

## Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

### 2. Privatrecht/Droit privé

#### 2.6. Sachenrecht – allgemein/Droits réels – en général

##### 2.6.1. Das Eigentum/La propriété

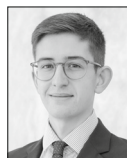
##### Sicherung mit Erdnägeln als Eigentumsverletzung

##### Besprechung von BGer, 5A\_319/2021, 2.6.2022

Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A\_319/2021 vom 2. Juni 2022, A. gegen B. und C., Eigentumsfreiheitsklage.



ARNOLD F. RUSCH\*



RETO GIEZENDANNER\*\*

*Das Bundesgericht bestätigt seine Rechtsprechung zur Beurteilung allfälliger Eigentumsverletzungen durch Erdnägeln. Bei diesen ist Art. 641 Abs. 2 ZGB anwendbar; ein eigentumsbezogenes Ausübungsinteresse des betroffenen Grundeigentümers dürfte gestützt auch auf noch nicht konkret geplante, aber wahrscheinlich zu errichtende Erdsonden bestehen. Die Beweislast des Ausübungsinteresses im Sinne des Art. 667 Abs. 1 ZGB trifft gemäss Bundesgericht den von den Erdnägeln betroffenen Grundeigentümer, nicht den Eingreifer. Dies verdient eine Neubeurteilung.*

### I. Sachverhalt

Im Jahr 2012 errichtete eine Baufirma beim Erstellen einer Baugrube auf dem Grundstück des Beklagten (Beschwerdeführer) mit zwei Metern Abstand zur Parzellengrenze eine Spritzbetonwand, die sie mit zwanzig Erdnägeln sichern musste. Diese bis zu 8 m tief liegenden Erdnägeln ragten zwischen 2,1 und 4,5 m über die Parzellengrenze hinaus unter die Garage samt Vorplatz der Kläger (Beschwerdegegner).

Die Kläger verlangten im Januar 2016 vor dem Bezirksgericht Zofingen die Entfernung der Erdnägeln und die Auffüllung der Hohlräume. Sie machten geltend, ihre bestehende Gasheizung aufgrund deren Alters bald ersetzen

zu müssen, weshalb sie den Bau einer Wärmepumpe mit Erdsonde an dieser Stelle beabsichtigten.

Das Bezirksgericht hiess die Klage im Dezember 2019 gut und verpflichtete den Beklagten zur Entfernung der Erdnägeln. Der Beklagte gelangte in der Folge ohne Erfolg ans Obergericht des Kantons Aargau. Daraufhin erhob er erfolglos Beschwerde ans Bundesgericht.<sup>1</sup>

