

Arbeitskraft, seine langjährige berufliche Erfahrung und seine umfassenden Kenntnisse in der Versicherungsbranche nicht genügend aus. Aufgrund dieser Überlegungen erachtet das Obergericht das Vorgehen der Vorinstanz korrekt, dem Kläger ein hypothetisches Einkommen in der Höhe des bei der Ehescheidung erzielten Einkommens von Fr. 6'245.-- netto pro Monat anzurechnen.

OGer 27.04.2004

### 3438

**Inhalt einer Dienstbarkeit;** Ermittlung des Inhaltes durch Auslegung, Vertrauensprinzip, Glaubwürdigkeit von schriftlichen Zeugenerklärungen bzw. Erklärungen naher Verwandter.

Sachverhalt:

Die Kläger sind Eigentümer der Parzelle Nr. 653, Grundbuch H., welche an die Parzelle Nr. 654 der Beklagten angrenzt. Zulasten der Parzelle der Kläger und zugunsten der Parzelle der Beklagten besteht eine aus dem Jahre 1941 stammende Grunddienstbarkeit „Bau- und Pflanzverbot“ mit folgendem Wortlaut:

„Der jeweilige Eigentümer der Grdb. Parzelle No. 653 verpflichtet sich, gegen die Grdb. Parzelle 654, das auf dem beigehefteten Plane von Grundbuchgeometer B. in H. aufgezeichnete Teilstück der Grdb. Parzelle 653 zu keiner Zeit zu überbauen und keine Nadel- und Laubhölzer zu pflanzen, deren Höhe 2 Meter übersteigt. Das Pflanzen von Obstbäumen ist gestattet. Der beigeheftete Plan mit eingezeichnetem Bau- und Pflanzverbot bildet einen integrierenden Bestandteil dieses Vertrages und ist aufbewahrt in der Liegenschaftsmappe der Grdb. Parz. 653, Gemeinde H., den 21. November 1941, Beleg Nr. 300.“

Die Grunddienstbarkeit wurde seinerzeit anlässlich des Verkaufs der belasteten Parzelle durch die damaligen Eigentümer, die Erben des J. F. sel., welche gleichzeitig Eigentümer der begünstigten Parzelle waren, an den Vater des Klägers, Dr. W. M., errichtet. Im Jahre 1946 erwarb der Vater der Beklagten die begünstigte Parzelle; an die Beklagte ging diese später zufolge Erbgangs über. Das belastete Grundstück liegt in der Wohnzone W2, in welcher zweigeschossige

Bauten mit einer Firsthöhe von max. 11,5 Metern zulässig sind. Die Rechtsvorgänger der Parteien, Dr. W. M. und I. M.-K., vereinbarten am 31. August 1988 mit einem Nachtrag zur vorerwähnten Grunddienstbarkeit, dass ein Teil der belasteten Parzelle Nr. 653, heute Parzelle Nr. 4172, Grundbuch Gemeinde H., aus dem Bau- und Pflanzverbot entlassen werde. Für den Teil der belasteten Parzelle, den die vorliegende Klage betrifft, wurde das „Bau- und Pflanzverbot“ aufrecht erhalten. Zur Lage der Parzellen gegeneinander ist festzustellen, dass die belastete Parzelle unterhalb der auf einem Hügel gelegenen begünstigten Parzelle liegt. Wobei sich der mit dem „Bau- und Pflanzverbot“ belegte Teil der belasteten Parzelle vom begünstigten Grundstück aus gesehen, in südlicher Richtung befindet. Das Haus der Beklagten ist teilweise von hohen Bäumen umgeben. Die Einsicht in den belasteten Teil der Parzelle der Kläger ist nicht überall gegeben, wie ein Augenschein durch das Gericht ergeben hat.

Aus den Erwägungen:

1. Die Kläger erneuerten vor Obergericht ihren Antrag, den Vater des Klägers schriftlich zu befragen. Die Vorinstanz hat dies mit dem Hinweis abgelehnt, Dr. W. M. könne kaum aus eigener Wahrnehmung berichten, welche inneren Tatsachen den Veräusserer damals zur Errichtung der Dienstbarkeit bewegt hätten. Zudem stehe Dr. W. M. als Vater des Klägers in einem so engen Verhältnis zu den Klägern, dass das Gericht seiner Aussage lediglich die Bedeutung einer Parteiaussage beimessen könnte.

