

AG_ZIVILGERICHT ZVE.2023.15 vom 23. September 2023

Ag Zivilgericht, 2023-09-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_zivilgericht_ZVE.2023.15

FR: AG_ZIVILGERICHT ZVE.2023.15 du 23 septembre 2023

IT: AG_ZIVILGERICHT ZVE.2023.15 del 23 settembre 2023

Erwägungen

E. 1.1

Der in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit ergangene Entscheid der Vorinstanz ist mit dem zuletzt vor Vorinstanz gegebenen Streitwert von Fr. 20'000.00 berufungsfähig (Art. 308 ZPO). Die Beklagte ist durch den Entscheid, mit dem die von den Klägern erhobenen Rechtsbegehren gut- geheissen wurden, beschwert. Nachdem sie die in Art. 311 Abs. 1 ZPO für eine Berufung statuierten Frist- und Formvorschriften eingehalten und den ihr mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 24. Mai 2023 auferlegten Gerichtskostenvorschuss (Art. 98 ZPO) fristgerecht geleistet hat, ist auf ihre Berufung einzutreten.

E. 1.2

Die Beklagte beantragt mit der Berufung (S. 2 f.), das Berufungsverfahren sei nach Eingang der Berufungsantwort bis zum rechtskräftigen Abschluss des Aufsichtsbeschwerdeverfahrens bei der Notariatskommission des Kantons Aargau gegen den Rechtsvertreter der Berufungsbeklag- ten/Kläger zu sistieren. Zur Begründung wird ausgeführt, der Ausgang des Aufsichtsanzeigeverfahrens gegen den Rechtsvertreter der Kläger (allfäl- lige Verletzung von Art. 25 Abs. 1 lit. b BeurG) dürfte für den vorliegenden Prozess relevant sein. Das Gericht kann das Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt. Das Verfahren kann namentlich sistiert werden, wenn der Ent- scheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist (Art. 126 Abs. 1 ZPO). Aus den Ausführungen der Beklagten und der Bestätigung des Eingangs einer Aufsichtsanzeige durch das DVI vom 18. April 2023 (Berufungsbeilage 3) wird nicht ersichtlich, inwiefern die von der Beklagten beantragte Sistierung angezeigt sein könnte. Von einer Sistierung des Ver- fahrens ist somit abzusehen. 2.

E. 1.3

Mit Replik vom 12. Mai 2021 hielten die Kläger an ihren Rechtsbegehren und mit Duplik vom 19. August 2021 die Beklagte an ihrem Antrag auf Kla- geabweisung (soweit darauf einzutreten sei) fest.

E. 1.4

Anlässlich des am 14. Dezember 2022 vorgenommenen Augenscheins beider Grundstücke wurde die Parteibefragung und die Befragung des Zeu- gen D._____, des Rechtsvorgängers der Kläger als Eigentümer der von diesen aktuell bewohnten Grundstücks, durchgeführt. Die Parteivertreter erstatteten alsdann ihre Schlussvorträge.

E. 1.5

Am 14. Dezember 2022 erging folgender Entscheid des Gerichtspräsi- ums Baden: "1. In Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, die grüne Stahl- blechwand auf bzw.

an der Brüstung / Aufmauerung der Terrasse LIG Q._____/aaa der Kläger innert drei Monaten ab Rechtskraft des Urteils auf

- 3 - eigene Kosten zu entfernen und zu beseitigen, unter vollständiger Schadloshaltung der Kläger. 2. Im Säumnisfall wird der Beklagten die Ausfällung einer Ordnungsbusse bis Fr. 5'000.00 angedroht.

E. 2

Die richterlichen Anordnungen an die Beklagte gemäss Ziff. 1 hievor sei mit einer Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Unterlassungs- / Ungehorsamsfalle zu verbinden.

E. 2.1

Die Gerichtskosten bestehen aus: a) der Pauschale für das Schlichtungsverfahren Fr. 300.00 [von der Klägerin bereits bezogen] b) der Entscheidgebühr von Fr. 3'735.00 c) den Kosten der Beweisführung von Fr. 54.00 d) den Kosten für die Übersetzung von Fr. 108.10 Total Fr. 4'197.10 und werden den Klägern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.

E. 2.2

Die Gerichtskosten werden mit den von den Parteien in der Höhe von Fr. 2'700.00 (Kläger) und Fr. 300.00 (Beklagte) verrechnet, sodass die Kläger unter solidarischer Haftbarkeit zum einen dem Gericht den Betrag von Fr. 897.10 nachzuzahlen sowie zum andern der Beklagten Fr. 300.00 zu ersetzen haben. 3. Die Kläger werden solidarisch verpflichtet, der Beklagten eine Parteient-schädigung von Fr. 6'994.20 (inkl. Auslagen und MwSt. von Fr. 189.15) zu bezahlen. 2. Die obergerichtliche Entscheidgebühr von Fr. 2'490.00 wird den Klägern auferlegt und mit dem von der Beklagten in dieser Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet, sodass sie der Beklagten in solidarischer Haftbarkeit Fr. 2'490.00 zu ersetzen haben. 3. Die Kläger werden unter solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, der Beklagten die zweitinstanzlichen Parteikosten in der Höhe von Fr. 3'214.85 (inkl. MWSt) zu ersetzen.

- 32 - Zustellung an: [...] Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG) Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann innert 30 Tagen, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG). Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG). Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG). Der Streitwert des

kantonalen Verfahrens beträgt Fr. 20'000.00. Rechtsmittelbelehrung für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann innert 30 Tagen, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden, soweit keine Beschwerde nach den Artikeln 72 - 89 BGG zulässig ist (Art. 44 Abs. 1, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1, Art. 113, Art. 117 BGG). Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG). Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid verfassungsmässige Rechte (Art. 116 BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG). Wird gegen einen Entscheid sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde geführt, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

- 33 - Aarau, 27. September 2023 Obergericht des Kantons Aargau Zivilgericht, 1. Kammer
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: Brunner Tognella

E. 3

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWSt. und zzgl. Rückerstattung der Verfahrenskosten des Friedensrichteramtes Kreis III im Betrag von CHF 300.00 zu Lasten der Beklagten."

E. 3.1

Die an einem Hang gelegenen Grundstücke GB Q._____. Nr. ccc, Parzelle aaa, und Nr. ddd, Parzelle bbb, sind mit einem Terrassenhaus überbaut. Das oberliegende, vor Dezember 2017 im Eigentum von D._____ und seither im Eigentum der Kläger (Grundbuchauszug; Klagebeilage 1) stehende Grundstück Nr. aaa verfügt zulasten des seit Juni 2006 der Beklagten zu Alleineigentum (vgl. Grundbuchauszug Klagebeilage 2; Duplikatsammelbeilage 7) gehörenden Grundstücks Nr. bbb über ein Überbaurecht (vgl. Dienstbarkeitsvertrag vom 30. August 1978, Klagebeilage

- 6 - 12). Gemäss besagtem Dienstbarkeitsvertrag (Ziff. VIII) ist im Überbaurecht ein Recht zur Benützung des Daches des unterliegenden Wohnhauses als Terrasse des oberliegenden Wohnhauses eingeschlossen. Diese wird durch eine halbhohe Mauer eingefasst, die baulich als Verlängerung der Aussenfassade des unterliegenden Wohnhauses über die Dachkante bzw. den Terrassenboden hinaus erscheint (act. 314, 320 – 322; im Folgenden als Aufmauerung bezeichnet). Gemäss Dienstbarkeitsvertrag (Ziff. VIII) ist der Eigentümer des Grundstücks Nr. aaa verpflichtet, "[a]uf der Terrasse der Parzelle (...) unverrückbare Pflanzentröge aufzustellen, so dass der Einblick auf den unteren Sitzplatz verwehrt ist". D._____ ersetzte die ursprünglich auf der Terrasse befindlichen bepflanzten Pflanzentröge durch rund 40 cm hohe, unbepflanzte oder nur locker bepflanzte Tröge. Damit verfügte die Beklagte über keinen Sichtschutz mehr und entstand zudem insofern eine Gefahr, als kein wesentliches Hindernis die Benutzer der oberliegenden Terrasse vor einem Sturz auf die unterliegende Terrasse mehr schützte. In der Absicht, selber ein Geländer und einen Sichtschutz zu erstellen, liess die Beklagte in der ersten Hälfte 2014 an

der Aussenwand ihres Wohngeschosses grüne Pfosten montieren, die ca. 100 cm über den Boden der oberliegenden Terrasse hinausragen, worauf D._____ mit Klage vom 4. November 2015 beim Gerichtspräsidium Baden possesschutzrechtlich ein an die Beklagte gerichtetes Verbot verlangte, die begonnen Bauarbeiten fortzusetzen, und die Anordnung, die bereits montierten Pfosten zu entfernen. Die Klage wurde vom Gerichtspräsidium Baden mit Entscheid vom 16. November 2017 (Verfahren VZ.2015.93) zwar gutgeheissen, jedoch mit vom Bundesgericht mit Urteil vom 18. Dezember 2019 (Verfahren 5D_46/2019) geschütztem Entscheid des Obergerichts, 1. Zivilkammer, vom 11. Dezember 2018 (Verfahren ZVE.2018.44) abgewiesen, wobei die Rechtsmittelentscheide neu zwischen der Beklagten und den Klägern ergingen, die zwischen der Ausfällung des erstinstanzlichen Entscheids und dessen Begründung das Grundstück Nr. aaa käuflich erworben hatten. Mit vom 20. Januar 2021 datierter Klage verlangten die Kläger wiederum beim Gerichtspräsidium Baden die Entfernung/Beseitigung des mittlerweile vollendeten Metallgeländers mit Sichtschutz (gemäss Klägern "grüne Stahlblechwand") durch die Beklagte auf deren Kosten und unter vollständiger Schadloshaltung der Kläger, dies unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB für den Unterlassungsfall. Zur Begründung der Klage wurde geltend gemacht, die Beklagte habe mit der widerrechtlichen und rechtsmissbräuchlichen Errichtung der störenden grünen Stahlblechwand gegen folgende Rechtsgrundlagen bzw. rechtlichen Prinzipien verstossen: Verletzung / Behinderung / Beeinträchtigung der Eigentumsrechte der Kläger als Allein- oder zumindest Miteigentümer sowie des den Klägern gemäss Dienstbarkeitsvertrag vom 30. August 1978 zustehenden Überbaurechts, wogegen sie sich mit der actio negatoria in Verbindung mit der actio confessoria zur Wehr setzten; ferner überschreite

- 7 - die Beklagte durch "Verhinderung / Behinderung / Beeinträchtigung der Nutzungs- und Wohnqualitäten in Bezug auf die Terrasse und EG der Eigentumswohnung" ihre Eigentumsrechte, wogegen den Klägern die Immissionsklage gemäss Art. 679 und 684 ZGB zur Verfügung stehe; schliesslich habe die Beklagte mit ihrem Verhalten ihr Einfriedungsrecht gemäss Art. 697 ZGB und die obligationenrechtliche Verpflichtung gemäss Ziff. IX des Dienstbarkeitsvertrags (Klagebeilage 12), keine baulichen Veränderungen ohne Zustimmung der Kläger vorzunehmen, verletzt (Klage, act. 37, Replik, act. 144). Die Absturzsicherung sei nach der Erstellung einer Plexiglaswand durch den Rechtsvorgänger der Kläger gewährleistet; der Eingriff der Beklagten in die Rechtssphäre der Kläger auf der Terrasse und insbesondere in Bezug auf die Terrassenaufmauerung mittels Erstellen der "grässlichen" und störenden grünen Stahlblechwand müsse "als rechtswidrige Eigenmacht / Selbsthilfe und Autonomie im Sinne der Selbstjustiz ohne valable Rechtsgrundlage und Legitimation" qualifiziert werden (Replik, act. 154).