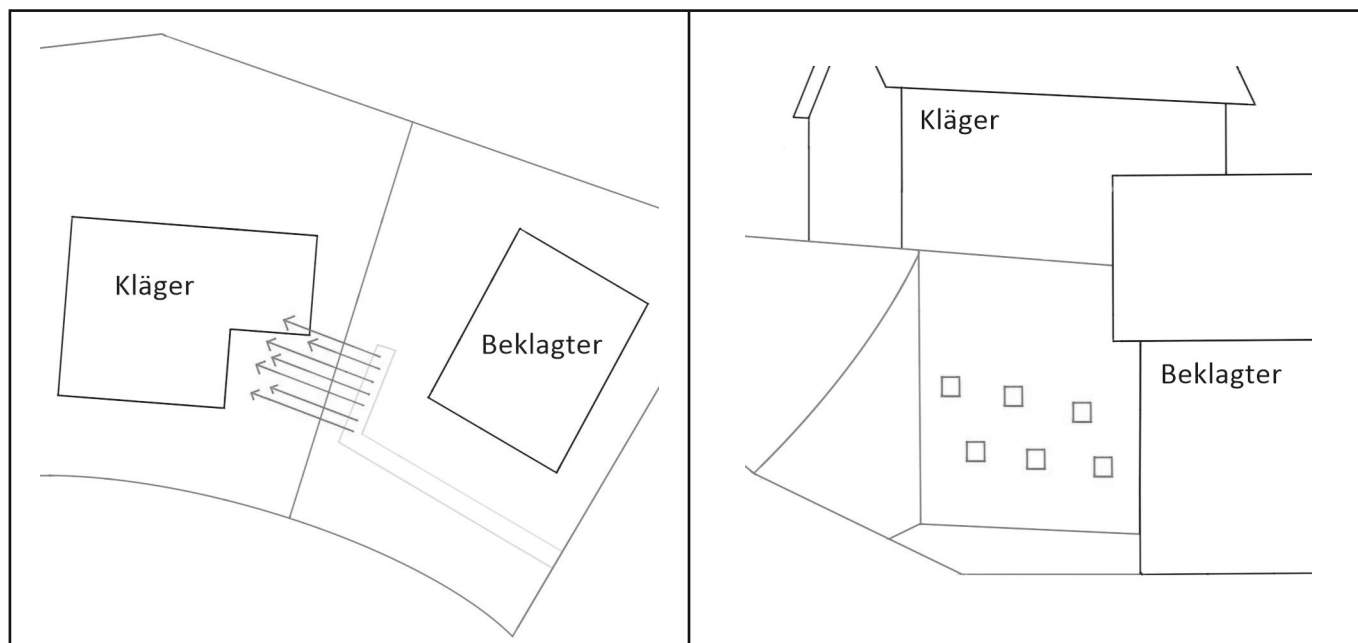
### II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht prüfte in einem ersten Schritt die Passivlegitimation des Beklagten. Zu beurteilen war einerseits die Anspruchsgrundlage, folglich die Abgrenzung der Eigentumsfreiheitsklage (Art. 641 Abs. 2 ZGB) von der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers (Art. 679 ZGB), andererseits der Umfang des Begriffs des *Störers*. Die Erwägungen des Obergerichts zur Abgrenzung der Anspruchsgrundlagen bestätigte das Bundesgericht mit Verweis auf seine Rechtsprechung, wonach bei einer *unmittelbaren Einwirkung* auf das Nachbargrundstück die Eigentumsfreiheitsklage einschlägig sei. Eine Klage sei nur dann auf Art. 679 ZGB zu stützen, wenn die Eigentumsverletzung einzig eine indirekte Folge der Ausübung des Eigentumsrechts auf einem anderen Grundstück darstelle. Der Beklagte hatte geltend gemacht, er könne als Grundeigentümer im vorliegenden Fall nur passivlegitimiert sein, wenn er nach Massgabe der Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR) für das Handeln der von ihm beauftragten Personen einzustehen hätte. Das Ober- und das Bundesgericht folgten dieser Ansicht nicht: *«Im Gegensatz zum schuldrechtlichen Schadenersatzanspruch nach Art. 55 OR hat der in Art. 641 Abs. 2 ZGB verankerte dingliche Anspruch auf Abwehr ungerechtfertigter Einwirkungen seinen Rechtsgrund gerade nicht im Verhalten der belangten Person, sondern in der Ausschliessungswirkung des Sacheigentums der ansprechenden Partei. Ist die ungerechtfertigte Einwirkung im Sinne von Art. 641 Abs. 2 ZGB aber kein Haftungstatbestand, so kommt es auch nicht darauf an, ob der Beschwerdeführer, von dessen Grundstück die unmittelbare Einwirkung in die Substanz der Nachbarliegenschaft ausgeht, im haftpflichtrechtlichen Sinne das Verhalten derjenigen Personen zu verantworten hat, durch die er die ungerechtfertigte Störung des Nachbargrundstücks veranlasst hat. Vielmehr genügt es, dass ihm der Eigentumseingriff im oben beschriebenen Sinne zuzurechnen ist. Zu Recht lässt der angefochtene Entscheid für die Passivlegitimation die (unbestrittene) Tatsache genügen, dass der Beschwerdeführer den Einbau der Erdnägeln bis in den Untergrund des Grundstücks der Beschwerdegegner veranlasst hat»* (E. 3.5).

\* ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Universität St. Gallen.

\*\* RETO GIEZENDANNER, IRP-HSG, Universität St. Gallen.

<sup>1</sup> BGer, 5A\_319/2021, 2.6.2022; OGer AG, ZOR.2020.34, 16.2.2021.



Draufsicht (links) und Ansicht (rechts) der Konfliktsituation. Die Erdnägel ragen vom Grundstück des Beklagten ins klägerische Grundstück (Pfeile in der Darstellung links, Quadrate in der Darstellung rechts).

In einem zweiten Schritt hatte das Bundesgericht zu prüfen, ob die Kläger durch die Erdnägel in ihren Eigentümerinteressen betroffen sind. Damit sich das Grundeigentum ins Erdreich erstreckt, bedarf es eines entsprechenden Ausübungsinteresses (Art. 667 Abs. 1 ZGB). Das Bundesgericht rief vorab in Erinnerung, dass ein bloss zukünftiges Ausübungsinteresse dann ausreiche, wenn dessen Verwirklichung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge in absehbarer Zukunft als wahrscheinlich erscheine (E. 4.1). Dabei seien die Lage und Art des Grundstücks, die geplante Nutzung sowie die technischen oder rechtlichen Hindernisse zu beachten (E. 4.1). Da die Beurteilung der Schutzwürdigkeit eines Ausübungsinteresses dem Einzelfallermessen der Vorinstanz unterliegt, wies das Bundesgericht sodann auf seine eingeschränkte Kognition hin (E. 4.1). Da der Beklagte nach Ansicht des Bundesgerichts einzig eine andere Gewichtung einzelner Beweise forderte, trat es nicht darauf ein und bezeichnete die Rüge stattdessen als «pauschal», «unbehelflich» und «unbegründet» (E. 4.5).