Nach Art. 180 Abs. 1 ZPO kann der Richter von Amtsstellen oder ausnahmsweise von vertrauenswürdigen Privaten schriftliche Auskünfte einfordern oder entgegennehmen. Nach Eingang dieser Berichte wird entschieden, ob sie zum Beweis tauglich sind oder der Bekräftigung durch eine Zeugeneinvernahme bedürfen. Nach *Max Ehrenzeller (Kommentar ZPO, N 2 zu Art. 180 ZPO)* sind damit insbesondere Anfragen an Ärzte, Versicherungen, Banken etc. gemeint (vgl. auch Art. 241 ZPO BE, wonach schriftliche Auskünfte nur von am Prozess nicht beteiligten Personen eingeholt werden dürfen). Nach *Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi (Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Auflage, Bern 2000, N 2 zu Art. 241 ZPO)* kommen Berichte von Privaten bloss ausnahmsweise in Frage. Diese sind in der Regel nur dann einzuholen, wenn es um einfache Tatsachenfeststellungen geht, die voraussichtlich von keiner Seite bestritten werden.

Eine schriftliche Anfrage gestützt auf Art. 180 Abs. 1 ZPO bei Dr. W. M. ist nach dem Gesagten nicht zweckmässig, da es in casu beim interessierenden Sachverhalt nicht um eine einfache Tatsachenfeststellung, sondern um die Beschreibung eines inneren Vorganges bei einer Drittperson geht und dieser darüber hinaus bestritten ist. Kommt hinzu, dass bei dieser Vorgehensweise die Person des Antwortenden und deren Aussageverhalten nicht gewürdigt werden können.

Eine Einvernahme von Dr. W.M. als Zeuge ist nach Auffassung des Obergerichtes trotz der nahen Verwandtschaft zu den Klägern (vgl. Art. 173 ZGB) nicht von Vorneherein abzulehnen. Nach *Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi (a.a.O., N 2 lit. d zu Art. 243 ZPO)* wird das Zeugnis naher Verwandter im allgemeinen zwar nicht höher bewertet werden dürfen als eine Parteiaussage. Abhängigkeit von einer Partei sowie Interesse am Streitausgang schliessen die Abhörung als Zeuge indessen nicht aus. Derartigen Umständen ist vielmehr bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit Rechnung zu tragen (vgl. auch *Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 3 zu § 157 ZPO*). Ohne die Glaubwürdigkeit von Dr. W.M. in Frage stellen zu wollen, spricht vorliegend aufgrund der allgemeinen Erfahrung, wonach die zuverlässige Erinnerung an bestimmte Ereignisse im Laufe der Zeit abnimmt, der enorme zeitliche Abstand von mehr als 40 Jahren zum interessierenden Vorgang gegen eine Einvernahme von Dr. W.M. Entscheidend ist indessen, dass eine Einvernahme des Vaters des Klägers für die Beurteilung der vorliegenden Sache überhaupt nicht nötig ist, da der Bestellungsakt bei Dienstbarkeiten nach dem Vertrauensprinzip auszulegen ist und es auf individuelle Absichten und Motive der an der Errichtung Beteiligten, die für einen Dritten nicht erkennbar sind, ohnehin nicht ankommt (*Etienne Petitpierre in Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2003, N 6 zu Art. 738 ZGB*). Zusammenfassend kann von einer schriftlichen Befragung bzw. einer Einvernahme von Dr. W.M. also abgesehen werden.

2. Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreites ist die Frage, ob das Bau- und Pflanzverbot von 1941 für das Grundstück der Beklagten gemäss Art. 736 Abs. 1 ZGB alles Interesse verloren hat oder nicht. Aufgrund der Anträge und Ausführungen der Kläger nicht zu prüfen ist hingegen die Fragestellung gemäss Art. 736 Abs. 2 ZGB, das heisst, ob bei einem gegebenen Interesse der Beklagten die Be-

lastung für die Kläger unverhältnismässig angestiegen ist und ob die Dienstbarkeit allenfalls gegen Entschädigung abzulösen ist.

a) Entgegen dem strengerem Wortlaut von Art. 736 Abs. 1 ZGB kommt es auf das Interesse des Eigentümers des berechtigten Grundstückes an. An dieses Interesse sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Lehre und Rechtsprechung lehnen denn auch nur imaginäre Interessen ab (*Etienne Petitpierre, a.a.O., N 9 ff. zu Art. 736 ZGB; BGE 107 II 335*).

Nicht umstritten ist weiter, dass in diesem Zusammenhang der sogenannte Grundsatz der Identität der Dienstbarkeiten gilt. Das Interesse an der Dienstbarkeit muss gemäss dem Inhalt und Umfang und zu dem Zweck, zu dem sie errichtet wurde, weiter bestehen. Dies hat zur Folge, dass beim Wegfallen des ursprünglichen Zwecks, die Dienstbarkeit nicht zu einem anderen Zweck aufrecht erhalten werden darf (*Etienne Petitpierre, a.a.O., N 15 zu Art. 736 ZGB; Tüor/Schnyder/Schmid/ Rumo-Jungo, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich /Basel/Genf 2002, S. 944, BGE 107 II 331, 335*).