E. 3.2

Die Vorinstanz hiess die Klage im Wesentlichen mit folgender Begründung gut: Zunächst verneinte sie das Vorliegen einer abgeurteilten Sache (vgl. Klageantwort, act. 51 f., wonach durch Abweisung aller im Besitzschutzverfahren gestellter Begehren der Weiterbau des Geländers durch die Beklagte rechtskräftig genehmigt worden sei) als negative Prozessvoraussetzung, weil im Besitzschutz ergangene Urteile durch ein späteres, über das Recht an der Sache ergehendes Urteil umgestossen werden könnten (angefochtener Entscheid E. 1.4). Von zentraler Bedeutung sei der Umfang des Überbaurechts, namentlich die Frage, ob sich dieses auf die Aufmauerung erstrecke. Nur wenn das Überbaurecht als

Grunddienstbarkeit die Aufmauerung erfasse, stehe den Klägern die actio confessoria und, weil das Überbaurecht das Sondereigentum der Kläger an der Aufmauerung beinhalte, auch die actio negatoria offen. Nachdem die Metallwand an der Aufmauerung befestigt sei, läge bei einem Sondereigentum der Kläger ein direkter Substanzeingriff vor, weshalb die actio negatoria gegenüber der Immissionsklage Vorrang hätte (angefochtener Entscheid E. 4.7). Die Aufmauerung erfülle die Definition der überragenden Baute oder Vorrichtung nach Art. 674 ZGB (angefochtener Entscheid E. 5.1). Sie sei vorliegend auch Gegenstand eines Überbaurechts geworden. Schon nach dem gemäss Art. 738 ZGB für die Bestimmung des Inhalts von Dienstbarkeiten (angefochtener Entscheid E. 4.2 und 5.2) primär massgeblichen Grundbucheintrag sei ein unbeschränktes Überbaurecht zugunsten der klägerischen Liegenschaft und zulasten der beklaglichen Liegenschaft gegeben (angefochtener Entscheid E. 5.3). Auch dem Dienstbarkeitsvertrag vom 30. August 1978 (Klagebeilage 12) sei nichts Gegenteiliges zu entnehmen: Nicht zu hören sei die Beklagte mit ihrem Argument, es läge ein vom Überbaurecht

- 8 - separates Nutzungsrecht auf dem Terrassenareal vor. Die Vertragsparteien hätten vereinbart, dass im Überbaurecht ein Recht zur Benützung des Daches als Terrasse eingeschlossen sei. Titel von Ziff. VIII des Dienstbarkeitsvertrags laute denn auch: Begründung eines Überbaurechtes mit Benützung der Terrasse. Sodann sei auch kein anderes Nutzungsrecht als das Überbaurecht für das Terrassenareal im Grundbuch eingetragen worden. Vielmehr ergebe sich aus dem Wortlaut der Vertragsbestimmung der übereinstimmende wirkliche Parteiwille, dass sich das Überbaurecht auch auf das Terrassenareal beziehen solle. Im Unterschied zum sonstigen Überbaurecht bestehe hier jedoch eine für Terrassenhäuser nicht ungewöhnliche Zweckgebundenheit zur Nutzung als Terrasse (angefochtener Entscheid E. 5.4.2). Das Nutzungsbedürfnis des herrschenden Grundstücks beinhalte bei einer Terrasse – gerade bei Gebäuden in Hanglage – vorbehalten anderslautende Abmachungen im Dienstbarkeitsvertrag auch eine "gewisse" Aussicht. Vorliegend hätten die Begründungsparteien im obligatorischen Teil des Dienstbarkeitsvertrages festgelegt, Pflanzungen so vorzunehmen, dass sie dem Nachbarn weder Licht noch Aussicht wegnähmen. Die Sicherstellung einer Aussicht sei damit durchaus ein Anliegen der Parteien gewesen. Ohne dieses obligatorische Recht richtete sich die Aussicht nach dem freien Wuchs der jeweiligen Pflanzungen (angefochtener Entscheid E. 5.4.3). Hinsichtlich des Überbaurechts im dinglichen Teil des Dienstbarkeitsvertrages seien "unverrückbare Pflanzentröge aufzustellen, sodass der Einblick auf den unteren Sitzplatz verwehrt ist". Hieraus ergebe sich ebenfalls, dass die Begründungsparteien grundsätzlich eine Aussicht von der Terrasse beabsichtigt hätten, die immerhin hinsichtlich der Einsicht auf den Sitzplatz auf der Westseite habe eingeschränkt werden sollen. Nur insoweit sei den Bedürfnissen des dienenden Grundstücks nachgekommen worden. Der Beklagten sei zwar insofern zu folgen, als die Bezeichnung "Pflanzentröge" anstelle nur "Tröge" tatsächlich indiziere, dass nicht nur leere, sondern bepflanzte Tröge aufzustellen seien. Doch schweige sich der Dienstbarkeitsvertrag zu allen weiteren Details (Pflanzenart, Pflanzhöhe) aus. Damit sei die Auswahl geeigneter Pflanzentröge, deren Platzierung sowie die Wahl und Ausgestaltung der Bepflanzung faktisch dem herrschenden Grundstück überlassen worden, dem die Nutzung der Terrasse eingeräumt werde. Im Übrigen werde die Terrasse als Terrasse der Parzelle aaa (= klägerischen Liegenschaft) bezeichnet. Diese Formulierung spreche für die qua Überbaurecht begründete Zugehörigkeit des Terrassenareals zum Klägergrundstück und mithin ein klägerisches Eigentum daran. Selbst bei restriktiver Auslegung der Dienstbarkeit spreche somit nichts für den Verbleib des

Alleineigentums an der Aufmauerung auf Seiten des dienenden beklaglichen Grundstücks (angefochtener Entscheid E. 5.4.4). Hinsichtlich der Aufmauerung hielt die Vorinstanz die im Dienstbarkeitsvertrag im Grundsatz getroffene Unterhaltsregelung (hälftige Teilung) für anwendbar, was für Miteigentum beider Parteien an der Aufmauerung spreche (angefochtener Entscheid

- 9 - E. 5.4.5). Nachdem somit schon der Grundbucheintrag eindeutig sei und auch die Auslegung des Dienstbarkeitsvertrags ein eindeutiges Ergebnis produziert habe, bleibe für das dritte Dienstbarkeitsauslegungskriterium nach Art. 738 ZGB (gutgläubigen Ausübung der Servitut während längerer Zeit) kein Platz. Angesichts der vielen Rechtsstreitigkeiten um die Dienstbarkeit zwischen der Beklagten und dem Rechtsvorgänger der Kläger sowie von Beginn weg auch den Klägern selbst liege ohnehin keine langjährige unangefochtene Ausübung der Dienstbarkeit durch irgend- jemanden vor (angefochtener Entscheid E. 5.5). Zusammenfassend erfasse das unbeschränkte Überbaurecht die Aufmauerung, was zu Eigen- tum (zumindest hälftigem Miteigentum) der Kläger daran führe. Demgegen- über bestünden keinerlei Anhaltspunkte für ein Alleineigentum oder ein mehrheitliches Miteigentum der Beklagten. Damit seien die Kläger zur actio negatoria berechtigt. Nachdem auch Miteigentümer zur actio negatoria be- rechtigt seien, erübrigten sich weitere Spezifizierungen des Eigentums an der Aufmauerung. Da die Metallwand unbestrittenermassen an der Auf- mauerung befestigt sei, was einen direkten Substanzeingriff darstelle, gehe die actio negatoria der Immissionsklage vor (angefochtener Entscheid E. 5.6 und E. 4.6). Alsdann erachtete die Vorinstanz die mit der Befestigung der Metallwand in der Aufmauerung verbundene Einwirkung in das (min- destens Mit-) Eigentum der Kläger als ungerechtfertigt, nachdem die von der Beklagten vorgebrachten Rechtfertigungsgründe nicht zu hören seien, sie habe das Gelände als Absturzsicherung vornehmen müssen bzw. als Sichtschutz zur Wiederherstellung eines dienstbarkeitsmässigen Zustands (nach Entfernung der ursprünglich ca. 2.5 m hohen blickdichten, immergrü- nen, durchgehenden Büschen aus den Pflanzentrögen durch den Rechts- vorgänger der Kläger) vornehmen dürfen. Nachdem die Absturzsiche- rungsfunktion durch die von den Klägern montierte gläserne Wand über- nommen werde, liefere das Vorbringen der Absturzsicherung keine beklag- tische Rechtfertigung für den Fortbestand der Metallwand (angefochtener Entscheid E. 6.2.2.2). Auf den von der Beklagten geltend gemachten Vor- zustand, für den ohnehin diese die Beweispflicht träfe, sei nicht weiter ein- zugehen. Nachdem keinerlei Gegenbeweise eingereicht worden seien, sei nicht erstellt, dass sich in den Pflanzentrögen vor dem Jahr 2006 2.50 m hohe, blickdichte, immergrüne, durchgehende Büsche befunden hätten. Aber selbst wenn der Vorzustand erstellt wäre, so habe die Beklagte den- noch keinen Anspruch auf dessen Fortbestand. Massgebend sei der Grundbucheintrag und subsidiär der Dienstbarkeitsvertrag, wobei im vorlie- genden Fall der Dienstbarkeitsvertrag zwar eben vermuten lasse, dass die Pflanzentröge auch bepflanzt werden sollten, er sich aber nicht zu Art und Höhe der Bepflanzung äussere. Zudem habe der vom Gericht vorgenom- mene Augenschein ergeben, dass der Sichtschutz unter den vorherrschen- den Bedingungen gewährleistet sei: Es bestehe für einen vor der gläsernen Wand (klägerische Absturzsicherung) oder auf der oberen Terrasse ste- henden Betrachter keine Sichtlinie auf den Sitzplatz des beklaglichen

- 10 - Grundstücks. Zu vergegenwärtigen sei, dass sich der Sitzplatz nur an ei- nem Teilabschnitt der Westfassade befinde, sich die Metallwand jedoch über weite Teile der West- und Südseite erstrecke. Die Metallwand gehe über den dienstvertraglich

vorgesehenen Sichtschutz (nur für den Sitzplatz) daher hinaus und schränke die weitere Aussicht der Kläger übermässig ein. Selbst wenn ein vertragswidriger Zustand durch die Kläger hergestellt worden wäre, stellte die Metallwand somit selbst eine vertragswidrige Handlung seitens der Beklagten dar, die unverhältnismässig und damit un gerechtfertigt sei. Daraus erhelle, dass die Metallwand auch bei Miteigentum mit den Rechten der Kläger unvereinbar sei (angefochtener Entscheid E. 6.2.2.3). Da schliesslich mit der fortbestehenden Metallwand eine gegenwärtige Beeinträchtigung des (Mit-) Eigentums vorliege, sei die von den Klägern erhobene actio negatoria gutzuheissen (angefochtener Entscheid E. 6.3 und 6.4). Im Übrigen ergäbe sich der eingeklagte Beseitigungsanspruch auch aus der actio confessoria, nachdem die von der Beklagten errichtete Metallwand die Aussichtsverhältnisse auf der Terrasse in jedem Fall über den (auch ohne Metallwand sichergestellten) Sichtschutz für den Sitzplatz hinaus beeinträchtige (angefochtener Entscheid E. 7).