### III. Bemerkungen

#### A. Zur Passivlegitimation

Das Bundesgericht hatte in einem ersten Schritt zu klären, auf welche Grundlage sich der geltend gemachte Anspruch stützt. Es hielt fest, dass bei einem direkten Eigentumseingriff die Eigentumsfreiheitsklage (Art. 641 Abs. 2 ZGB)

und nicht die nachbarschaftsrechtliche Grundeigentümerhaftung (Art. 679 ZGB) anzuwenden sei.<sup>2</sup> Bei indirekten Eingriffen geht Art. 679 ZGB als *lex specialis* vor.<sup>3</sup> Anhand welcher Kriterien die Abgrenzung zwischen direkten und indirekten Eingriffen zu erfolgen hat, ist in der Lehre umstritten,<sup>4</sup> vorliegend aber irrelevant, da ein Eigentumseingriff mit Erdnägeln zweifellos direkter Art wäre.

Es ist in Lehre und Rechtsprechung unbestritten, dass es zur Passivlegitimation für eine Eigentumsfreiheitsklage keines Verschuldens des Beklagten bedarf.<sup>5</sup> Eine «nach Kausalitätsgesichtspunkten zuzurechnende Einwirkung»

<sup>2</sup> BGer, 5A\_319/2021, 2.6.2022, E. 3.4; so etwa bereits BGE 107 II 134 E. 3c.

<sup>3</sup> BGE 107 II 134 E. 3c; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Art. 641 N 64, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-Verfasser).

<sup>4</sup> Vgl. etwa ARNOLD F. RUSCH, Haftpflichtrecht – Wichtige Urteile, in: Thomas Probst/Franz Werro (Hrsg.), Strassenverkehrsrechts-Tagung 24.–25. Juni 2014, Bern 2014, 227 ff., 245, wonach eine Abgrenzung zwischen Imponderabilien und Ponderabilien erfolgen sollte. A.M. etwa MEIER-HAYOZ oder REY/STREBEL, welche eine Einzelfallabwägung einer Kategorisierung vorziehen, vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Grundeigentum II, Art. 680–701 ZGB, 3. A., Bern 1975, Art. 684 ZGB N 83; BSK ZGB II-REY/STREBEL (FN 3), Art. 684 N 22 ff.

<sup>5</sup> Vgl. anstatt vieler BGE 145 III 121 E. 4.1 und BGer, 5A\_319/2021, 2.6.2022, E. 3.4; ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Eigentum: Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654 ZGB, 5. A., Bern 1981 (zit. BK-MEIER-HAYOZ), Art. 641 ZGB N 96; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND

genügt, weshalb bereits die Stellung als veranlassende Auftraggeberin oder Bestellerin eine Passivlegitimation des Beklagten zu begründen vermag.<sup>6</sup>

*Überzeugt die Bejahung der Passivlegitimation gestützt auf die Kausalität?* Der Beklagte wollte sich nur eine Zurechnung gemäss Art. 55 Abs. 1 OR gefallen lassen (E. 3.5). Diese erfordert das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses, eines funktionellen Zusammenhangs zwischen der Verrichtung und dem Schaden und eines gescheiterten Befreiungsbeweises.<sup>7</sup> Wer Folgenerwägungen tätigt, merkt sofort, dass dieses Konzept bei den meisten von einem Grundstück ausgehenden Substanzverletzungen keinen Schutz verspricht: Die Nutzer eines Gassenzimmers<sup>8</sup> beispielsweise sind dessen Betreiber nicht subordiniert. Sie handeln nicht in Erfüllung ihrer geschäftlichen Verrichtungen und sind zu keinem Zeitpunkt Gegenstand einer Auswahl. Handelt der Eingreifer durch einen mit Werkvertrag betrauten Unternehmer, fehlt dessen Subordination. Gängig ist die Unterscheidung in Verhaltensstörer und Zustandsstörer – gegen beide stehen Klagen aus Art. 641 Abs. 2 ZGB offen:<sup>9</sup> «Dabei ist Verhaltensstörer, wer durch sein eigenes Verhalten oder durch das Verhalten Dritter, für die er einstehen muss, den Besitz oder das Eigentum eines anderen unmittelbar stört oder gefährdet [...]. Zustandsstörer ist, wer die tatsächliche oder rechtliche Herrschaft über Sachen hat, welche den Besitz oder das Eigentum eines anderen unmittelbar stören oder gefährden; dies ist primär der Eigentümer des Grundstücks, von welchem die Störung ausgeht [...].»<sup>10</sup> Überzeugender, da einfacher verständlich, scheint die heuristisch verkürzte Verortung der Passivlegitimation bei der Person, die eine Störung verhindern oder

beseitigen kann.<sup>11</sup> Es ist ein Konzept, das einerseits über die blossе Kausalität hinausgeht. Der Verzicht auf strengere Zurechnungserfordernisse lässt sich andererseits mit der grundlegenden Überlegung begründen, dass Eigentum verpflichtet.<sup>12</sup>