Somit ist zunächst der Zweck, zu dem die Dienstbarkeit ursprünglich errichtet worden ist, zu ermitteln. Dann ist zu prüfen, ob an der Ausübung der Dienstbarkeit gemäss ihrem ursprünglichen Zweck heute noch ein Interesse besteht.

b) Die Vorinstanz hat die Rechtslage bezüglich der Voraussetzungen zur Löschung einer Dienstbarkeit bei weggefallenem Interesse des Eigentümers des berechtigten Grundstückes zutreffend dargestellt. Auch ihre Schlussfolgerung, dem Errichter der Dienstbarkeit sei es nicht allein um die Erhaltung der Aussicht gegangen, sondern die Dienstbarkeit habe vielmehr dazu dienen sollen, dem berechtigten Grundstück Umschwung und Abstand zu anderen Bauten zu erhalten, ist nicht zu beanstanden. Auf die entsprechenden Ausführungen des Urteils der Vorinstanz kann somit vollumfänglich verwiesen werden.

c) Mit Bezug auf die Kritik der Kläger am Urteil des Kantonsgerichtes sind folgende Ergänzungen anzubringen:

aa) Die Gründe, weshalb auf das Einholen einer schriftlichen Auskunft beim Vater des Klägers bzw. dessen Befragung verzichtet werden kann, wurden bereits dargestellt. Dabei hat sich ergeben, dass es auf die individuellen Absichten und Motive der an der Errichtung Beteiligten, die für einen Dritten nicht erkennbar sind, nicht ankommen kann.

Nachdem sich in casu nicht die an der Errichtung der Dienstbarkeit Beteiligten, sondern deren Rechtsnachfolger gegenüberstehen, bedeutet dies für die Auslegung einer Dienstbarkeit, sogar einer Eigentümerdienstbarkeit, die Anwendung des Vertrauensprinzips. Abzustellen ist ferner auf den Zweck, welcher der Dienstbarkeit vernünftigerweise beizulegen ist, wenn Interesse und Bedürfnisse des herrschenden Grundstückes berücksichtigt werden. So erschöpft sich beispielsweise eine zur Verbesserung der Wohnqualität des herrschenden Grundstückes errichtete Dienstbarkeit nicht nur in der Bewahrung der Aussicht, der Besonnung und Belichtung, sondern dient auch der Beschränkung des umbauten Raumes auf dem Nachbargrundstück. Schliesslich ist jede Dienstbarkeit restriktiv auszulegen. Sie darf die Rechte des Eigentümers des dienenden Grundstückes nur soweit einschränken, als es für die normale Ausübung notwendig ist (*Etienne Petitpierre, a.a.O., N 6 ff. zu Art. 738 ZGB mit Verweisen auf BGE 115 II 434, 437 f. E. 3 und BGE 99 II 152, 158 E. 5*).

Der vorgängig der Appellationsverhandlung durchgeführte Augenschein hat gezeigt, dass die belastete Parzelle der Kläger sich unterhalb der auf einem Hügel liegenden begünstigten Parzelle befindet. Aus den im Recht liegenden alten Fotos ergibt sich weiter, dass die seinerzeitige Villa E. erhöht stand. Das heutige Wohnhaus der Beklagten ist ebenfalls auf der Kuppe des Hügels gelegen. Diese Tatsachen erhellen, dass es der Dienstbarkeit für den von den Klägern behaupteten Zweck, nämlich der Erhaltung der Aussicht, angesichts der topographischen Lage der Parzellen überhaupt nicht bedurft hätte. Nur nebenbei sei an dieser Stelle erwähnt, dass die Kläger nach Meinung des Gerichts von einem falschen Begriff der „Aussichtsdienstbarkeit“ ausgehen. Und zwar schützen Aussichtsdienstbarkeiten nicht das Recht bzw. die Möglichkeit des Eigentümers des berechtigten Grundstückes, auf das belastete Grundstück zu schauen, sondern die freie, unverbaute Sicht vom berechtigten Grundstück aus. Der Umstand, dass die Beklagte Bäume gepflanzt hat, welche die Sicht auf die belastete Parzelle, nicht aber den Blick in die Ferne beeinträchtigen, schadet ihr demzufolge von Vorneherein nicht.

Zusammenfassend gelangt auch das Obergericht zum Schluss, dass es dem Errichter der Dienstbarkeit seinerzeit in erster Linie um Abstand zu anderen Bauten sowie die Erhaltung der damit verbundenen Vorzüge wie unverbaute Hanglage, Ruhe und Umschwung ging.

bb) Die Kläger bringen vor, dass die rechtliche Lage seit 1941 massgeblich geändert habe: Bei der Errichtung der Dienstbarkeit habe abgesehen von Vorschriften bezüglich der Gebäudeabstände praktisch ein rechtsfreier Zustand geherrscht. Namentlich hätte auf der belasteten Parzelle ohne Weiteres noch ein mehrstöckiges Gebäude, z.B. ein Kurhaus, erstellt werden können. Verschiedene Monumentalbauten in H. seien Zeugen aus dieser Zeit. Dieser Spielraum sei mit Inkrafttreten des Gewässerschutzgesetzes 1972, des Raumplanungsgesetzes 1979 und der Zonen- und Schutzpläne 1995 sukzessive verkleinert worden. Heute befinde sich die belastete Parzelle in der Zone W2 und ein die Aussicht störendes Gebäude könnte überhaupt nicht mehr gebaut werden.