E. 4

Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern eine richterlich festgesetzte Parteientschädigung von Fr. 8'164.20 (inkl. Auslagen und MwSt. von Fr. 583.70) zu bezahlen." 2.

E. 4.1

In ihrer Berufung (Rz. 15-19) wirft die Beklagte der Vorinstanz vorab eine "Missachtung der präjudizierenden Wirkung rechtskräftig festgestellter Tatsachen / Vorfragen" vor. Die als negative Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu berücksichtigende materielle Rechtskraft beziehe sich nicht nur auf die Beständigkeit eines Entscheids im Hinblick auf ein neues Verfahren betreffend den identischen Streitgegenstand, sondern auch auf eine sich in einem anderen Verfahren betreffend einen anderen Anspruch stellende Vorfrage, die materiell rechtskräftig beurteilt worden sei. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 4A_571/2015 [= BGE 142 III 210] E. 2.1) beurteile sich die Identität von Streitgegenständen im Hinblick auf die negative Wirkung der materiellen Rechtskraft nach den prozessualen Ansprüchen in den Klageanträgen und dem behaupteten Lebenssachverhalt, d.h. dem Tatsachenfundament, auf das sich die Klagebegehren stützten. In BGE 138 III 49 (E. 4.4.4) habe das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten, dass der Zivilrichter an die Verwaltungsentscheide der zuständigen Behörden gebunden sei, es sei denn die Entscheidung sei absolut nichtig. An die Rechtskraft eines Entscheids seien nicht nur die Prozessparteien, sondern auch deren Rechtsnachfolger gebunden.

E. 4.2

So zutreffend diese Ausführungen der Beklagten zur bundesgerichtlichen Umschreibung der Klageidentität, der Bindung des Zivilrichters an rechtskräftige Entscheide von Verwaltungsbehörden sowie der Verbindlichkeit von Entscheiden auch für Rechtsnachfolger sind, so verkennt die Beklagte

- 11 - deren Gehalt. Die Rechtskraftwirkung erstreckt sich – mit der vorliegend nicht interessierenden Ausnahme der Verrechnung – immer nur auf das Entscheiddispositiv, nicht aber auf die in den Urteilsabwägungen getroffenen tatsächlichen Feststellungen und vorfrageweise behandelten Rechtsfragen. Daran ändert der Umstand nichts, dass in einem späteren Prozess zur Beantwortung der Frage, ob – insbesondere im Falle einer Klageabweisung – eine identische Klage vorliegt, die Urteilsabwägungen herangezogen werden dürfen bzw. müssen (vgl. zum Ganzen vgl. ZÜRCHER, ZPO-Kommentar,

a.a.O., N. 42 f. zu Art. 59 ZPO; MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 241 und 243; vgl. nun immerhin auch BGE 147 III 345 E. 6, wonach das eine Teilklage ganz oder teilweise abweisende Urteil Rechtskraftwirkung für weitere Teilklagen entfaltet, sofern die eingeklagte Teilforderung bloss betragsmässig beschränkt bzw. individualisiert worden ist). Hinsichtlich einer Vorfrage kann eine Bindung an einen früheren (zivil- oder verwaltungsrechtlichen) Entscheid einzig dann bestehen, wenn und soweit die Vorfrage selber dort dispositivmässig entschieden worden ist (vgl. immerhin BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. Aufl., 2018, 6. Kapitel Rz. 21, wonach Entscheide über [abstrakte] Rechtsfragen sowie über Tatsachen nicht zum Gegenstand einer [Feststellungs-] Klage gemacht werden können und deshalb auch nicht zum Gegenstand eines Urteils [schon gar nicht eines Leistungs- oder Gestaltungsurteils] gemacht werden können/sollten). Für den vorliegenden Fall ist ein Verstoß der Vorinstanz gegen die Rechtskraftwirkung früher zwischen den Parteien (inkl. Rechtsvorgängern) ergangener Entscheide (im Sinne der Entscheiddispositive) insbesondere des Verwaltungsgerichts grundsätzlich nicht ersichtlich. Zu Unrecht machte die Beklagte etwa in der Duplik (act. 169 f.) eine Rechtskraftbindung an eine vom Verwaltungsgericht in Erwägung 4.2.2. seines Entscheids vom 7. April 2017 (Verfahren WBE.2016.209; Klagebeilage 10) getroffene tatsächliche Feststellung geltend, dass die früher vorhandenen Pflanzentröge mit dichtem und hohem Bewuchs gleichzeitig die Funktion eines Sichtschutzes und einer Absturzsicherung erfüllt hätten. Dasselbe gilt für die von der Beklagten in ihrer Berufung (Rz. 52 ff.) postulierte Bindung an die vom Verwaltungs- bzw. Obergericht in früheren Verfahren (WBE.2016.209 bzw. VZE.2018.44) erfolgte Bejahung einer baurechtlichen Pflicht der Kläger zur Anbringung einer Absturzsicherung bzw. an die tatsächliche Feststellung betreffend die Art und den Umfang der früheren Bepflanzung der Tröge als langjähriger und unangefochtener "Ausübung i.S.v. Art. 738 Abs. 2 ZGB" (vgl. dazu auch nachfolgende E. 5.6.2, wonach es sich bei der behaupteten langjährigen Erfüllung der Bepflanzungspflicht nicht um die Ausübung der Dienstbarkeit durch den Berechtigten geht, sondern um die Erfüllung einer von diesem mit der Dienstbarkeit realobligatorisch übernommenen Nebenpflicht im Sinne von Art. 730 Abs. 2 ZGB).

- 12 - Was sodann das von den Klägern im Jahre 2015 vor dem Präsidium des Bezirksgerichts Baden eingeleitete Verfahren und die in jenem Verfahren ergangenen Entscheide des Gerichtspräsidiums vom 16. November 2017, des Obergerichts vom 11. Dezember 2018 und des Bundesgerichts vom 18. Dezember 2019 (Klagebeilagen 6-8) angeht, ergingen diese in einem Verfahren betreffend (definitiven) Besitzschutz. Die in den besagten Entscheiden unter dem Aspekt des Besitzrechts gemachten Feststellungen tatsächlicher oder rechtlicher Natur vermögen schon deshalb für den vorliegenden Prozess keine Rechtskraftwirkung zu entfalten, weil der Sachverhalt nun im vorliegenden Verfahren unter eigentums- und dienstbarkeitsrechtlichem Gesichtspunkt zu beurteilen ist (vgl. E. 1.2 des zwischen den Parteien ergangenen BGE 5D_46/2019 betreffend Besitzschutz). Allenfalls fragt sich, ob aufgrund des früheren Prozesses betreffend Besitzschutz die Frage der Unzulässigkeit einer Immission rechtskräftig beurteilt ist (vgl. E. 6.3.2 des obergerichtlichen Urteils vom 11. Dezember 2018, wonach die Beseitigung einer übermässigen Immission sowohl nach Art. 679 ZGB als auch nach Art. 928 Abs. 2 ZGB verlangt werden kann und in letzterem Fall – trotz der begrifflich reinen Trennung zwischen Possessorium und Petitorium – bei der Beurteilung der Klage nach Art. 928 ZGB die materielle Rechtslage zu berücksichtigen ist). Wie es sich damit verhält,

kann offenbleiben, weil an der dort vorgenommenen Beurteilung ohnehin festzuhalten wäre (vgl. nachstehende E. 5.4).

E. 5.1

In der Sache rügt die Beklagte in erster Linie die vorinstanzliche Feststellung eines (mindestens Mit-) Eigentums der Kläger an der Aufmauerung als "offensichtlich falsch" (Berufung Rz. 20). Entgegen der von den Klägern und der Vorinstanz vertretenen Auffassung sei die Aufmauerung nicht "baulich" bzw. "faktisch und technisch" mit dem klägerischen Grundstück verbunden; vielmehr bilde die Aufmauerung den natürlichen Abschluss der Aussenfassade der beklagten Liegenschaft (Berufung Rz. 20, 30 ff.; vgl. schon Klageantwort act. 63 unten). Sodann sei – wiederum entgegen der Vorinstanz – sehr wohl zwischen einem Überbaurecht (auf dem Situationsplan zum Dienstbarkeitsvertrag [Klagebeilage 12] mit durchgezogener roter Linie markiert) und einem davon verschiedenen Benützungsrecht am Dach (auf dem Situationsplan mit gestrichelter roter Linie markiert) zu unterscheiden; während das Benützungsrecht lediglich der Nutzung des Daches als Terrasse diene, räume das Überbaurecht dem Dienstbarkeitsberechtigten eine viel weiter gehende Rechtsstellung (Sondereigentum an der überragenden Baute in Durchbrechung des Akzessionsprinzips) ein (Berufung Rz. 26 ff., so schon Klageantwort, act. 60). Die Aufmauerung stehe deshalb im ausschliesslichen Eigentum der Beklagten, weshalb den Klägern die actio negatoria nicht zur Verfügung stehe (Berufung Rz. 36, 60 und 69; vgl. schon Klageantwort, act. 60, 62 und 65). Die Vorinstanz habe zu Unrecht eine Pflicht der Kläger zur Bepflanzung der auf der Terrasse

- 13 - befindlichen Pflanzentröge verneint, zumal diesen von Anfang an nicht nur die Funktion eines Sichtschutzes, sondern auch einer Absturzsicherung zugekommen sei und die Kläger sich nicht durch das nachträgliche Anbringen eines Geländers aus Plexiglas dieser Pflicht hätten entledigen können (Berufung Rz. 40-51, so schon Klageantwort, act. 55 f. mit der Behauptung, dass der Rechtsvorgänger der Kläger nach bzw. trotz der Entfernung der Pflanzen aus den Töpfen über Jahre hinweg keine Absturzsicherung angebracht habe, bis er schliesslich vom Verwaltungsgericht mit einem Terrassenbenützungsverbot belegt worden sei). Unzutreffend und zudem in Widerspruch zu von ihr im Verfahren VZ.2015.93 getroffenen Feststellungen sei die von der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid getroffene Feststellung, dass vom Standpunkt eines Betrachters beim gläsernen Geländer auf der Westseite keine Sichtlinie auf den Sitzplatz der Beklagten bestehe; dies sei einzig wegen des von der Beklagten angebrachten Metallgeländers nicht der Fall (Berufung Rz. 56-58). Soweit die Vorinstanz in E. 5.4.3 des angefochtenen Entscheids auf die Bestimmung des Dienstbarkeitsvertrags (Klagebeilage 12 S. 8 Ziff. IX.4.2) verwiesen habe, wonach die ursprünglichen Parteien betreffend Pflanzungen zur Wahrung von Licht und Aussicht eine Kapp- und Beseitigungspflicht vereinbart hätten, verkenne sie, dass diese rein obligatorische Bestimmung absolut sinnlos wäre, wenn keine Bepflanzung vorhanden sei und diesbezüglich keine Verpflichtung bestehen würde; weiter handle es sich beim Kapprecht um eine rein obligatorische Bestimmung, die vorliegend mangels vertraglicher Überbindung ohne jegliche Relevanz bleibe (Berufung Rz. 37). Zusammenfassend sei die von den Klägern erhobene actio negatoria wegen fehlenden (auch Mit-) Eigentums der Kläger an der Aufmauerung und damit insoweit fehlender Aktivlegitimation abzuweisen (Berufung Rz. 60). Aber auch wenn das Obergericht wider Erwarten betreffend die Aktivlegitimation der Kläger zu einem anderen Schluss kommen sollte, sei eine actio negatoria ausgeschlossen: So wäre bei gemeinsamem Eigentum der Parteien an