## B. Zum Ausübungsinteresse

Ein bloss künftiges Ausübungsinteresse reicht dann aus, wenn dessen Verwirklichung *nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge in absehbarer Zukunft wahrscheinlich* ist.<sup>13</sup> Diese Formel lässt zu wünschen übrig. Ein schutzwürdiges Interesse des gegenwärtigen Eigentümers besteht unseres Erachtens auch darin, dass keine Beschränkung von Nutzungen künftiger Eigentümer erfolgt – alleine schon aufgrund der Werterhaltung des eigenen Bodens. Treffend äussert sich dazu MÉROT: «on considère cet intérêt le plus objectivement possible, en évitant, autant que faire se peut, de le mesurer à la seule aune de la volonté et des désirs subjectifs du propriétaire.»<sup>14</sup> Demnach ist ein abstraktes Ausübungsinteresse zu prüfen, also dasjenige, welches ein vernünftiger Dritter an der betroffenen Stelle in Zukunft beanspruchen könnte.<sup>15</sup> Verschiedene Stimmen in der Lehre forderten schon länger grundsätzlich die Prüfung eines abstrakten Interesses,<sup>16</sup> fanden beim Bundesgericht aber

(FN 3), Art. 641 N 62; PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Bd. I, 6. A., Bern 2019, N 1421.

<sup>6</sup> BGer, 5A\_319/2021, 2.6.2022, E. 3.4; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND (FN 3), Art. 641 N 62.

<sup>7</sup> BSK OR I-KESSLER, Art. 55 N 7 f., 12 f., 15, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), OR I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2020.

<sup>8</sup> Vgl. dazu BGE 119 II 411.

<sup>9</sup> JÖRG SCHMID/DOMINIC BUTTLIGER, Fehlgeleitete Fussbälle und Eigentumschutz der Nachbarn, BR 2013, 314 f., 315: «Kein taugliches Abgrenzungskriterium zwischen den genannten Ansprüchen ist [...] der Umstand, dass die Kläger ihre Klage gegen die beklagte Stadt (Zustandsstörerin) und nicht gegen die eindringenden Fussballspieler (Verhaltensstörer) gerichtet haben: Auch bei der Negatorienklage von Art. 641 Abs. 2 ZGB ist nicht nur der unmittelbare Täter passivlegitimiert, sondern jeder «Störer», also auch jede Person, welche den unerlaubten Eingriff veranlasst, duldet, ermöglicht oder begünstigt»; RUSCH (FN 4), 244; JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6. A., Zürich 2022, N 680; vgl. die Begründung in BGer, 5A\_176/2009, 5.6.2009, E. 6.2.4; vgl. aber BGer, 5A\_884/2012, 16.5.2013, E. 4.3.

<sup>10</sup> BGE 145 III 121 E. 4.1.

<sup>11</sup> Dieses Konzept bei THOMAS RAFF, Münchener Kommentar, 9. A., München 2023, § 1004 N 156.

<sup>12</sup> Vgl. dazu CHRISTOPH THOLE, Staudinger BGB, Berlin 2019, § 1004 N 266.

<sup>13</sup> BGer, 5A\_245/2017, 4.12.2017, E. 3.1; BGE 132 III 353 E. 2.1; vgl. auch BGE 100 IV 155 E. 2.

<sup>14</sup> STÉPHANE MÉROT, Les sources et les eaux souterraines, Etude des législations fédérales et vaudoises, Lausanne 1996, 22.

<sup>15</sup> So auch mit treffender Begründung in Deutschland, vgl. BGH, VI ZR 229/92, 1.2.1994, E. 2c/cc: «Bei der Frage, ob der Eigentümer eine Einwirkung auf sein Grundstück verbieten kann, ist jedoch nicht nur die gegenwärtige Nutzung massgebend. Zu berücksichtigen sind vielmehr auch solche Umstände, die erst in der Zukunft eine Behinderung besorgen lassen [...]. Hier waren die Fernmeldekabel der Kl. in einer Tiefe von 2 oder 2,3 Metern unter der Erdoberfläche verlegt. Versorgungsleitungen in einer solchen Tiefe können grundsätzlich die bauliche Ausnutzbarkeit eines grossen innerstädtischen Grundstücks, um das es sich hier handelt, berühren und daher einer späteren Bebauung hinderlich sein»; vgl. BGH, V ZR 143/56, 15.5.1957, E. 1: «Die Bekl. hat sich aber mit Recht darauf berufen, dass sie möglicherweise in Zukunft den Luftraum selbst benötigen werde. Es ist anerkannt, dass bei der Prüfung, ob ein Interesse des Eigentümers i.S. des § 905 Satz 2 BGB gegeben ist, auch die zukünftige Entwicklung zu beachten ist [...].»

<sup>16</sup> LUKAS MATZKE, Zwei Entscheide des Bundesgerichts zur vertikalen Ausdehnung des Grundeigentums im Untergrund BGE 132 III 353 ff. und 132 III 689 ff., recht 2007, 235 ff., 240; MÉROT (FN 14), 22; JUSTIN THORENS, L'étendue en profondeur de la propriété foncière, La propriété foncière et l'utilisation nouvelle du sous-sol, garage souterrain, etc., RDS 1970, 255 ff., 272 f.

kein Gehör.<sup>17</sup> Im Zusammenhang mit Erdnägeln ist folglich die Frage relevant, welche Nutzung des Untergrunds der Eigentümer beabsichtigt. Je nach Projekt kommt es sodann darauf an, ob es sich um permanent oder temporär gespannte Erdnägeln handelt.

