 5 S. 436.
- <sup>96</sup> Auch in BEZ 2009 Nr. 61 E. 5 und BRGE I Nr. 54/2014 E. 4.2 ist festgehalten, dass der Eingriff der Behörde (nach § 230 Abs. 2 PBG) «vor allem dem privaten Interesse des Bauherren» dient.
- <sup>97</sup> So aber BRKE IV Nrn. 6, 7/2010 E. 5.2.
- <sup>98</sup> Ein anderslautender Ansatz findet sich bei DESAX S. 128 f., der sich allerdings auch auf die Sozialbindung des Eigentums beruft (S. 111), die in der Bundesverfassung aber (anders als in Deutschland) bewusst nicht niedergeschrieben ist, VALLENDER/HETTICH, St. Galler Kommentar 3. A. 2014, N 9 zu Art. 29 BV.
- <sup>99</sup> Vgl. DESAX S. 137. Die Bundesgerichtsentscheide, in denen Art. 641 ZGB thematisiert sind, handeln meist von Fällen, in denen das Hammerschlagsrecht bestritten und ein rechtswidriger Eingriff geltend gemacht worden war.
- <sup>100</sup> BEZ 2004 Nr. 18 E. 7.a; FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF S. 553 f. Aus diesem Grund sind Überstreichungen mit Kranarmen nicht von vornherein entschädigungsfrei.
- <sup>101</sup> BEZ 2004 Nr. 18 E. 7.a; BEZ 2009 Nr. 61 E. 5.
- <sup>102</sup> Die Anwendung von § 4 PBG ist, weil es um eine privatrechtliche Entschädigung geht, nicht zwingend, aber als Konkretisierung des Ermessensspielraums möglich. Angesichts dessen, dass es um ein privates Recht geht, wäre allerdings wohl eher Art. 73 Abs. 1 OR heranzuziehen, der eine Verzinsung von 5 % vorsieht.
- <sup>103</sup> BEZ 2009 Nr. 61 E. 5, BRGE I Nr. 54/2004 E. 4.2. Nicht als rechtsbegründend, aber zur Bestimmung des Umfangs der berechtigten Inanspruchnahme können finanziell günstigere Methoden ausschlaggebend sein, STEINAUER S. 34, 2.b.
- <sup>104</sup> FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF S. 553.
- <sup>105</sup> BRKE I Nr. 36/2008.
- <sup>106</sup> STEINAUER S. 36.
- <sup>107</sup> BRGE I Nr. 54/2014 E. 4.3 a.E.
- <sup>108</sup> Die Wiederherstellungspflicht ist dem Hammerschlagsrecht immanent, weil sich anders die Inanspruchnahme nicht als vorübergehend qualifizieren liesse. Wenn ihr der Verpflichtete nicht nachkommt, mutiert die Inanspruchnahme in einen widerrechtlichen Übergriff, der über Art. 641 Abs. 2 ZGB zu korrigieren ist (BGE 100 II 307, S. 309), was mühsam werden kann, vgl. Urteil 5A\_655/2010.
- <sup>109</sup> GAUCH, Der Werkvertrag, 5. A. 2011 Rn. 1816 ff.
- <sup>110</sup> STEINAUER S. 35 ist grundsätzlich dieser Auffassung: Sobald alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, ist der Bauwillige ohne Weiteres zum Hammerschlag berechtigt.
- <sup>111</sup> Vgl. analog BEK-MEIER-HAYOZ N 22 zu Art. 695 ZGB: Eine Einigung über die Entschädigung ist Voraussetzung für die Ausübung des Rechts, wenn das kantonale Recht dies so anordnet. § 172 aEGzZGB/BS, das MEIER-HAYOZ als Beispiel anführt, formuliert etwas ausführlicher inhaltlich denselben Vorbehalt von Einigung und richterlicher Feststellung wie § 230 Abs. 2 PBG. Das Zürcher Baugesetz hatte ein solches Verfahren übrigens noch nicht vorgesehen, § 115 BauG.
- <sup>112</sup> STEINAUER S. 33 FN 16.
- <sup>113</sup> Zu Unrecht hat deshalb die Baurekurskommission das Absehen von einem vorsorglichen Betriebsverbot für einen bereits aufgestellten, das Nachbargrundstück überstreichenden Kran damit begründet, die vom Gegengewicht ausgehende Gefährdung sei nicht grösser als in jedem andern Fall, BEZ 2004 Nr. 18 E. 4; vgl. sub V.2 zu den vorsorglichen Massnahmen.