der Aufmauerung die Befestigung des Metallgeländers durch die Beklagte mit einem Terrassen- benützungsberechtigung ohne Weiteres verträglich, zumal die Kläger entgegen vorinstanzlicher Auffassung keinen Anspruch auf unbeschränkte Aussicht hätten (Berufung Rz. 61-64). Sodann habe die Vorinstanz die von der Be- klagten angeführten Rechtfertigungsgründe zu Unrecht verneint (Selbst- schutz vor dem von den Klägern geschaffenen rechtswidrigen Zustand ei- ner Absturzgefahr) (Berufung Rz. 65-69). Schliesslich werde auch ein Be- seitigungsanspruch gestützt auf eine actio confessoria weiterhin bestritten: Die Kläger hätten keinen Anspruch auf Aussicht, weil sie aufgrund des Dienstbarkeitsvertrags verpflichtet seien, einen Sichtschutz anzubringen; ferner dürfe sich ein belasteter Grundeigentümer gegen den dienstbarkeits- berechtigten Grundeigentümer zur Wehr setzen, wenn dieser seine Befug- nis überschreite; dieser sei nach Art. 737 Abs. 3 ZGB verpflichtet, in der Ausübung der Dienstbarkeit alle unnötigen Belästigungen und Schädigun- gen zu vermeiden; der Belastete habe Anspruch auf Erfüllung dieser Pflicht - 14 - durch den Berechtigten; indem er sie erzwingt, erschwere er dem Berech- tigten die Ausübung der Dienstbarkeit zwar möglicherweise ganz erheblich, aber eben befugtermassen; im vorliegenden Fall könne aber ohnehin keine Rede von einer erheblichen Erschwerung sein, weil das Dach von den Klä- gern uneingeschränkt als Terrasse genützt werden könne und auch werde (Berufung Rz. 70-74).

E. 5.2.1

Die Kläger gehen davon aus, dass ihnen wegen des ihrem Grundstück als herrschendem Grundstück eingeräumten Überbaurechts Allein-, mindes- tens aber Miteigentum an der Aufmauerung (als funktionellem Abschluss ihrer Terrasse) zustehe (Klage, act. 11 ff. bzw. 15 ff.), an der die Beklagte ohne klägerische Zustimmung "offensichtlich rechtsmissbräuchlich, schika- nös, bösartig, niederträchtig und querulatorisch" (Klage, act. 9) eine grüne Stahlblechwand hochgezogen habe. Demgemäss seien sie berechtigt, von der Beklagten die Entfernung dieser Blechwand gestützt auf Art. 641 Abs. 2 ZGB wegen Verletzung ihres Eigentums zu verlangen (actio negatoria).

E. 5.2.2

Unbestrittenermassen besteht zugunsten des klägerischen Grundstücks und zulasten des beklagtischen Eigentums ein Überbaurecht (Grund- bauchauszüge der beiden Grundstücke sowie Ziff. VIII des Dienstbarkeits- vertrags vom 30. August 1978; Klagebeilagen 1, 2 und 12). Ein im Grund- buch eingetragenes Überbaurecht bewirkt grundsätzlich – von Gesetzes wegen –, dass die "Bauten und Vorrichtungen, die von einem Grundstück auf ein anderes überragen", Bestandteile (vgl. Art. 642 ZGB) des Grund- stücks werden, von dem sie ausgehen (Art. 674 Abs. 1 ZGB). Daraus kann nicht per se gefolgert werden, dass bei einer verschachtelten Bauweise (Terrassenhäuser) der Eigentümer des Grundstücks mit der oben gelege- nen Wohnung an der Terrasse, die auf der Wohnung des Eigentümers des belasteten Grundstücks liegt, Eigentum (auch Miteigentum) erwirbt bzw. erwerben kann.

E. 5.2.3

Der Inhalt einer Dienstbarkeit ergibt sich aus der in Art. 738 ZGB vorgese- henen Kaskade: In erster Linie ist der Grundbucheintrag massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Ist dieser – wie häufig und auch im vorliegenden Fall (vgl. Grundbuchauszüge, Klagebeilagen 1 und 2) – nur stichwortartiger Natur, muss für die Bestimmung des Inhalts der Servitut in einem zweiten Schritt auf den Erwerbsgrund (in aller Regel Dienstbarkeitsvertrag gemäss Art. 732 ZGB, hier Klagebeilage 12) abgestellt werden. Wenn auch der Er- werbsgrund keinen

Aufschluss bietet, kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (Art. 738 Abs. 2 ZGB).

- 15 - Es versteht sich aus dieser gesetzlichen Ordnung von selbst, dass es keinen guten Glauben hinsichtlich einer (auch langjährigen) Ausübung einer Dienstbarkeit geben kann, die den Grundbucheintrag oder den Erwerbgrund (vgl. Art. 942 Abs. 2 ZGB, wonach das Grundbuch den Erwerbgrund mitumfasst; dazu BGE 137 III 145 E. 3.3.1) überschreitet. Denn dadurch würde – jedenfalls im Verhältnis zwischen Parteien, die das Grundstück im Nachhinein erworben haben – die Publizitätswirkung des Grundbuchs (Art. 971 ZGB) beeinträchtigt. Mit Bezug auf ein Überbaurecht kann es – anders als bei Benützungsberechtigten – naturgemäss keine langjährige Ausübung der Dienstbarkeit geben. Denkbar erscheint einzig, dass bei der (auf der Grundlage eines Überbaurechts erfolgten) Erstellung eines Baus über eine Grundstücksgrenze hinweg, Pläne nicht eingehalten wurden. Dann ist indes der Fall der natürlichen Publizität erfüllt, die dem Erwerber des belasteten Grundstücks grundsätzlich die Berufung auf einen mit diesen offensichtlichen tatsächlichen Verhältnissen in Widerspruch stehenden Grundbucheintrag bzw. Dienstbarkeitsvertrag (inkl. Pläne), der Teil des Grundbuchs bildet (Art. 942 Abs. 2 ZGB), verwehrt (zur natürlichen Publizität vgl. den – ein Wegrecht betreffenden – BGE 137 III 145 E. 3.3.3, wonach dort, wo für die Ausübung der Dienstbarkeit bauliche Anlagen erforderlich sind, diese in der Regel auch den Inhalt und den Umfang der Dienstbarkeit bestimmen, und zwar mit voller Wirkung gegenüber dem Dritterwerber, der sich grundsätzlich alles entgegenhalten lassen muss, was sich aus der Lage und der nach aussen in Erscheinung tretenden Beschaffenheit der Grundstücke ergibt; dies weil nach allgemeiner Lebenserfahrung niemand ein wegrechtsberechtigtes Grundstück kaufe, ohne es vorher zu besichtigen, und dass – Ausnahmefälle vorbehalten – kein Dritterwerber in gutem Glauben geltend machen könne, er habe die im Grundbucheintrag nicht erwähnten Besonderheiten des Wegrechts nicht gekannt, die für ihn bei einer Besichtigung erkennbar gewesen wären. Es versteht sich von selbst, dass das, was für ein mit einem Wegrecht belastetes Grundstück gilt, erst recht für ein Grundstück gelten muss, das mit einem Überbaurecht belastet ist).

E. 5.2.4.1

Wegen der im Sachenrecht geltenden Typengebundenheit (numerus clausus der im Sachenrecht vorgesehenen Institute) und Typenfixierung (Inhaltsbestimmung dieser Institute durch das Gesetz) (vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, Berner Kommentar, 2022, Systematischer Teil N. 152 ff.) können Parteien nicht nach Gutdünken rechtsgeschäftlich Sondereigentum an Bauten bzw. Gebäudeteilen begründen (vgl. Art. 675 Abs. 2 ZGB, der explizit die Bestellung eines Baurechts an einzelnen Stockwerken eines Gebäudes verbietet). Gegen die Typengebundenheit und Typenfixierung verstossende Vereinbarungen weisen einen rechtlich unmöglichen Inhalt auf und sind daher nichtig (Art. 20 Abs. 1 OR). Auch wenn Parteien den

- 16 - Inhalt einer Dienstbarkeit in Abweichung vom Grundsatz der Typenfixierung grundsätzlich autonom bestimmen können (GRAHAM-SIEGENTHALER, a.a.O., Systematischer Teil N. 161), muss die entsprechende Inhaltsfreiheit dort ihre Grenze finden, wo mit dem Sachenrecht und seinen Prinzipien nicht mehr vereinbare Institute geschaffen werden (sollen). Mit der Zulassung von Sondereigentum an Bauten auf fremden Grund über die vom Gesetz selber zugelassenen Ausnahmen (vgl. dazu nachfolgende E. 5.2.4.2.1) hinaus würde aber gegen den Art. 667 Abs. 2 ZGB verstossen,

wonach das Grundeigentum unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken alle darauf befindlichen Bauten, Pflanzen und Quellen umfasst. Das Bundesgericht hat denn auch in BGE 111 II 134 E. 4b eine Baurechtsdienstbarkeit, wonach Sondereigentum des Bauberechtigten an einer von zwei baulich und funktionell untrennbar verbundener Hälften einer Doppelgarage entstehen sollte, als unzulässig erachtet.

E. 5.2.4.2

5.2.4.2.1. Eine Grunddienstbarkeit verschafft dem Berechtigten nicht per se Eigentumsrechte am belasteten Grundstück bzw. (Bestand-) Teilen davon. Gemäss der Parömie "superficies solo cedit" gilt zunächst einmal, dass Bauten Bestandteile (Art. 642 ZGB) des Grundstücks sind, auf dem sie stehen (Art. 667 Abs. 2 ZGB; zur hier nicht interessierenden Ausnahme einer Fahrnisbaute, vgl. Art. 677 ZGB). In Übereinstimmung damit statuiert Art. 671 Abs. 1 ZGB für den Fall, dass jemand zu einem Bau auf seinem Boden fremdes Material oder eigenes Material auf fremden Boden verwendet, es (Material) zum Bestandteil des jeweiligen Grundstücks wird. Ausnahmsweise, d.h. unter den Voraussetzungen von Art. 674 ZGB betreffend übertragene Bauten sowie Art. 675 ZGB betreffend Baurecht und Art. 676 ZGB betreffend Leitungen zur Versorgung und Entsorgung, kann jemand Eigentum an einer auf dem Grundstück eines Dritten errichteten Baute (oder Leistung) erlangen, und zwar ausschliesslich aufgrund einer Dienstbarkeit (wo bei aus Nachbarrecht [Art. 691 ZGB betreffend Leitungen] bzw. nach Art. 674 Abs. 3 ZGB [betreffend einen unberechtigt, d.h. ohne Dienstbarkeit errichteten Überbau] ein Anspruch auf Einräumung einer solchen Servitut bestehen kann). Zum Sondereigentum eines Dienstbarkeitsberechtigten an einer zur Ausübung der Dienstbarkeit notwendigen Vorrichtung kommt es nach Art. 675 ZGB, wenn diese gestützt auf die Dienstbarkeit von ihm selber erstellt worden ist und nicht schon vor Begründung der Dienstbarkeit bestanden hat (so ausdrücklich LIVER, Zürcher Kommentar, 1980, N. 21 f. zu Art. 741 ZGB; PETITPIERRE, Basler Kommentar, 7. Aufl., 2023, N. 6 zu Art. 741 ZGB). Das Bundesgericht hat sodann zum Überbaurecht (Art. 674 ZGB) festgehalten, dass – im Gegensatz zum Baurecht – stets eine bautechnisch-funktionelle Abhängigkeit des Eigentumsobjekts auf dem fremden Grundstück