Nur temporär gespannte Erdnägeln verbleiben nach ihrer Entspannung ohne Funktion im Boden, da ein Herausziehen nicht oder nur schwer möglich ist.<sup>18</sup> Bei einem späteren Aushub an der betroffenen Stelle ist deren Entfernung demgegenüber problemlos möglich, weshalb sie ein Ausübungsinteresse, in dessen Rahmen eine Entfernung möglich ist, nicht tangieren.<sup>19</sup> Permanente Erdnägeln hingegen dienen auf absehbare Zeit der Baugruben- oder Hangsicherung, bleiben somit gespannt und lassen sich folglich nicht ohne Gefährdung des gesicherten Erdreichs entfernen.

Im vorliegenden Fall war das Ausübungsinteresse jedoch nicht in Bezug auf einen Aushub zu prüfen, sondern auf die Installation einer Erdsonde, also einer Bohrung. Aus den Urteilen des Ober- und des Bundesgerichts geht nicht explizit hervor, ob die Erdnägeln nur zur temporären Baugrubensicherung oder auch zur permanenten Hangsicherung vorgesehen waren. Die im Urteil des Obergerichts zitierten Zeugenaussagen (*«Das war temporäre Sache»*)<sup>20</sup> lassen wohl den Schluss zu, dass die Bauleute die Erdnägeln nach Vollendung der Arbeiten wieder entspannt hätten, was angesichts der in den Urteilen beschriebenen Hanglage indes schwer vorstellbar ist.<sup>21</sup> Man könnte jetzt glauben, dass eine Bohrung auf unproblematische Weise einfach an den Erdnägeln vorbei erfolgen kann. Die beauftragte Firma erläuterte vor Gericht, dass am Bohrschlagteil und an der Bohrkronen erheblicher Schaden entstehen könne, sollten diese auf einen Erdnagel treffen.<sup>22</sup> Die besonders dichte Durchsetzung des klägerischen Bodens mit Erdnägeln

macht eine künftige Bohrung planerisch aufwendig. Es resultiert folglich eine erhöhte Wahrscheinlichkeit einer Kollision des Bohrkopfes mit einem Erdnagel.<sup>23</sup>

In einem anderen Urteil hat das Bundesgericht ein Ausübungsinteresse des Grundeigentümers verneint, weil ein gezieltes Vorbeibohren an den Erdnägeln möglich sei: *«[...] es müssten höchstens einzelne Bohrungen versetzt ausgeführt werden, wenn sie auf eine Stahlstange oder ein Litzenkabel der Verankerung träfen.»*<sup>24</sup> Die Rechtsprechung der Gerichte hat sonst auf alternative Bauformen und Ausweichmöglichkeiten keine Rücksicht genommen.<sup>25</sup> Ebenso wenig berücksichtigt die zitierte Erwägung, dass der Bohrkopf bei einem Zusammentreffen mit dem Erdanker Schaden nehmen könnte. Es spricht deshalb einiges dafür, dass es sich bei diesem Urteil um einen Ausreisser handelt.<sup>26</sup> Das Endergebnis des hierin besprochenen Urteils überzeugt somit.

## C. Zur Beweislast

### 1. Die Beweislastregelung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht bestätigt seine Rechtsprechung zur Beweislastverteilung bei Eigentumseingriffen im Untergrund, wonach der Eigentümer eines Grundstückes, in dessen Substanz der Eingriff erfolgt, sein Ausübungsinteresse beweisen muss. Es stützt sich dabei auf den Umstand, dass nach Schweizer Konzeption das Eigentumsrecht nicht ins Unendliche reicht und die Eigentümer die geplante Nutzung besser kennen als der Eingreifer.<sup>27</sup> Diese Ansicht überzeugt nicht.

### 2. Der Beweis sollte dem Eingreifer obliegen

Gemäss dem Wortlaut von Art. 667 Abs. 1 ZGB reicht das Eigentum so weit in die Tiefe, wie *«für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht»*. Dies kann den Anschein erwecken, dass die Eigentümerin ihr Interesse nachzuweisen habe, also die für das Ausübungsinteresse rechtsbegründende Tatsache beweisen müsse. Eine Auslegung allein nach dem Wortlaut ist bei der Beweislastverteilung jedoch nicht angebracht,<sup>28</sup> zumal im vorliegenden Fall die Formulierung ohnehin unklar ist. Stattdessen ist auf die Eigentumskonzeption abzustellen, wonach das Eigentum grundsätzlich

<sup>17</sup> Nebst dem vorliegenden Fall exemplarisch auch in BGE 132 III 353, in welchem das Bundesgericht das Interesse eines Bogenschützenvereins verneinte, in 28 Metern Tiefe unter einer Liegenschaft in der Innenstadt von Lausanne sein Eigentum auszuüben. Es begründete sein Urteil, nebst weiteren Ausführungen, auch mit dem Vereinszweck (E. 4.1).

