

ZK 15 239, publiziert Dezember 2015

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

2. Juli 2015

Besetzung

Oberrichterin Grütter (Referentin), Oberrichter D. Bähler und a.o. Oberrichter J. Bähler sowie
Gerichtsschreiber Knüsel

Verfahrensbeteiligte

A

vertreten durch Fürsprecher X
Gesuchsteller/Berufungskläger

gegen

B

Gesuchsgegner/Berufungsbeklagter
vertreten durch Fürsprecher Y

Gegenstand

vorsorgliche Massnahme (Bauverbot)

Regeste:

- *Art. 737 und 738 ZGB*
- *Ein mittels Dienstbarkeit errichtetes Grenzbaurecht (Berechtigung, ein Gebäude bis an die March heranzustellen) begründet keine Verpflichtung des belasteten Grundeigentümers auf Unterlassung einer Bautätigkeit in einem bestimmten Abstandsbereich zur Grenze (sog. Abrückungspflicht). Eine Vorwirkung der (Unterlassungs)Pflicht vor Inanspruchnahme des Rechts (Dienstbarkeit) bedürfte einer ausdrücklichen vertraglichen Grundlage.*

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Dem Berufungskläger A gehört das Grundstück xxx, dem Berufungsbeklagten B das Nachbargrundstück yyy. Gemäss Grundbucheintrag besteht zu Gunsten des Grundstücks xxx und zu Lasten des Grundstücks yyy ein Grenzbaurecht. Danach ist der Eigentümer der Parzelle xxx dinglich berechtigt, Gebäude auf die gemeinsame March zu bauen.

Beide Parzellen (xxx und yyy) sind zurzeit unbebaut. Der Berufungsbeklagte hat mittlerweile aber eine Baubewilligung für die Erstellung eines Einfamilienhauses auf der Parzelle yyy erwirkt. Das Gebäude würde 10m von der Grenze zur Parzelle xxx entfernt zu stehen kommen.

Dagegen wehrt sich der Berufungskläger. Er macht eine Verletzung seiner Dienstbarkeit (Grenzbaurecht) geltend. Gemäss dem einschlägigen Baureglement der Gemeinde Z müsse zwischen den Gebäuden auf den Grundstücken yyy und xxx ein Abstand von mindestens 15m bestehen. Wahre die geplante Baute lediglich einen Abstand von 10m zur Parzellengrenze, werde ein Gebäude auf seinem Grundstück xxx dereinst einen Abstand von 5m einhalten müssen. Das bedeute, dass er sein mittels Dienstbarkeit errichtetes Grenzbaurecht nicht mehr ausüben könne, was Art. 737 Abs. 3 ZGB zuwiderlaufe.

Zur Wahrung seiner Dienstbarkeit beantragte der Berufungskläger die Anordnung eines vorsorglichen Bauverbotes: Er vertrat die Ansicht, der Zweck der Dienstbarkeit könne allein darin liegen, dass der Eigentümer der Parzelle xxx berechtigt sei, ohne Beachtung der öffentlich-rechtlichen sowie privatrechtlichen Grenzabstände eine Baute auf die March zu stellen. Dies entspreche den Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks. Bei der Bestimmung des Inhaltes der Dienstbarkeit seien die öffentlich-rechtlichen Abstandsvorschriften sowohl hinsichtlich des Grenz- wie auch des Gebäudeabstandes zu beachten.

Eine Unterschreitung des Grenzabstandes sei mit schriftlicher Zustimmung des Nachbarn erlaubt, sofern der vorgeschriebene Gebäudeabstand gewahrt bleibe. Der Nachbar übernehme mit seiner Zustimmung zum Näherbaurecht die Verpflichtung, seine künftigen Bauten entsprechend weiter von der Grenze abzurücken. Gemäss Art. 737 Abs. 3 ZGB dürfe der Belastete nichts vorkehren, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindere oder erschwere. Ob ein (öffentlich-rechtliches) Hindernis geschaffen werde, müsse im Zivilverfahren vorfrageweise geprüft werden.