- 17 - von einer Baute oder einer anderen baulichen Vorrichtung auf dem berechtigten Nachbargrundstück vorliegen muss. Voraussetzung für die Begründung eines typenkonformen Überbaurechts bei Einliegerräumen in der Nachbarliegenschaft ist somit, dass sich das Eigentumsobjekt auf dem fremden Grundstück in einem Gebäude befindet, das mit dem berechtigten Grundstück durch eine Trennwand oder zwei externe, aneinanderstossende Mauern verbunden ist; sodann muss das Dienstbarkeitsobjekt vom berechtigten Grundstück aus durch eine Wand- oder Maueröffnung direkt zugänglich sein und mit diesem eine funktionelle Einheit bilden (BGE 127 III 10 E. 2c/cc). Vor diesem Hintergrund fragt sich, inwieweit zur Ermöglichung einer dinglich (dienstbarkeitsrechtlich) geschützten Benützung einer Terrasse durch den Eigentümer eines Nachbargrundstücks die Begründung eines Überbaurechts im Sinne von Art. 674 ZGB notwendig oder auch nur möglich ist.

5.2.4.2.2. Eine Notwendigkeit ist grundsätzlich nicht ersichtlich, weil ein dingliches Recht auf Benützung einer auf ein Drittgrundstück ragenden Terrasse grundsätzlich als gewöhnliche Benützungsdienstbarkeit begründet werden kann. Sodann fehlt es bei einer solchen Terrasse grundsätzlich an einer bautechnischen Abhängigkeit von der Wohneinheit, der sie dienen soll. Eine solche wäre einzig dann zu bejahen, wenn die Terrasse eine von der Dachkonstruktion getrennte und sich über diese

legende, separate Konstruktion darstellt, die bautechnisch ihren Ausgang in der dem Dienstbarkeitsberechtigten – unter Umständen gestützt auf ein Überbaurecht – gehörenden Gebäudeeinheit hat (vgl. Art. 674 Abs. 1 ZGB). Das Zivilgesetzbuch sieht nirgends vor, dass an einer einzelnen, der Raumteilung von Gebäuden dienenden vertikalen oder horizontalen Konstruktionen (Mauer und Decke/Fussboden) nach Schichten Alleineigentum bestehen kann (so aber offenbar die Kläger, vgl. z.B. Replik, act. 130). So stehen insbesondere auch bei Stockwerkeigentum alle Mauern/Wände und Decken/Fussböden im Miteigentum aller Stockwerkeigentümer. Der einzelne Stockwerkeigentümer ist lediglich im Sinne eines Sonderrechts in der Verwaltung, Benutzung und baulichen Ausgestaltung der ihm zugeteilten Einheit (die in sich abgeschlossen sein muss, Art. 712b Abs. 1 ZGB) frei (Art. 712a Abs. 2 ZGB). Auch für den Fall von Vorrichtungen, die wie Mauern, Hecken, Zäune zur Abgrenzung auf der Grenze zweier Grundstücke stehen, ist vom Gesetz nicht vorgesehen, dass die (eine gewisse Fläche benötigende) Mauer nach Schichten im Alleineigentum des einen und des andern Nachbarn steht, je nachdem ob sie sich auf der einen oder anderen Seite der geometrisch gesehen eine blosser Linie bildenden Grundstücksgrenze befindet. Vielmehr wird dann gesetzlich Miteigentum

- 18 - der beiden Nachbarn vermutet (Art. 670 ZGB). Zwar handelt es sich um eine widerlegbare Vermutung; doch kann sie nur in dem Sinne umgestossen werden, dass nachgewiesen wird, dass die Grenzvorrichtung ganz dem einen oder anderen Nachbarn bzw. zu dessen Grundstück gehört. Die Miteigentumsvermutung kann beispielsweise entkräftet werden durch den Beweis, dass ein Rechtsgeschäft zwischen den benachbarten Grundeigentümern abgeschlossen wurde, welches z.B. die Errichtung eines Überbaurechts an der grenzüberschreitenden Vorrichtung oder Anlage zugunsten des einen bzw. zulasten des andern Nachbarn zum Inhalt hat (REY/STREBEL, Basler Kommentar, 7. Aufl. 2023, N. 7 zu Art. 670 ZGB). Soweit ersichtlich wird nirgends postuliert, dass die Nachbarn Alleineigentum an Mauerschichten bzw. Teilen der Mauer vereinbaren können. Nach dem Gesagten muss – vorbehaltlich der in Absatz 2 dieser Erwägung erwähnten Ausnahme – die Einräumung eines Überbaurechts an einer auf einem unterliegenden Grundstück des Nachbargrundstücks gelegenen Terrasse, weil gegen im Sachenrecht geltenden Grundsätze der Typengebundenheit und Typenfixierung verstossend, als widerrechtlich im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR qualifiziert werden. Durch die Einräumung des Überbaurechts an einer Terrasse, die eigentumsrechtlich kein von der Decke unterschiedliches Schicksal haben kann, würde mit dem dem Eigentümer des berechtigten Grundstücks eingeräumten Sondereigentum (Art. 674 Abs. 1 ZGB) dem Eigentümer des Grundstücks, auf dem die Terrasse liegt, das Eigentum an der Decke (die eigentumsrechtlich kein von der Terrasse verschiedenes Schicksal haben kann) seiner eigenen Wohnung entzogen. Dies kann die Rechtsordnung selbst für den Fall, dass – was wohl praktisch ausgeschlossen ist – der die Dienstbarkeit einräumende Eigentümer des belasteten Grundstücks zum Verzicht auf Eigentum am eigenen Dach bereit wäre, nicht zulasten des Rechtsverkehrs mit Grundstücken zulassen. Dies deckt sich im Wesentlichen mit der vom Appellationshof des Kantons Bern in einem Fall von Terrassenhäusern (bei denen für die überragenden Bauteile Grunddienstbarkeiten in Form von Überbaurechten bestanden) getroffenen Feststellung, dass mit Ausnahme der auf der Terrasse befindlichen Verbundsteine, die einzig der Terrasse dienen, der ganze Dachaufbau ("namentlich die Betondecke die Dämmschicht, die PVC-Folie und die Kiesschicht") im (Allein-) Eigentum des (dienstbarkeitsbelasteten) Wohnungseigentümers stünden; die gleiche horizontale

Konstruktion diene der unteren Wohnung als Dach und der oberen als Terrasse; dabei überwiege ganz offensichtlich die Funktion als Dach, weil die untere Wohnung ohne Dach nicht bewohnbar wäre, während die obere Wohnung auch ohne Terrasse ihren Zweck erfüllen könne, Das Bundesgericht hat diese Auffassung in BGE 5C.20/2003 (E. 1.3.2) geschützt. Ohne dass es explizit gemacht worden wäre, scheint die Auffassung gewesen zu sein, dass die Terrassenplatten (die mutmasslich wegen der festen Verbindung mit dem

- 19 - Dach Bestandteilcharakter im Sinne von Art. 642/667 ZGB aufgewiesen haben dürften) als dem Terrassenbenützungsberechtigten dienenden Vorrichtung in dessen Eigentum stehen (vgl. die in vorstehender E. 5.2.4.2.1 [erster Absatz in fine] gemachten Ausführungen, wonach für die Bejahung eines Sondereigentums an einer der Ausübung der Dienstbarkeit dienenden, fest mit dem belasteten Grundstück verbundenen Vorrichtung verlangt wird, dass die Vorrichtung vom Dienstbarkeitsberechtigten [und wohl auch seines Rechtsvorgängers] erstellt worden ist).

E. 5.2.4.3

5.2.4.3.1. Eine bautechnische Abhängigkeit der Terrasse von der im Eigentum der Kläger stehenden Wohnbaute wurde von diesen im vorliegenden Verfahren nie substantiiert, wenn sie denn je behauptet wurde. Soweit im zweiten Absatz auf S. 12 der Klage (act. 12 unter Hinweis auf eine farbige Skizze, die ediert wurde) eine solche auf dem klägerischen Grundstück bautechnisch ihren Ursprung nehmende, von der Dachkonstruktion klar getrennte Terrassenkonstruktion sinngemäss, aber völlig unsubstantiiert behauptet sein sollte, ist die Behauptung zumindest unbewiesen geblieben. Die Beklagte hat in der Klageantwort (act. 62) die Kläger ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie es unterlassen hätten, die in ihren Ausführungen erwähnte farbige Skizze zur Plausibilisierung der Verhältnisse auf der Terrasse auch beizulegen, weshalb die Skizze als Klageantwortbeilage 13 von der Beklagten eingereicht wurde. Dieser Skizze lässt sich keine eigenständige Terrassenkonstruktion entnehmen, die ihren bautechnischen Ursprung auf dem klägerischen Grundstück bzw. der im Überbaurecht erstellten Wohnung hat, gehen daraus doch einzig (blau markierte) "Platten = mech. Schutz" hervor (vgl. BGE 5C.20/2003 E. 1.3). Dem mechanischen Schutz dienende Platten vermögen, weil lediglich aneinandergereiht, von vornherein keine durchgehende Terrassenkonstruktion, geschweige denn eine bautechnisch vom berechtigten Grundstück ausgehende, zu begründen, an der ein Überbaurecht entstehen könnte. Bezeichnenderweise wird denn auch in den klägerischen Rechtsschriften das Alleineigentum an der Terrasse und insbesondere der Aufmauerung ausschliesslich funktionell (und "baulich", was nicht mit bautechnisch gleichgesetzt werden kann) begründet (vgl. z.B. Klage, act. 11: "...bildet die Aufmauerung den funktionellen Abschluss der Terrasse"; act. 13: "Damit bildet diese Aufmauerung den funktionellen [und baulichen] Abschluss der Terrasse" sowie "Daraus muss der logische Schluss gezogen werden, dass die Aufmauerung einzig und alleine für und wegen der Terrasse und deren Nutzung erstellt wurde"; Replik, act. 122: "Mit anderen Worten wurde diese Brüstung / Terrassenaufmauerung alleinig zu dem Zweck gebaut, die Terrasse und somit das Überbaurecht gewissermassen einzufrieden bzw. zu begrenzen und funktional [Hervorhebung durch Kursivschrift hinzugefügt] abzuschliessen", was den Abschluss nicht zu einem bautechnischen