<sup>18</sup> Vgl. OGer ZH, LF110101, 18.5.2012, E. 4 – in diesem Fall scheiterte das Herausreißen der Erdnägeln trotz mehrmaligen Versuchen und 35 Tonnen Zugkraft daran, dass die Erdnägeln abgebrochen sind.

<sup>19</sup> Vgl. die Auseinandersetzung in KassGer ZH, AA100002, 22.10.2010, E. 2: *«Ein entspannter Erdnagel kann bei einem Aushub wie eine Wurzel entfernt werden.»* Das Urteil ging schliesslich von einer grundsätzlichen Entfernbarkeit der Erdnägeln ohne Abgrabungsarbeiten aus (E. 3b).

<sup>20</sup> OGer AG, ZOR.2020.34, 16.2.2021, E. 6.4.3.1.

<sup>21</sup> Der Baugrund erwies sich als äusserst instabil, was sich anhand der Aussagen *«Triebsand»*, *«extrem»*, *«Meter für Meter ankleben»* als Erkenntnis aufdrängt, vgl. OGer AG, ZOR.2020.34, 16.2.2021, E. 6.4.3.1.

<sup>22</sup> OGer AG, ZOR.2020.34, 16.2.2021, E. 6.3.5.3.

<sup>23</sup> OGer AG, ZOR.2020.34, 16.2.2021, E. 6.3.5.3.

<sup>24</sup> BGer, 5A\_245/2017, 4.12.2017, E. 3.2.

<sup>25</sup> BGE 103 II 96 E. 4; vgl. auch KGer GR, ZK1 14 34, 9.7.2014, E. 4c.

<sup>26</sup> Vgl. dazu LEONIE DÖRIG, Das Recht zur Nutzung der Erdwärme, Diss. Zürich/St. Gallen 2019, N 356.

<sup>27</sup> BGE 132 III 689 E. 4.4.2.

<sup>28</sup> HANS PETER WALTER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-WALTER), Art. 8 ZGB N 443.

unbegrenzt und uneingeschränkt ist und Einschränkungen einer besonderen Begründung bedürfen.<sup>29</sup> Das Wesen des so verstandenen Eigentums verlangt im Sinne des im Beweisrecht einschlägigen Regel-Ausnahme-Prinzips, dass der Eingreifer das Recht zum Eingriff beweisen muss.<sup>30</sup> Daraus folgt, dass derjenige rechtshindernde Tatsachen darlegen muss, der sie anruft.<sup>31</sup> Der Eingreifer, der Erdnägel in das Grundstück des Nachbarn bohren lässt, muss folglich darlegen, weshalb dessen Eigentumsrecht nicht bis in die beanspruchte Tiefe reicht.

### 3. Eine Beweislastumkehrung in einzelfallabhängiger Tiefe ist nicht angebracht

Nebst MEIER-HAYOZ ist auch JUNGO der Ansicht, dass «das Ausübungsinteresse a priori gegeben und nicht zu beweisen»<sup>32</sup> sei, stützt sich dabei jedoch auf die vertrauensbasierte Beweislastverteilung.<sup>33</sup> Dies hat zur Folge, dass JUNGO ab einer bestimmten Tiefe die Beweislast umkehren und dem Eigentümer auferlegen möchte.<sup>34</sup> Die für die Beweislastumkehrung massgebliche Tiefe sei dabei in einer Einzelfallabwägung dort festzusetzen, wo das Ausübungsinteresse fehle, «weil schlicht der Zugang zu diesen Räumen fehlt».<sup>35</sup> Demnach kehre die Beweislast in der Tiefe, in

welcher ein «Ausübungsinteresse nach Vertrauenskriterien a priori nicht mehr besteht».<sup>36</sup> Dies überzeugt nicht.

Erstens ist das Vordringen in grosse Tiefen heute technisch problemlos möglich, weshalb Räume ohne Zugang erst ab einer Tiefe bestehen, in welcher andere Nutzungen praktisch undenkbar sind. Eine Erdwärmesonde für ein Einfamilienhaus bedarf Bohrungen in zumindest rund 100 Metern Tiefe, wobei Bohrungen bis zu 500 Metern üblich sind.<sup>37</sup>

Zweitens rechtfertigt das Wesen des Eigentums als absolutes Recht eine solche Beweislastumkehr nicht. Es ist nicht ersichtlich, weshalb das Eigentum ab einer im Einzelfall festzulegenden – im Resultat wohl in erster Linie arbiträren – Tiefe weniger schutzbedürftig sein soll. Stattdessen ist eine strikte Anwendung des Regel-Ausnahme-Prinzips anzustreben, welches den Beweis des Fehlens des Ausübungsinteresses am Eigentum verlangt.