Er fand bei beiden kantonalen Instanzen kein Gehör.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

6. Für die Auslegung von Dienstbarkeiten kann zunächst auf die in allen Teilen zutreffenden theoretischen Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Entscheidungsbegründung Ziff. 17; vgl. auch BGE 128 III 169).

Das Gesetz sagt Folgendes: Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrag deutlich ergeben, ist dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend. Im Rahmen des Eintrages kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit aus ihrem Er-

werbsgrund oder aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt wurde (Art. 738 Abs. 1 und 2 ZGB).

Die zu beurteilende Dienstbarkeit ist hier als Recht formuliert. Im Streit liegt der Umfang der - vertraglich nicht definierten - korrespondierenden Pflicht.

7. Hat der Eigentümer des berechtigten Grundstücks das Recht, bis an die March zu bauen, so ist der Eigentümer des belasteten Grundstücks umgekehrt verpflichtet, die Ausübung des Rechts zu dulden und den Grenzbau nicht abzuwehren. Diese Verpflichtung kann als logische Kehrseite des Rechts gedeutet werden. Weitere Pflichten lassen sich hingegen weder aus dem Wortlaut noch aus der Logik ableiten.

Zweifellos steht die Dienstbarkeit auch im Kontext der öffentlich-rechtlichen Ordnung. Das öffentliche Recht beeinflusst Bauprojekte bekannterweise massgeblich. Ob den damaligen Parteien klar war, dass den Eigentümer von Nr. zzz [heute Nr. yyy] nach Errichtung einer Grenzbaute auf dem Grundstück xxx infolge zwingender Gebäudeabstände allenfalls eine "*Abrückungspflicht*" treffen würde, ist nicht bekannt. Solange Gebäudeabstände unverrückbar vorgegeben sind, hätte er dies als (erwartete oder unerwartete) Konsequenz der baurechtlichen Vorschriften jedenfalls akzeptieren müssen, sozusagen als öffentlich-rechtliche Folge einer privatrechtlichen Vereinbarung.

8. Daraus folgt allerdings nicht, dass dem belasteten Grundstück zusätzlich die Pflicht zur "*vorausseilenden*" Wahrung eines virtuellen Gebäudeabstandes oder zur Einhaltung eines "*Bauverbotstreifens*" auferlegt wird, bevor der Berechtigte baut. Das öffentliche Baurecht zieht diese Konsequenz – anders als beim Erstbau des Berechtigten – nicht automatisch nach sich: Solange keine Erstbaute besteht, stellt sich die Frage des Gebäudeabstandes aus öffentlich-rechtlicher Sicht nicht. Die "*Abrückungspflicht*" des belasteten Grundstückseigentümers müsste sich somit aus der Dienstbarkeit selber ergeben. Hier lässt sich jedoch - wie gesehen - eine entsprechende Verpflichtung weder aus dem Wortlaut noch aus der Logik der Vereinbarung ableiten.

9. Positiv gewendet: Wo öffentlich-rechtliche Vorschriften zum Gebäudeabstand bestehen, beeinflusst faktisch der zuerst bauende Eigentümer die Vorgaben zum Abstand des späteren Baus auf dem Nachbargrundstück. Die Vorinstanz hat mit zutreffender Begründung und Verweis auf die einschlägige Lehre erwogen, dass zwar der Grenzabstand, nicht aber der Gebäudeabstand im Kanton Bern privatrechtlich abgeändert werden kann. Somit gilt auch für den Kanton Bern: "*Wer zuerst baut, präjudiziert für den Nachbarn gebäudeabstandsbedingt eine (oft unerwünschte) Abrückungspflicht, da der öffentlich-rechtliche Gebäudeabstand aus wohnhygienischen Gründen einzuhalten ist*" (www.dienstbarkeit.ch/uebrige-dienstbarkeiten/grenzbaurecht). Oder, wie es das Baurekursgericht Zürich formuliert hat (BRKE II Nr. 0112/2009 vom 19. Mai 2009 in BEZ 2010 Nr. 22 [Internet]): "*... was unter Umständen beim nachfolgend Zweitbauenden (..) dazu führen*

kann, dass er aus diesen (..) öffentlichrechtlichen Gründen [Abstandsfrage] sein Näherbaurecht nicht wie privatrechtlich vereinbart ausschöpfen kann".

