

APH-10 124, publiziert Juni 20010

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,
unter Mitwirkung von Oberrichter Bähler (Referent), Oberrichterin Apolloni Meier und
Oberrichter Messer sowie Kammerschreiberin Schmidt

vom 29. April 2010

in der Streitsache zwischen

Erschliessungsgemeinschaft A., bestehend aus:

1. B.

Gesuchsteller/Appellant

2. Erbengemeinschaft C., bestehend aus:

2.1 A.C.,

Gesuchsteller/Appellant

2.2 B.C.,

Gesuchstellerin/Appellantin

2.3 C.C.

Gesuchstellerin/Appellantin

3. D.

Gesuchsteller/Appellant

alle vertreten durch Fürsprecher X.

und

M.

Gesuchsgegner/Appellat

N.

Gesuchsgegner/Appellat

beide vertreten durch Fürsprecher Y.

Regeste:

- 1) *Keine subsidiäre Anwendung von wegbedungenem dispositivem Recht (i.c. Art. 77 aBauG)*
- 2) *Rechtsöffnungsgesuch der Erschliessungsgemeinschaft A. wurde abgewiesen. Die vertragliche Bedingung für die Fälligkeit der Forderung (Erschliessungsbeiträge) ist nicht eingetreten. Keine subsidiäre Anwendbarkeit von Art. 77 aBauG. Schliesslich liegt im jetzigen Zeitpunkt keine übermässige Bindung gemäss Art. 27 ZGB vor.*

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Erschliessungsgemeinschaft A. (Appellanten) erstellte in den 80er- und 90er-Jahren Erschliessungsanlagen in einem Baugebiet und übernahm vorschussweise für die nicht bauenden Eigentümer auch deren Kostenanteile. Die Erschliessungsgemeinschaft A. beantragte im August 2009, es sei ihr die Rechtsöffnung für die Forderung betreffend Erschliessungsanlage zu erteilen. Der vorinstanzliche Richter wies das Rechtsöffnungsgesuch ab, er verneinte die Fälligkeit der Forderung bei Anhebung der Betreibung.

Auszug aus den Erwägungen:

I.

(...).

II.

(...).

III.

1. (...).

2. (...).

3. (...).

4. Ad Eintritt der vertraglichen Bedingung der Fälligkeit

Die Erschliessungsgemeinschaft A. (einfache Gesellschaft bestehend aus B., D. und den Erben des E.C. [...]) erstellte in den 80er und 90er-Jahren Erschliessungsanlagen in diesem Baugebiet in der Gemeinde S. und übernahm vorschussweise für die nicht bauenden Eigentümer auch deren Kostenanteile. Sie hat Anspruch darauf, dass die später bauenden Eigentümer ihr die entsprechenden Erschliessungskosten vergüten, und zwar ohne Zins.

Die Appellaten führen als Nachfolger ihres Vaters im fraglichen Gebiet einen Landwirtschaftsbetrieb.

Im Jahr 1995 übernahm die Einwohnergemeinde S. die Erschliessungsanlagen von der Erschliessungsgemeinschaft (...). Diese bezweckt seither nur noch das Inkasso der Beiträge für die Parzellen, die nach und nach überbaut werden.

In einer Vereinbarung zwischen der Erschliessungsgemeinschaft und der damaligen Eigentümerin der Parzelle xx (L.) wurde die Höhe des Beitrags für diese Parzelle festgehalten (...). Die Entschädigung wurde mittels einer Grundpfandverschreibung dinglich gesichert. Nach dem Erwerb eines Teils der Parzelle durch die Appellaten wurde die Beitragssumme aufgeteilt und festgehalten, dass „die Erschliessungsbeiträge von Fr. 65'040.00 zahlbar werden, sobald das Grundstück zur Überbauung gelangt“ (...).

Die Erschliessungsgemeinschaft macht nun gegenüber den Appellaten (gegenüber beiden separat und solidarisch) den Beitrag von Fr. 65'040.00 geltend, obwohl diese vorderhand nicht beabsichtigen, das Grundstück zu überbauen. Im Rahmen dieses Summarverfahrens ist daher davon auszugehen, dass die vertragliche Bedingung für die Fälligkeit nicht eingetreten ist.