Zuletzt würde eine Beweislastumkehr im Sinne JUNGOs in der Praxis Rechtsunsicherheit schaffen, was speziell im Beweisrecht zu vermeiden ist.<sup>38</sup> Die gerichtliche Verteilung der Beweislast im Einzelfall bewirkt, dass in strittigen Fällen beide Parteien gut beraten sind, ihren Standpunkt beweisen zu wollen, um für eine Auferlegung der Beweislast gerüstet zu sein. Dies schafft Doppelspurigkeiten, die sich durch eine unconditionelle Beweislastverteilung vermeiden lassen.

### 4. Zum Beweis über negative Tatsachen als Folge der vorgeschlagenen Beweislastverteilung

Die Zuweisung der Beweislast an den Eingreifer schafft Herausforderungen bei der Beweisführung, da er darlegen muss, weshalb ein geltend gemachtes Ausübungsinteresse der Eigentümerin nicht mit der geplanten Bautätigkeit in Konflikt steht. So müsste im vorliegenden Fall der Beklagte als Eingreifer zeigen, dass die Erdnägel eine geplante Erdsondenbohrung der Kläger nicht tangieren. Dies bedeutet, dass ein Negativum zu beweisen ist, was aufgrund der Vielzahl und Dichte der darzulegenden Sachumstände nicht stringent möglich ist.<sup>39</sup> Der Beklagte kann nicht wissen, auf welche Ausführungsinteressen sich die Kläger berufen, und ist entsprechend nicht in der Lage, diese in einer Gesamtheit zu widerlegen.

Den Klägern wäre deshalb nach Treu und Glauben eine beweisrechtliche Mitwirkungspflicht aufzuerlegen, wonach

<sup>29</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND (FN 3), Art. 641 N 9; BK-MEIER-HAYOZ (FN 5), Systematischer Teil N 310.

<sup>30</sup> Vgl. die passenden Überlegungen zum deutschen § 905 BGB in BGH, III ZR 146/78, 23.10.1980, E. 1d: «Die Beklagte, die [...] in der Tiefe eine Einwirkung auf das Grundeigentum vornimmt, ist dafür beweispflichtig, dass der Eigentümer an der Ausschliessung kein Interesse hat [...]»; im Grundsatz auch ALEXANDRA JUNGO, Zürcher Kommentar, Zivilgesetzbuch, Art. 8 ZGB, Beweislast, 3. A., Zürich 2018 (zit. ZK-JUNGO), Art. 8 ZGB N 604: «Diese Eigentumskonzeption des ZGB bedeutet, dass Eigentum grundsätzlich unbegrenzt und uneingeschränkt ist und dass jede Einschränkung auf einem besonderen Rechtsgrund beruhen muss, jede Störung sogleich abgewendet werden kann. Dem steht nicht entgegen, dass das Grundeigentum nach oben und nach unten nur so weit ausgedehnt ist, als das Interesse des Grundeigentümers reicht (Art. 667 Abs. 1 ZGB). Nach der vertrauensbasierten Beweislastverteilung ist das Ausübungsinteresse a priori gegeben und nicht zu beweisen. Vielmehr hat die Grenze des Interesses, das Fehlen des Interesses zu beweisen, wer sich darauf beruft und sich gestützt darauf in die Eigentumssphäre einer anderen Person einmischen will. Die Formulierung von Art. 667 Abs. 1 ZGB widerspricht dieser Beweislastverteilung nicht, zumal bekannt ist, dass der Satzbau einer Norm (modifizierte Normentheorie) im ZGB keine verlässlichen Schlüsse auf die Beweislastverteilung zulässt [...]»; so auch MATZKE (FN 16), 241 f.

<sup>31</sup> Allgemein zu den generell-abstrakten Beweisregeln: ZK-JUNGO (FN 30), Art. 8 ZGB N 192.

<sup>32</sup> ZK-JUNGO (FN 30), Art. 8 ZGB N 604.

<sup>33</sup> ZK-JUNGO (FN 30), Art. 8 ZGB N 604; ALEXANDRA JUNGO, Beweislastfragen im Sachenrecht, ZGBR 2021, 69 ff.

<sup>34</sup> ZK-JUNGO (FN 30), Art. 8 ZGB N 604.

<sup>35</sup> JUNGO (FN 33), 79.

<sup>36</sup> JUNGO (FN 33), 79.

<sup>37</sup> Geothermie.ch, Alles über Erdwärmesonden, 3, Internet: [http://geothermie-schweiz.ch/wp\\_live/wp-content/uploads/2016/01/GEOTHERMIE-FACTSHEET-ERDWAERMESONDEN.pdf](http://geothermie-schweiz.ch/wp_live/wp-content/uploads/2016/01/GEOTHERMIE-FACTSHEET-ERDWAERMESONDEN.pdf) (Abruf 2.1.2023).

<sup>38</sup> Vgl. ZK-JUNGO (FN 30), Art. 8 ZGB N 205 f.