Den Klägern könnte allenfalls beigespflichtet werden, wenn es tatsächlich nur um den Aussichtsschutz ginge und eine in der W2 zulässige Baute die Aussicht nicht stören würde. In der unmittelbar vorausgehenden Erwägung hat das Obergericht aber festgestellt, dass es dem Errichter der Dienstbarkeit vor allem um den Abstand von andern Bauten und damit verbunden um Ruhe und Umschwung ging. Nachdem von Bauten erfahrungsgemäss immer Immissionen ausgehen, spielt es folglich keine Rolle, dass die belastete Parzelle sich heute in der W2 befindet und keine Monumentalbauten mehr errichtet werden können. Im Übrigen haben die Kläger in der Replik selbst erwähnt, dass Dr. W.M. überhaupt nie an die Überbauung des fraglichen Teilstücks dachte. Offenbar herrschte zwischen den seinerzeitigen Nachbarn H. und M. Einigkeit, dass die Verbotsfläche nicht überbaut werden sollte. Gleichzeitig ist dieses Eingeständnis auch ein Indiz dafür, dass es bei der Dienstbarkeit in erster Linie um das Fernhalten von Bauten und weniger um die Aussicht ging.

cc) Weiter verwehren sich die Kläger mit dem Argument, die Parzellen Nr. 653 und 654 der Parteien befänden sich in der öffentlich-rechtlichen Baumschutzzone, gegen die im Urteil der Vorinstanz geäusserte Auffassung, die Beklagte habe es jederzeit in der Hand, die Aussicht wieder herzustellen, indem sie störende Bäume fällen lasse.

Nachdem oben festgestellt wurde, dass es nicht primär um die Erhaltung der Aussicht geht, hat der öffentlich-rechtliche Baumschutz keine Bedeutung mehr und es kann grundsätzlich offengelassen werden, wie das Verhältnis der diesbezüglichen öffentlich-rechtlichen Vorschriften zur privat-rechtlichen Dienstbarkeit ist. Immerhin ist in diesem Zusammenhang auf ein neueres Urteil des Bundesgerichtes

zu verweisen, in dem explizit entschieden worden ist, dass ältere privatrechtliche Dienstbarkeiten jüngeren öffentlich-rechtlichen Vorschriften grundsätzlich vorgehen (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 5C.213/2002 vom 7. Februar 2003, S. 6).

dd) Entgegen der Auffassung der Kläger sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, welche darauf schliessen lassen, dass die Beklagte das Interesse an der Erhaltung der Dienstbarkeit verloren hätte. Im Gegenteil stellt gerade der Umstand, dass beim Nachtrag zur Grunddienstbarkeit aus dem Jahre 1988 ausdrücklich am Bau- und Pflanzverbot für den belasteten Teil der Parzelle der Kläger festgehalten wurde, ein gewichtiges Indiz für das nach wie vor bestehende Interesse dar. Dass ein Interesse der Beklagten noch besteht, räumen die Kläger im Übrigen selbst ein, wenn sie ausführen, „es sei klar, dass die Grunddienstbarkeit nicht ohne Zustimmung des Berechtigten gelöscht werden könne“. Aus dem Gesagten ergibt sich sodann, dass das Festhalten an der Dienstbarkeit durch die Beklagte als zulässiges Wahrnehmen eines Rechtes und keineswegs als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist. Schliesslich ist daran zu erinnern, dass aus der vorübergehenden Nichtausübung einer Dienstbarkeit nicht geschlossen werden kann, dass das Interesse daran untergegangen ist. Umso mehr als die Nichtausübung bei sogenannten negativen Dienstbarkeiten - und um eine solche geht es hier - gerade der Normalfall ist (*Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, a.a.O., S. 943 f.*).

d) Weil die Kläger den Beweis, dass es sich beim Bau- und Pflanzverbot aus dem Jahre 1941 um eine blossse Aussichtsbarkeit handelt, nicht erbringen konnten, ergibt sich, dass die Appellation nicht begründet und deshalb abzuweisen ist.

OGer 23.03.2004

### 3439

**Dienstbarkeit.** Bestand eines Wegrechts. Beweiskraft des Grundbucheintrags (Art. 9 Abs. 1 ZGB). Wegverlegung (Art. 742 Abs. 1 ZGB).