Wie das Dargelegte zeigt, kann sich der Berufungskläger gestützt auf die Grenzdienstbarkeit nicht gegen den zuerst bauenden Nachbar zur Wehr setzen.

10. Der Berufungskläger beruft sich sodann auf Art. 737 Abs. 3 ZGB. Der Belastete dürfe nichts vornehmen, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindere oder erschwere.

Grundsätzlich stellt Art. 737 ZGB keine weitere Inhaltsumschreibung für die Dienstbarkeiten dar, sondern äussert sich einzig dazu, wie der vorgegebene Inhalt einer Grunddienstbarkeit anzuwenden sei (PETITPIERRE, BSK ZGB-II, N 2 zu Art. 737 ZGB). Aus Art. 737 Abs. 3 ZGB können somit keine (weiteren) Pflichten abgeleitet werden, welche sich nicht aus dem Dienstbarkeitsrecht selber ergeben.

Im vorliegenden Fall wurde die Dienstbarkeit noch nicht beansprucht, anders als etwa eine Quelle, die genutzt, oder ein Weg, der begangen wird. Insofern kann die Ausübung der Dienstbarkeit auch nicht erschwert werden, solange die erlaubte Grenzbaute noch nicht erstellt wurde. Ob sie je errichtet wird, ist hier unsicher und unbekannt. Eine Vorwirkung der Pflicht vor Inanspruchnahme des Rechts bedürfte jedenfalls einer ausdrücklichen vertraglichen Grundlage. Ohne eine solche muss von der Parallelität von Inanspruchnahme des Rechts und Duldung ausgegangen werden: Erst wenn das Grenzbaurecht beansprucht wird, wird sich auch die Pflicht aktualisieren. Bis dahin trifft den Eigentümer des berechtigten Grundstücks hingegen keine Pflicht, alles zu unterlassen, was möglicherweise inskünftig das Grenzbaurecht aus öffentlich-rechtlichen – oder anderen - Gründen verhindern oder erschweren könnte.

11. Des Weiteren ist das öffentliche Baurecht nicht starr, sondern kann sich mit den Jahren verändern, wie die Beispiele aus dem Kanton Baselland und Zürich zeigen. Dort ist der Gebäudeabstand abgeschafft oder zumindest relativiert worden (für den KANTON BASELSTADT, vgl. www.baselstadt.ch/fileadmin/baselstadt/files/docs/bud/bit/naeherbaurecht.pdf; oder ZÜRICH, wo seit 1991 durch nachbarliche Vereinbarung unter Vorbehalt einwandfreier wohnhygienischer und feuerpolizeilicher Verhältnisse ein Näherbaurecht begründet werden kann [aus BRKE II Nr. 0112/2009 vom 19. Mai 2009]). Welches Baurecht dereinst gilt, wenn der Eigentümer des berechtigten Grundstückes tatsächlich bauen will, lässt sich nicht voraussagen. Umso weniger rechtfertigt es sich, dem belasteten Grundstück schon heute über die blosse Duldungspflicht hinausgehende Verpflichtungen aufzuerlegen.

Hier haben die Parteien keine weitergehenden Verpflichtungen, beispielsweise einen "Bauverbotsstreifen" vereinbart. Es bleibt deshalb dabei, dass der zuerst bauende Eigentümer die Situation präjudiziert, ohne dass ihm das verwehrt werden könnte.

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.