Unklar ist, ob VRG-K-PLÜSS N 43 zu § 1 VRG anderer Ansicht ist mit der Formulierung, der Nachbar könne sich an die Baubehörde wenden, wenn die Beeinträchtigung erfolge, ohne dass ihm dies «rechtzeitig schriftlich mitgeteilt worden» sei. Nach hier vertretener Auffassung verschafft die blosser Mitteilung noch keinen Anspruch und schon gar nicht das Recht auf Inanspruchnahme (andernfalls wäre das im Gesetz statuierte behördliche Zuteilungsverfahren obsolet), und das Gesetz spricht klar davon, dass die Behörde auf Begehren des Ansprechers, also des Bauwilligen entscheidet, § 230 Abs. 2 PBG.

<sup>114</sup> SIMONIUS/SOMM § 13 Rn. 73; Urteil 5A\_828/2010 E. 3.4.

<sup>115</sup> BEZ 2004 Nr. 18 E. 7.a. FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF S. 553.

<sup>116</sup> Das deckt sich mit der Auffassung des Baurekursgerichts, dass sich im Streitfall auch der Nachbar nach § 230 Abs. 2 PBG an die Baubehörde wenden könne, eine Auffassung die das Bundesgericht allerdings in Frage stellt (vgl. nachstehend).

<sup>117</sup> Urteil 5A\_828/2010, E. 3.3.3 und 3.4. An gleicher Stelle wirft das Bundesgericht die Frage auf (ohne sie zu beantworten), ob es überhaupt zulässig sei, einen Entscheid nach § 230 Abs. 2 PBG auch auf Begehren des Nachbarn zu treffen, wie das in BEZ 2004 Nr. 18 angenommen wird.

<sup>118</sup> Urteil 5A\_828/2010, E. 3.5.

<sup>119</sup> Bis zur Revision des PBG im Jahr 1991 war nach § 230 Abs. 1 PBG die Entschädigung im Schätzungsverfahren (nach dem Abtretungsgesetz von 1879) zu bemessen. Der Langwierigkeit eines solchen Verfahrens wurde damit begegnet, dass sich der Bauherr durch Sicherheitsleistung die Baufreigabe erkaufen konnte. Die Festsetzung der Entschädigung durch die Baubehörde sollte das Verfahren beschleunigen (vgl. Weisung Nr. 3027 des Regierungsrates vom 11. Oktober 1989, Änderung des PBG).

<sup>120</sup> BRGE I Nr. 54/2014 E. 4.2.

<sup>121</sup> Der Weiterzug an das Verwaltungsgericht ist seit der Revision des Rechtsschutzes im PBG von 2013, in Kraft seit Juli 2014, formell möglich. Davor entschieden die Baurekurskommissionen als einzige Instanz (§ 330 lit. c aPBG, vgl. BEZ 2004 Nr. 18 E. 9), was verfassungswidrig war (vgl. Weisung des Regierungsrates 4777 vom 9. März 2011).

<sup>122</sup> BSK-KLETT/ESCHER N 4 zu Art. 72 BGG.

<sup>123</sup> BSK-FÉRAUD N 2 zu Art. 18 BGG und N 2 zu Art. 22 BGG; Stämpfli Handkommentar Bundesgerichtsgesetz, Bern 2007, SEILER N 2 zu Art. 22 BGG (Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG sieht auch eine Beschwerde in Zivilsachen vor, wenn öffentlichrechtliche Entscheide angefochten werden, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zivilrecht stehen, vgl. BSK-KLETT/ESCHER N 3 zu Art. 72 BGG.).

<sup>124</sup> Für die zivilrechtliche Beschwerde muss der Streitwert mindestens CHF 30000 betragen (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Wird dieser Streitwert nicht erreicht, ist die Beschwerde dann zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG), andernfalls bleibt nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Art. 113 und Art. 116 BGG), z. B. Urteile 5A\_796/2013 E. 1.3 (Notweg) und 5A\_362/2012 E. 1 (Notleitungsrecht).

<sup>125</sup> Art. 29 Abs. 2 lit. f BGerR für die I. öffentlich-rechtliche Abteilung (betreffend die Eigentumsgarantie), Art. 32 Abs. 1 lit. a Zif. 4 BGerR für die II. zivilrechtliche Abteilung (betreffend das Sachenrecht).

<sup>126</sup> Art. 22 BGG, BSK-FÉRAUD N. 2 zu Art. 22 BGG.