- 20 - macht; vgl. nun auch Berufungsantwort S. 20, wonach die "Brüstung / Aufmauerung bautechnisch den funktionalen Abschluss der Terrasse im Rahmen des gewährten Überbaurechts bildet", wobei eine Begründung fehlt, wieso die Aufmauerung nicht nur

tatsächlich den Abschluss der Terrasse bildet, sondern bautechnisch als überragender Teil einer auf dem klägerischen Grundstück stehenden Baute zu betrachten ist). Eine bloss funktionelle Zusammengehörigkeit zwischen der Terrasse und der (auf dem klägerischen und beklagischen Grundstück) stehenden Wohnung der Kläger vermag für sich allein genommen kein Überbaurecht am Dach oder Teilen (Schichten) zu rechtfertigen, mit dem nach der gesetzlichen Konzeption des Überbaurechts dem dienstbarkeitsbelasteten Eigentümer der Wohnung das Eigentum am eigenen Dach entzogen würde (Art. 674 Abs. 1 ZGB, wonach die auf ein anderes Grundstück überragenden Bauten oder Vorrichtungen Bestandteil des Grundstücks, von dem sie ausgehen, bleibt). Dies liesse sich mit den Prinzipien des schweizerischen Immobiliarsachenrechts nicht vereinbaren. 5.2.4.3.2. Zu ergänzen ist Folgendes: Selbst wenn man abweichend von den vorstehenden Ausführungen Grund- eigentümern die Freiheit zugestehen wollte, hinsichtlich einer Terrasse wie der vorliegenden ein Überbaurecht des Terrassenbenützers am Dach ein- zuräumen (oder in analoger Anwendung von Art. 670 ZGB Miteigentum zu vereinbaren), ergibt eine objektivierte Auslegung des im Recht liegenden Dienstbarkeitsvertrags aus dem Jahre 1978 (Klagebeilage 12) keinen Hin- weis darauf, dass nach Auffassung der am seinerzeitigen Abschluss des Dienstbarkeitsvertrags beteiligten Personen (Vertragsparteien und Notar) der jeweilige Eigentümer des klägerischen Grundstücks (Allein- oder auch nur Mit-) Eigentümer der Terrasse oder gar des Dachs der auf dem belas- teten Grundstück erstellten Wohnung werden sollte. Vielmehr ist im Vertrag von einem "Überbaurecht" die Rede, in dem "ein Recht zur Benützung des Daches als Terrasse eingeschlossen" sei. Diese Rechte wurden im beige- fügten Situationsplan klar räumlich auseinandergehalten. Die mit "Über- baurecht" bezeichnete Fläche wurde mit durchgezogener roter Linie und die Flächen "Terrasse 2. Stock" sowie "Terrasse 1. Stock" wurden mit ge- strichelter roter Linie markiert. Damit wurde eine eigentlich aus zwei Dienst- barkeiten (Überbaurecht und Terrassenbenützungsrecht) bestehende Mischdienstbarkeit geschaffen. Denn das – vorliegend einzig ins Grund- buch eingetragene – Überbaurecht verschafft von Gesetzes wegen kein Recht auf Benützung von Teilen eines Nachbargrundstücks die sich ausserhalb des Bereichs befinden, das vom Überbaurecht (im Situationsplan zum Dienstbarkeitsvertrag [Klagebeilage 12] mit durchgezogener roter Li- nie markiert) erfasst ist (vgl. vorstehende E. 5.2.3 Absatz 2).

- 21 - Sodann wurde in Ziff. VIII des Dienstbarkeitsvertrags vom 30. August 1978 (Klagebeilage 12) hinsichtlich der Unterhaltskosten folgende Vereinbarung getroffen: "Die Unterhaltskosten der gemeinsamen Mauer, Decken und Fussböden fallen zu je ½ zulasten der beiden Parzelleneigentümer. Der Unterhalt der Platten (mech. Schutz) geht zulasten des Eigentümers von Parzelle aaa [= klägerisches Grundstück], während der Unterhalt der restlichen Decke des Hauses Kern (unter Terrasse) zulasten des Eigentümers von Parzelle bbb [= beklagisches Grundstück] fällt [Hervorhebungen durch Kursivschrift und Unterstreichung hinzugefügt]." Die im kursiv markierten Passus für die Terrasse getroffene Unterhaltsre- gelung entspricht derjenigen, die zu erwarten ist, wenn man den Eigentü- mer der Wohnung (deren Dach dem Nachbargrundstück als Terrasse dient) als Alleineigentümer des Dachs inkl. Terrasse und den Nachbarn als Dienstbarkeitsberechtigten, der allenfalls an den auf der Terrasse liegen- den Platten als Dienstbarkeitsvorrichtung Eigentum erlangt, auffasst (vgl. Art. 741 ZGB und BGE 5C.20/2003 E. 1.3).

E. 5.2.5

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass den Klägern bzw. ihren Rechtsvorgängern hinsichtlich der auf dem beklagten Grundstück liegenden Terrasse lediglich ein Benützungsrecht eingeräumt werden konnte (und offensichtlich auch nur ein solches eingeräumt werden sollte). Die Beklagte blieb somit vollumfänglich Alleineigentümerin am eigenen Dach; sie hat somit – entgegen klägerischer (vgl. etwa Replik 121 f.) und vorinstanzlicher Auffassung (angefochtener Entscheid E. 5.6) – mit der Montage des Metallgeländers an der Mauer ihres Gebäudes ausschliesslich in ihr eigenes Eigentum "eingegriffen". Die Kläger erhielten, wenn überhaupt, höchstens Eigentum an den (dem mechanischen Schutz des Daches dienenden) Platten auf der Terrasse und – entgegen ihrer Ansicht – nicht auch an der auch die Terrasse begrenzenden "Aufmauerung", an welche die Beklagte das Metallgeländer montieren liess. Entsprechend ist den Klägern mangels (Mit-) Eigentümerstellung nach einhelliger Auffassung des Gerichts die Berufung auf die actio negatoria (Art. 641 Abs. 2 ZGB) versagt.

E. 5.3

Zu prüfen ist, ob sich die Kläger wegen einer Dienstbarkeitsverletzung (Verletzung der Terrassenbenützungsdienstbarkeit) auf die actio confessoria berufen können. Nach Auffassung der Mehrheit des Gerichts ist dies aus folgenden Gründen zu verneinen (zur Minderheitsmeinung vgl. nachfolgende E. 6):

- 22 -

E. 5.3.1

Zunächst ist festzuhalten, dass die Beklagte den Klägern die Terrassenbenützung als solche bisher nie (und insbesondere auch nicht im vorliegenden Verfahren) streitig gemacht hat (obwohl es an einem eigenen Eintrag für eine Terrassenbenützungsdienstbarkeit im Grundbuch fehlt). Das Beharren der Beklagten auf Einhaltung der im Dienstbarkeitsvertrag vorgesehenen realobligatorischen Verpflichtung zum Sichtschutz durch die Kläger (vgl. dazu nachstehende E. 5.3.2 zweiter Absatz) bedeutete für diese keine unzulässige Einschränkung ihres Rechts, das Dach des beklagten Grundstücks zu benützen. Allerdings stellt sich die Frage, ob und inwieweit ein "Recht der Kläger auf Aussicht" besteht, das die Beklagte mit der Montage der grünen Stahlblechwand verletzt hätte. Es gibt kein absolutes, d.h. gegen jedermann durchsetzbares Recht auf Aussicht: Von Gesetzes wegen kann einzig in einem konkreten Fall unter den in Art. 684 ZGB statuierten Voraussetzungen der Entzug von Aussicht durch einen Nachbarn widerrechtlich sein (vgl. dazu nachstehende E. 5.4.2). Darüber hinaus kann sich jemand Aussicht zivilrechtlich nur dadurch sichern, dass er sich bzw. zugunsten seines Grundstücks von Nachbarn zulasten deren Grundstücke (einzeln) negative Dienstbarkeiten einräumen lässt. Durch eine negative Dienstbarkeit ist der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks zur Unterlassung verpflichtet, von seinen Eigentümerrechten (z.B. Bauen oder Bepflanzen) in eine bestimmte Richtung nicht Gebrauch zu machen (PETITPIERRE, Basler Kommentar,

E. 5.3.2

Selbst wenn man die Auffassung verträte, dass ein Terrassenbenützungsrecht grundsätzlich über Art. 737 Abs. 3 ZGB ein Recht auf eine nicht übermässig eingeschränkte Aussicht verschafft und nicht durch bauliche Massnahme an der Terrasse selber eingeschränkt werden darf (vgl. dazu nachfolgende E. 6), so entspricht es der Auffassung einer Mehrheit des Gerichts, dass dieses Recht (auf eine nicht übermässig

eingeschränkte Aus- sicht) im Interesse des Eigentümers des dienenden Grundstücks jedenfalls im Rahmen der Servitutsbegründung von vornherein beschränkt oder ausgeschlossen werden kann. Denn wenn in restriktiver Auslegung von Dienst- barkeiten die Rechte des Eigentümers des dienenden Grundstücks nur so- weit eingeschränkt werden dürfen, als es für die Ausübung der Dienstbar- keit notwendig ist (vgl. PETITPIERRE, a.a.O., N. 11 zu Art. 738 ZGB), so muss dem Eigentümer des dienenden Grundstücks umso mehr unbenom- men sein, eigene schützenswerte Interessen bereits bei Einräumung der Dienstbarkeit dadurch zu wahren, dass er auf eine Einschränkung des In- halts der Dienstbarkeit hinwirkt. In diesem Sinn wurde nach Auffassung der Gerichtsmehrheit in Ziff. VIII des vorliegend interessierenden Dienstbarkeitsvertrags vom 30. Oktober 1978 (Klagebeilage 12) ausdrücklich eine realobligatorische Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers des klägerischen Grundstücks aufgenommen, auf der Terrasse "unverrückbare Pflanzentröge aufzustellen, sodass der Einblick auf den unteren Sitzplatz verwehrt ist". Das Interesse eines Unter- liegers auf Verhinderung von Einsicht auf sein Grundstück durch Terras- senbenützer verdient zweifelsohne Schutz (die Kläger stellen sich einzig auf den Standpunkt, dass dieser Schutz auf andere als im Dienstbarkeits- vertrag vorgesehene Weise gewährleistet sei, vgl. dazu nachstehende E. 5.3.3). Zwar war unter der bis Ende 2011 geltenden Fassung von Art. 730 Abs. 2 ZGB (in der Lehre) umstritten, ob durch einen Dienstbarkeitsvertrag nicht nur der Eigentümer des herrschenden Grundstücks, sondern auch der Dienstbarkeitsberechtigte – realobligatorisch – zu einer Leistung verpflichtet werden kann. Jedoch hatte das Bundesgericht die Zulässigkeit einer solche Verpflichtung bejaht (BGE 82 I 36 E. 1 in fine sowie 124 III 289 E. 1 a). Seit 1. Januar 2012 ergibt sich die Zulässigkeit einer solchen Verpflichtung nun positivrechtlich aus Art. 730 Abs. 2 ZGB. Anzufügen bleibt in diesem Zusammenhang immerhin, dass nach Art. 730 Abs. 2 (zweiter Satz) ZGB in Anlehnung an BGE 124 III 289 für den Erwerber des berechtigten oder belasteten Grundstücks eine solche Verpflichtung nur verbindlich ist, wenn sie sich aus dem Grundbucheintrag selber (und nicht bloss dem Dienstbarkeitsvertrag als einem an sich ebenfalls zum Grundbuch gehö- renden Beleg) ergibt. Daraus vermögen indes die Kläger nicht zu ihren Gunsten abzuleiten, dass für sie als Erwerber des berechtigten Grund- stücks die in Ziff. VIII des Dienstbarkeitsvertrags festgehaltene realobliga- torische Verpflichtung keine Wirkung entfalte. Denn übergangsrechtlich