5. Ad Vollendung der Anlage

Wird die Erschliessungsanlage von einzelnen Grundeigentümern gebaut (Art. 76 BauG 1970), haben diejenigen, in deren unmittelbarem Interesse die Detailerschliessungsanlage in Angriff genommen oder weitergeführt wird, die gesamten Kosten zinslos vorzuschüssen. Die Kostenanteile der übrigen Grundeigentümer werden mit dem Beginn der Nutzung ihrer Parzellen als Bauland zur Zahlung fällig, spätestens jedoch nach 15 Jahren seit Vollendung der Anlage (Art. 77 Abs. 2 lit. c BauG 1970).

Wird von der Anwendbarkeit von Art. 77 BauG 1970 ausgegangen, ist der Begriff der „Vollendung der Anlage“ massgebend. Für die Auslegung desselben ist es nahe liegend, auf die reichhaltige Praxis im Werkvertragsrecht zurück zu greifen.

Abgeliefert wird ein Werk durch die physische Übergabe desselben durch den Unternehmer oder durch die Mitteilung des Unternehmers, das Werk sei vollendet. Mit der Ablieferung erfolgt gleichzeitig (und ohne weiteres) die Abnahme des Werkes durch den Besteller (beide Begriffe beschreiben denselben Vorgang, und zwar Ablieferung aus Sicht des Unternehmers, Abnahme aus Sicht des Bestellers). Die Parteien können die Begriffe „Ablieferung“ und „Abnahme“ vertraglich anders definieren³. Ablieferung und Abnahme des Werkes setzen grundsätzlich voraus, dass das Werk vollendet ist. Vollendet ist das Werk, wenn der Unternehmer alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt hat, was aber nicht heisst, dass es mängelfrei sein müsste⁴.

Aus der Aktennotiz vom 2. Februar 1994 über die Begehung (GB 13) geht zwar hervor, dass einige Mängel noch zu beheben gewesen waren, jedoch wurde auch festgehalten, dass keine nicht ausgeführten Arbeiten festgestellt worden seien. Daraus ist demnach zu schliessen, dass die Appellanten zu diesem Zeitpunkt alle Arbeiten fertig gestellt hatten.

Zudem reichten die Appellanten in appellatorio Unterlagen ein, aus denen hervor geht, dass die Erschliessung über Fr. 3'200'000.00 kostete und die Kosten der Mängelbehebung Fr. 3'000.00 ausmachten (GB 18/2 und 19/2).

Die eingereichten Unterlagen unterstreichen die Geringfügigkeit der Mängel im Verhältnis zum gesamten Werk. Unter Berücksichtigung, dass von den Appellanten keine weiteren Arbeiten ausgeführt werden mussten, ist davon auszugehen, dass das Werk am 2. Februar 1994 abgenommen worden ist.

Der Vorrichter hätte damit das Gesuch nicht bereits aus diesem Grund abweisen dürfen, weshalb nachfolgend die übrigen Argumente der Appellaten zu prüfen sind, die sich ebenfalls gegen die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung wenden.

(...)

³ LEHMANN, in: HONSELL, Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1 – 529 OR, Zürich 2008, N. 3 zu Art. 370 OR.

⁴ LEHMANN, a.a.O., N. 4 zu Art. 370 OR, mit Hinweis auf BGE 115 II 458 und 113 II 267.

6. (...).

7. (...).