<sup>39</sup> BK-WALTER (FN 28), Art. 8 ZGB N 340.

sie die relevanten Ausübungsinteressen geltend zu machen und substantiiert dazulegen haben.<sup>40</sup> Dies erlaubt es dem Beklagten, die geltend gemachten Ausübungsinteressen auf ihre Verträglichkeit mit dem Substanzeingriff zu untersuchen und substantiiert zu widerlegen. Verweigern die Kläger die Mitwirkung, so setzen sie sich dem Vorwurf der Beweisvereitelung aus.<sup>41</sup> Das Bundesgericht anerkennt eine verstärkte Mitwirkungspflicht im Rahmen negativer Beweise.<sup>42</sup> Nicht angemessen wäre hingegen der Schluss, die Herausforderungen beim Beweis unbestimmter Negativa sollten zu einer Beweislastumkehr führen: Die Interessenlage rechtfertigt ein solches Vorgehen nicht, soll doch gerade der Eingreifer das Risiko der Beweislosigkeit tragen.<sup>43</sup>

#### D. Empfehlungen für die Praxis

Der Eingreifer hat, sofern der betroffene Grundeigentümer keine Hand zu Erdnägeln bietet, vorerst die Feststellung des fehlenden Ausübungsinteresses zu beantragen. In einem zweiten Schritt richtet sich die Klage auf Duldung der Erdnägeln.<sup>44</sup> Dieses Recht lässt sich in einigen Kantonen auf das *Hammerschlagsrecht* stützen (strittig).<sup>45</sup>

Angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Beweislast sollte der betroffene Eigentümer möglichst konkrete Anstalten zur Erdsondenbohrung vorzeigen, um sein Ausübungsinteresse bezüglich des Eigentums darlegen zu können. Denkbar ist etwa das Durchführen einer Begehung mit einem spezialisierten Unternehmen,<sup>46</sup> das Einholen einer Offerte oder das Erstellen einer Projektplanung.<sup>47</sup>

Ist ein Ausübungsinteresse zu bejahen, so steht es den Parteien frei, einvernehmlich eine Überbaurechtsdienstbar-

keit zu errichten.<sup>48</sup> Dadurch verliert die in ihrem Eigentum verletzte Partei ihren Beseitigungsanspruch,<sup>49</sup> gleichzeitig ist sichergestellt, dass auch zwischen Rechtsnachfolgern keine Streitigkeiten entstehen.<sup>50</sup>

<sup>40</sup> Zur Pflicht der Mitwirkung nach dem Gebot des prozessualen Handelns nach Treu und Glauben: BK-WALTER (FN 28), Art. 8 ZGB N 353; ZK-JUNGO (FN 30), Art. 8 ZGB N 309.

<sup>41</sup> BK-WALTER (FN 28), Art. 8 ZGB N 353.

<sup>42</sup> Vgl. BGE 137 II 313 E. 3.5.2 m.w.H.; BGer, 4A\_611/2018, 5.6.2019, E. 3.6; 1C\_182/2019, 17.8.2020, E. 4.1.

<sup>43</sup> Vgl. ZK-JUNGO (FN 30), Art. 8 ZGB N 309; vgl. auch CHRISTOPH VON GREYERZ, Der Beweis negativer Tatsachen, Diss. Bern 1962, 42, der eine Beweislastumkehr bei negativen Tatsachen befürwortet, wenn der Negativbeweis «normalerweise unmöglich oder kaum zu erbringen ist», die Beweislastumkehr für den Beweisgegner nicht unbillig sei sowie Sinn und Wortlaut der Gesetzesbestimmung der Beweislastumkehr nicht entgegenstünden.

<sup>44</sup> MICHAEL NAGEL, Die Klage auf Einbringung von temporären Erdankern und Nagellanzen, AJP 2021, 40 ff., 42 f.

<sup>45</sup> Vgl. dazu NAGEL (FN 44), AJP 2021, 46, und DOMINIK BACHMANN, Das Hammerschlagsrecht, PBG 2014/4, 5 ff., 16; vgl. auch KassGer ZH, AA100002, 22.10.2010, E. 3b.

<sup>46</sup> Dies ist im vorliegenden Fall erfolgt, was das Obergericht als relevanten Faktor würdigte (OGER AG, ZOR.2020.34, 16.2.2021, E. 6.3.5.1).

<sup>47</sup> Vgl. BGE 132 III 353 E. 4, wo das Fehlen eines konkreten Projekts als Indiz für ein fehlendes Ausübungsinteresse diente.

<sup>48</sup> Auch zur Erstellung von unterirdischen Bauten oder Vorrichtungen ist die Überbaurechtsdienstbarkeit der passende Typus einer Dienstbarkeit, vgl. BSK ZGB II-REY/STREBEL (FN 3), Art. 674 N 4, und NAGEL (FN 44), AJP 2021, 40.

<sup>49</sup> SACHA VALLATI, Dienstbarkeiten und Bauvorhaben, Zürich 2021, 207.

<sup>50</sup> VALLATI (FN 49), 213.