- 24 - sieht Art. 21 Abs. 1 SchlT ZGB vor, dass die mit Dienstbarkeiten neben- sächlich verbundenen Verpflichtungen, die vor Inkrafttreten der Änderung von Art. 730 Abs. 2 ZGB am 1. Januar 2012 begründet wurden und sich (wie hier) nur aus den Grundbuchbelegen ergeben, auch Dritten, die sich in gutem Glauben auf das Grundbuch verlassen, weiterhin entgegengehal- ten werden können. Es versteht sich von selbst, dass es im Umfang, in dem eine Bepflanzung gemäss Dienstbarkeitsvertrag die Aussicht von der Terrasse aus versper- ren muss, für die Terrassenbenützer von vornherein keine Aussicht gibt bzw. geben kann. Demgemäss scheidet es aus, eine Dienstbarkeitsverlet- zung mit dem Entzug einer Aussicht zu begründen, die es gemäss dem geschlossenen Vertrag sachlogisch nicht geben kann. Unbehelflich ist in diesem Zusammenhang der Hinweis der Kläger darauf, dass sich die Pflan- zentröge ja nach wie vor "unverrückbar" auf der Terrasse befänden, womit "seitens der Kläger der Verpflichtung gemäss Dienstbarkeitsvertrag vollum- fänglich und erschöpfend Genüge getan" worden sei; die Begrü- nung/Bepflanzung stehe im Ermessen der Kläger (Replik, act. 116 f.). Nach dem Vertrauensprinzip kann die Verpflichtung nur so verstanden werden, dass die Pflanzentröge auch mit Pflanzen, die den gewünschten Sicht- schutz herstellen, gefüllt werden (zum Vertrauensprinzip vgl. SCHWEN-

ZER/FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2020, Rz. 27.40 ff., wonach eine Willenserklärung so gilt, wie sie eine vernünftige und redliche Person als Empfängerin der Erklärung nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste). Ferner ist zu beachten, dass die im Dienstbarkeitsvertrag vorgesehene Lösung (Aufstellen von bepflanzten Pflanzentrögen) nicht nur die Funktion eines Sichtschutzes, sondern im Ergebnis auch den Zweck einer Absturzsicherung zu erfüllen hatte (die Sturzhöhe ab der Terrasse beträgt bis zu sieben Meter, vgl. Klageantwort, act. 78 unten). Vor diesem Hintergrund kann kein ernsthafter Zweifel bestehen, dass eine gemäss Dienstbarkeitsvertrag von den Klägern realobligatorisch geschuldete Bepflanzung die Aussicht der Kläger von "ihrer" Terrasse in mindestens gleichem Umfang beeinträchtigen würde wie die nun von ihnen im vorliegenden Prozess beanstandete grüne Stahlblechwand. Auf jeden Fall sind die Kläger, die nach Art. 8 ZGB die Beweislast für die Dienstbarkeitsverletzung durch die Beklagte und damit auch für den Umfang der Servitut trifft, Behauptungen und damit den Beweis schuldig geblieben, dass sie für den Fall, dass sie ihrer realobligatorischen Verpflichtung nachkämen, über mehr Aussicht verfügen würden als heute mit der grünen Stahlblechwand (ihre Behauptung ging stets dahin, dass der Schutz des beklagten Grundstücks vor Einsicht auf den unteren Sitzplatz auf andere Weise gewährleistet sei, dazu nachfolgende E. 5.3.3). Nur in einem solchen, von den Klägern zu beweisenden Mehrumfang könnte ein zur Erhebung einer actio negatoria berechtigendes dingliches Recht auf Aussicht gegenüber dem

- 25 - dienenden Grundstück überhaupt bejaht werden (genauer ein Recht, dass dessen jeweiliger Eigentümer von seinen Eigentümerbefugnissen keinen Gebrauch mache, soweit damit dem herrschenden Grundstück die Aussicht genommen werde, vgl. vorstehende E. 5.3.1 zweiter Absatz in fine zum Inhalt einer negativen, d.h. auf Unterlassung bestimmter Handlungen durch den Eigentümer des dienenden Grundstücks gerichteten Dienstbarkeit).

E. 5.3.3

Die Kläger argumentieren weiter, dass in der aktuellen Situation (nach Errichtung einer als abgenommene [vgl. Klagebeilage 11] Absturzsicherung fungierenden Plexiglaswand vor den leeren Pflanzentöpfen) sowie aufgrund "der bestehenden Bepflanzung [im Ermessen der Kläger]" Schutz vor Einsicht und Absturz gewährleistet sei (vgl. Replik, act. 140 f.). Dieser Einwand ist allerdings nicht unter dem Gesichtspunkt der (nach dem oben Dargelegten unbewiesen gebliebenen) Dienstbarkeitsverletzung zu prüfen, sondern unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB (vgl. den entsprechenden Vorwurf in der Berufungsantwort, S. 35; so schon Klage, act. 37). Als klassisches Beispiel von Rechtsmissbrauch gilt es, wenn ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht zum Zweck der Schikane ausübt, z.B. einzig und allein, um den Nachbarn zu ärgern, eine (Schikane-) Mauer errichtet (vgl. LEHMANN/HONSELL, Basler Kommentar, 7. Aufl., 2022, N. 38 ff. zu Art. 2 ZGB). Ein Rechtsmissbrauch ist vorliegend aus folgenden Gründen zu verneinen: Den Klägern bzw. deren Rechtsvorgänger stand kein Recht zu, ohne Zustimmung der Beklagten (bzw. des jeweiligen Eigentümers des beklagten Grundstücks) eine von der im Dienstbarkeitsvertrag vereinbarten abweichende Alternativlösung zu schaffen. Insbesondere muss der Entscheid über die Absturzsicherung in die Zuständigkeit des Werkeigentümers (hier der Beklagten als Eigentümerin des Dachs) fallen, der bzw. weil nur er nach Art. 58 OR haftpflichtig werden kann (vgl. dazu OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Band II/1, 1987, S. 178 f.). Er muss sich nicht gefallen lassen, dass der dienstbarkeitsberechtigte Dritte für

ihn diesbezüglich eigenmächtig eine Alternativlösung schafft (hier die schon vom Rechtsvorgänger der Kläger vor den Pflanzentrögen errichtete und von der Baubehörde abgenommene Plexiglaswand [vgl. Protokoll der Gemeinde Q._____ vom 3. Juli 2017, Klagebeilage 11]). Insbesondere müsste dem dienstbarkeitsbelasteten Werkeigentümer selbst dann zugestanden werden, eine Absturzsicherung anzubringen, wenn er (dienstbarkeits-) vertraglich verpflichtet wäre, die Terrasse in einem unter bau- rechtlichen Sicherheitsaspekten unzulässigen Zustand zu dulden (eine ent- sprechende dienstbarkeitsrechtliche Verpflichtung wäre im Sinne von Art. 20 OR widerrechtlich). Exakt ein solcher (von den Klägern als im

- 26 - Einklang mit dem Dienstbarkeitsvertrag erachteter) Zustand war auf der hier interessierenden Terrasse nach der Entfernung der Pflanzen aus den Pflanzentrögen durch den Rechtsvorgänger der Kläger jedenfalls solange gegeben, bis die Plexiglaswand erstellt wurde (vgl. Klagebeilage 11). Nachdem die Kläger und schon deren Rechtsvorgänger dem Ersuchen der Beklagten, ihrer realobligatorischen Verpflichtung zur Errichtung eines Sichtschutzes und Absturzsicherung durch Bepflanzung nicht nachgekom- men waren (und die Herstellung eines mit dem Dienstbarkeitsvertrag im Einklang stehenden Zustands auch im Rahmen des vorliegenden Prozes- ses nach wie vor verweigern), musste es der Beklagten unbenommen sein, den Sichtschutz (und die Absturzsicherung) durch bauliche Massnahmen an ihrem Grundstück herzustellen. Darin ist entgegen klägerischer Auffas- sung (Replik, act. 143) keine verbotene widerrechtliche Eigenmacht der Be- klagten zu erblicken, zumal – nach den vorstehenden Ausführungen – da- mit nicht in dingliche Rechte (Eigentum oder Dienstbarkeit) der Kläger ein- gegriffen wurde. Ausserdem war die Beklagte nicht gehalten, vorgängig der baulichen Massnahme auf Erfüllung der Realobligation durch die Kläger bzw. deren Rechtsvorgänger zu klagen. Der Bestand einer obligatorischen Verpflichtung verschafft dem deren Erfüllung beharrlich verweigernden Schuldner kein Recht, dem Gläubiger entgegenzuhalten, er müsse zuerst auf Erfüllung der verweigerten Leistung klagen, ehe er eine ihm als Eigentümer zustehende Massnahme trifft. Da er auch ohne Klage jederzeit von sich aus erfüllen kann, käme dies einem Schutz widersprüchlichen Ver- haltens gleich (vgl. LEHMANN/HONSELL, a.a.O., N. 43 f. zu Art. 2 ZGB). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die von den Klägern beanstan- dete bauliche Vorkehr (Montage des grünen Geländers am eigenen Ge- bäude, womit eine Absturzsicherung geschaffen wurde, die gleichzeitig ei- nen dienstbarkeitsvertraglich geschuldeten Sichtschutz gewährleistet) nicht schikanös ist. Die Beklagte musste es sich nicht gefallen lassen, als Alleineigentümerin der Terrasse von den Klägern bzw. von deren Rechts- vorgängern vor vollendete Tatsachen gestellt zu werden, womit sich die Kläger einerseits um die Erfüllung ihrer realobligatorischen Verpflichtung scherten, einen Sichtschutz durch Aufstellen bepflanzter Töpfe herzustel- len, und andererseits betreffend Absturzsicherung einen der Beklagten als (Werk-) Eigentümerin vorbehaltenen Entscheid trafen. Soweit die Kläger die von der Beklagten getroffene Lösung (grüne Stahlblechwand) als "grässlich" (vgl. etwa Replik, act. 139) bezeichnen, ist ihnen entgegenzu- halten, dass sie die sie störende optische Immission jederzeit von sich aus der Welt schaffen können, indem sie – wie eigentlich realobligatorisch ge- schuldet – die Terrasse bepflanzen (womit die Aussicht von der Terrasse mutmasslich in gleichem Umfang beschränkt würde). Unter diesen Um- ständen braucht nicht geprüft zu werden, ob die in der Berufung (S. 25 Rz. 58) beanstandete Feststellung der Vorinstanz zutrifft, dass "unter den

- 27 - vorherrschenden Bedingungen" der Sichtschutz gewährleistet sei (angefochtener Entscheid E. 6.2.2.3).