8. Übermässige Bindung und subsidiäre Anwendbarkeit der Frist von 15 Jahren von Art. 77 aBauG (von 1970)

Die vorschussweise Bezahlung der Erschliessungskosten durch die Appellanten entspricht einem zinslosen Darlehen an die übrigen Eigentümer. Die Parteien vereinbarten, dass die Rückzahlung des Betrages für die Erschliessungskosten fällig wird, wenn die Appellanten ihre Parzelle überbauten (GB 9, GB 10 und GB 11). Damit sollte diesen die Weiterführung des landwirtschaftlichen Betriebs ermöglicht werden (vgl. Vernehmung der Appellanten p. 42). Durch diese Vereinbarung wichen die Parteien von der dispositiven Bestimmung von Art. 77 Abs. 2 lit. b aBauG 1970 ab. Diese Norm sieht vor, dass die Kostenanteile der Grundeigentümer, welche die Detailerschliessungsanlagen nicht vorgeschossen hatten, mit dem Beginn der Nutzung ihrer Parzellen als Bauland zur Zahlung fällig werden, spätestens aber nach 15 Jahren seit Vollendung der Anlage. Wäre es den Parteien um eine Frist von 15 Jahren (oder kürzer) bis zur Fälligkeit der Forderung gegangen, wäre der Abschluss der Vereinbarung nicht nötig gewesen, da die Forderung ohnehin nach 15 Jahren fällig geworden wäre. In diesem Fall hätten es die Parteien bei der gesetzlichen Regelung bewenden lassen bzw. auf diese verweisen können.

Im Obligationenrecht findet sich keine Vorschrift, die die Freiheit der Parteien einschränkt, die Vertragsdauer festzulegen. Insbesondere existiert keine Regel, die eine zulässige Höchstdauer bestimmt. Begrenzt wird die Freiheit der Parteien zur ihnen genehmen Dauerbestimmung im Wesentlichen nur durch Art. 27 ZGB⁵. SCHÄRER/MAURENBRECHER⁶ gehen von einer zulässigen Höchstdauer von 20 Jahren aus (ebenso MAURENBRECHER in recht 2003 190), was von HIGI und von SCHWAIBOLD⁷ abgelehnt wird. Aber auch die erstgenannten Autoren erachten eine Bindung des Darleihers über 20 Jahre als zulässig, wenn das Darlehen grundpfandgesichert ist.

Der von der Erschliessungsgemeinschaft angeführte BGE 128 III 428 (Fall Uriella), welcher Darlehen mit einer Laufzeit von 10 bis 22 Jahren betraf, kann nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden, denn in diesem Fall ging es um einen persönlichkeitsnahen Bereich und nicht wie hier um eine ausschliesslich wirtschaftliche Tätigkeit, wo der Persönlichkeitsschutz von geringerer Bedeutung ist.

Im heutigen Zeitpunkt ist eine allfällige Höchstdauer des Fälligkeitsaufschubs der pfandgesicherten Forderung noch nicht überschritten, nachdem das Werk erst seit 16 Jahren vollendet ist. Das Erreichen der Höchstdauer wäre zu gegebener Zeit in einem vorzeitigen Feststellungsverfahren durch ein Zivilgericht festzustellen.

⁵ HIGI, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Die Leihe, Art. 305 – 318 OR, Zürich 2003, N. 20 zu Art. 318 ZGB.

⁶ SCHÄRER/MAURENBRECHER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 4. Auflage, Basel 2007, N. 11 zu Art. 318 OR.

⁷ SCHWAIBOLD in: HONSELL, Kurzkommentar Obligationenrecht, a.a.O., N. 6 zu Art. 318 OR.

Nicht stichhaltig ist im Übrigen die Argumentation der Appellanten und des Regierungsstatthalters, wonach infolge Nichtigkeit des Fälligkeitsaufschubs bis zur Überbauung sogleich das (gerade wegbedungene) dispositive Recht mit einer Frist von 15 Jahren massgebend wird. Eine übermässige Bindung ist nur im Umfang des Übermasses nichtig, d.h. teilnichtig, und muss auf das zulässige Mass herabgesetzt werden, aber nicht noch weiter⁸.

Zusammengefasst ist damit festzuhalten, dass die Fälligkeit der Forderung noch nicht eingetreten ist und damit auch die Rechtsöffnung nicht erteilt werden kann. Die Rechtsöffnungsgesuche der Appellanten sind damit abzuweisen.

(...).

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.

⁸ HUGUENIN, HONSELL/VOGT/GEISER, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1 – 456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006, N. 29 zu Art. 27 ZGB.