E. 5.4

Nach dem Gesagten scheidet eine Gutheissung des von den Klägern gestellten Beseitigungsbegehrens gestützt auf die actio negatoria (Art. 641 Abs. 2 ZGB) und – nach Auffassung der Gerichtsmehrheit – auch gestützt auf die actio confessoria aus. Ebenso wenig taugen die von den Klägern sonst angerufenen Anspruchsgrundlagen (obligatorische Ansprüche [dazu nachfolgende E. 5.4.1]; Nachbarrecht im Sinne von Art. 679/684 ZGB [dazu nachfolgende E. 5.4.2]; Verletzung und Missbrauch des Einfriedungsrechts [dazu nachfolgende E. 5.4.3]):

E. 5.4.1.1

Die Kläger hatten in ihrer Klage (act. 34 ff.) geltend gemacht, die Rechtsvorgänger der Parteien hätten in Ziff. IX.4.1 des Dienstbarkeitsvertrags vom 30. August 1978 (Klagebeilage 12) vereinbart, dass bauliche Veränderungen an den auf den Parz. bbb und aaa befindliche Gebäuden und Anlagen nur mit Einwilligung des anderen Parzelleneigentümers vorgenommen werden dürften und diese Verpflichtung auf Rechtsnachfolger übertragen werden müsse. Es sei "unstreitbar", dass diese Klausel bis hin zu den hier im Streit liegenden Parteien auf den jeweiligen Rechtsnachfolger übertragen worden sei, zumal beide Parteien den Dienstbarkeitsvertrag kannten und in den bisherigen diversen Rechtsstreitigkeiten je auf diesen verwiesen hätten. Kenntnis des Dienstbarkeitsvertrags als Ganzes impliziere eo ipso auch Kenntnis besagter obligatorischer Klausel und damit auch Kenntnis der rechtlichen Verpflichtung, diese Klausel einzuhalten. Nachdem die Beklagte entgegen dieser Verpflichtung die störende grüne Stahlblechwand ohne Einwilligung der Kläger und damit widerrechtlich erstellt habe, könnten diese auch gestützt auf Art. 98 Abs. 3 OR die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes verlangen. Sodann hat die Vorinstanz auf Ziff. IX.4.2 des Dienstbarkeitsvertrags (Klagebeilage 12) hingewiesen, wonach Pflanzungen auf den beiden Parzellen so vorzunehmen seien, dass sie dem Nachbarn weder Licht noch Aussicht wegnähmen; sollten durch das Wachstum der Pflanzungen für den Nachbarn unbefriedigende Verhältnisse bezüglich Licht und Aussicht entstehen, so habe der Pflanzeneigentümer für Beseitigung dieses Zustands besorgt zu sein. Dabei handle es sich – so die Vorinstanz – um eine Kapp- und Beseitigungspflicht in obligatorischem Rahmen. Die Sicherstellung einer Aussicht sei damit durchaus ein Anliegen der Parteien des Dienstbarkeitsvertrags gewesen. Ohne dieses obligatorische Recht richte sich Aussicht nach dem freien Wuchs der jeweiligen Pflanzungen (angefochtener Entscheid E. 5.4.3).

- 28 -

E. 5.4.1.2

Abgesehen davon, dass die Vorinstanz Ziff. IX.4.2 des Dienstbarkeitsvertrags (Klagebeilage 12) ohne entsprechende Parteibehauptung und damit unter Verstoß gegen die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO) ins Spiel gebracht hat, können die Kläger aus beiden Ziffern des Dienstbarkeitsvertrags (Klagebeilage 12) nichts zu ihren Gunsten ableiten. In der Klageantwort (act. 85 f.) hat die Beklagte zu Recht darauf hingewiesen, dass es für die Verbindlichkeit dieser rein obligatorischen Verpflichtung zulasten der Beklagten einer Übertragung auf diese bedurft hätte; eine solche habe nicht stattgefunden. Der Nachweis einer rechtsgeschäftlichen Übertragung blieb im weiteren Verfahren

unbewiesen (vgl. den von der Beklagten auf entsprechenden Antrag in der Replik [act.152] edierten Kaufvertrag vom

E. 5.4.2

Die Kläger rufen als weitere Rechtsgrundlage für das von ihnen gestellte Klagebegehren Art. 679/684 ZGB an (Klage, act. 26 ff.). Gemäss Art. 684 ZGB ist jedermann verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich dem Betrieb eines Gewerbes auf seinem Grundstück, sich aller übermässigen Einwirkungen auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten (Abs. 1); verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Luftverunreinigung, üblen Geruch, Lärm Schall, Erschütterung, Strahlung oder durch Entzug von Besonnung oder Tageslicht (Abs. 2). Wird jemand dadurch, dass ein Grundeigentümer – etwa im Sinne von Art. 684 ZGB – sein Eigentumsrecht überschreitet, geschädigt oder mit Schaden bedroht, so kann er auf Beseitigung der Schädigung oder auf Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen (Art. 679 Abs. 1 ZGB). Entzieht eine Baute oder eine Einrichtung einem Nachbargrundstück bestimmte Eigenschaften, so bestehen diese

- 29 - Ansprüche nur, wenn bei der Erstellung der Baute oder Einrichtungen die damals geltenden Vorschriften nicht eingehalten wurden (Art. 679 Abs. 2 ZGB). Auch aus diesen Bestimmungen vermögen die Kläger nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Zwar kann ein Grundeigentümer auf Beseitigung von von einem Nachbargrundstück ausgehenden übermässigen positiven Immissionen (auch immaterielle, die – wie etwa das Aufstellen einer skurrilen Eisenplastik – beim Nachbarn unangenehme psychische Eindrücke auslöst bzw. dessen psychisches Empfinden verletzt; vgl. REY/STREBEL, a.a.O., N. 28 f. zu Art. 684 ZGB) oder negative Immissionen (darunter Entzug von Aussicht und Besonnung; Art. 684 Abs. 2 ZGB und REY/STREBEL, a.a.O., N. 36 zu Art. 679 ZGB sowie N. 31 ff. zu Art. 684 ZGB) klagen. Vorliegend geht es allerdings in erster Linie um die Auslegung einer (Terrassenbenüt- zungs-) Dienstbarkeit. In dem Umfang, wie sich der Eigentümer eines herr- schenden Grundstücks im Sinne von Art. 730 Abs. 2 ZGB und damit rechtmässig realobligatorischen Sichtschutz durch Pflanzen ausbedingt, kann von vornherein keine negative Immission im Sinne eines übermässigen Entzugs von Aussicht bejaht werden. Art. 679 und Art. 684 ZGB verschaf- fen einem Dienstbarkeitsberechtigten keine Rechtsgrundlage, sich einsei- tig von einer ihn treffenden rechtmässigen realobligatorischen Verpflich- tung zu lösen. Sodann mag die "grässliche" grüne Stahlblechwand die Klä- ger stören. Aber abgesehen davon, dass nicht jede bauliche Vorkehr schon dadurch zur übermässigen (positiven) Immission wird, dass sie einem Nachbarn nicht gefällt, hatten und haben es die Kläger in der Hand, durch eine Bepflanzung, zu der sie realobligatorisch verpflichtet sind, den Stör- faktor selber zu beseitigen (vgl. dazu vorstehende E. 5.3.3 in fine).

E. 5.4.3

Nicht weiter einzugehen ist auf die nur schwer verständlichen und von der Vorinstanz nicht behandelten Ausführungen der Kläger zu Verletzung und Missbrauch des Einfriedungsrechts nach Art. 697 ZGB (Klage, act. 31-34), nachdem sich die Kläger gleich zweimal selber festhalten, es könne sich bei der grünen Stahlblechwand gar nicht um eine Einfriedung im Sinne von Art. 697 OR handeln, weil eine solche definitionsgemäss ein gewachsenes Terrain voraussetze, auf das sie gesetzt werde (act. 32 [Ziff. 8.3, die beiden

ersten Sätze]) bzw. weil mit der grünen Stahlblechwand nicht zwei Parzellen/Grundstücke voneinander getrennt würden (act. 33 [Ziff. 8.4 erster Satz]).

E. 5.5

Zusammenfassend ist nach Auffassung der Obergerichtsmehrheit in Gutheissung der Berufung die Klage unter Kostenfolge zulasten der Kläger in beiden Instanzen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) abzuweisen.

- 30 - 6. Eine Minderheit des Obergerichts hätte die actio negatoria gutgeheissen und die Berufung der Beklagten deshalb abgewiesen. Gemäss der Auffassung der Minderheit leuchtet es nicht ein, dass der an einer Terrassendienstbarkeit Berechtigte nur Anspruch auf eine Aussicht von seiner Terrasse hat, wenn er sich zusätzlich eine negative AussichtsDienstbarkeit einräumen lässt. Grundsätzlich beinhaltet ein Terrassenbenutzungsrecht auch das Recht auf eine nicht übermässig eingeschränkte Aussicht und diese darf nicht durch neue bauliche Massnahmen an der Terrasse selber eingeschränkt werden (vgl. Art. 737 Abs. 3 ZGB), es sei denn, eine solche Einschränkung sei vereinbart (so auch der angefochtene Entscheid Erw. 5.4.3. a.A.). Genau eine solche Vereinbarung der Einschränkung der Aussicht im Dienstbarkeitsvertrag liegt zwar hier vor, allerdings durch eine Bepflanzung und nicht durch eine Metallwand. Die von der Beklagten aufgestellte Wand entspricht somit nicht der Vereinbarung gemäss Dienstbarkeitsvertrag. Rechtliche Verpflichtungen einer Person erlauben der daraus berechtigten Person keine eigenmächtigen Vollstreckungshandlungen. Vielmehr sind solche Verpflichtungen mittels Leistungsklage durchzusetzen. Nur wenn das Sach- oder Vollstreckungsgericht nach Art. 343 Abs. 1 lit. e ZPO dem Berechtigten die Befugnis zur Ersatzvornahme einräumt, ist eine solche zulässig. Selbst wenn die Beklagte gestützt auf ihr Eigentum an der Terrasse berechtigt gewesen wäre, die Verpflichtung der Kläger eigenmächtig durchzusetzen, hätte diese in einem Sichtschutz durch Bepflanzung und nicht durch eine Metallwand bestanden. Offenbleiben kann, ob der Beklagten ein direktes Eingreifen mit Blick auf die Werkeigentümerhaftung gestattet wäre, wenn die Sicherheit nicht mehr gewährleistet wäre. Die von den Klägern aufgestellte Plexiglaswand wurde von der Gemeinde abgenommen, womit nicht von einem haftungsrelevanten Sicherheitsrisiko auszugehen ist. Dass trotz dieser Abnahme ein solches Sicherheitsrisiko besteht, hat die Beklagte nicht belegt.

E. 7

Ausgangsgemäss werden die Kläger für beide Instanzen in solidarischer Haftbarkeit kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 und 3 ZPO). Bei einem zweitinstanzlich nicht mehr streitigen Streitwert von Fr. 20'000.00 (vgl. angefochtene Entscheid E. 1.3) ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr gemäss § 7 und § 11 Abs. 1 VKD auf Fr. 2'490.00 festzusetzen und die anwaltliche Grundentschädigung gemäss § 3 Abs. 1 lit. a AnwT auf Fr. 4'850.00 zu veranschlagen. Ausgehend davon ist die von den Klägern der Beklagten ausgangsgemäss zu bezahlende Parteientschädigung unter Berücksichtigung eines Abzugs von 20 % wegen entfallener Verhandlung sowie eines Rechtsmittelabzugs von 25 % (§ 6 Abs. 2 bzw. § 8 AnwT) einerseits sowie einer Auslagenpauschale von Fr. 75.00 sowie der Mehrwertsteuer andererseits auf Fr. 3'214.85 (= [Fr. 4'850.00 x 0.8 x 0.75 + Fr. 75.00] x 1.077) festzusetzen. Die für das erstinstanzliche Verfahren geschuldete Parteient-

- 31 - schädigung ist entsprechend der vom beklaglichen Rechtsvertreter anlässlich der Hauptverhandlung unterbreiteten tarifgemässen Kostennote (act. 346) auf Fr. 6'994.20

festzusetzen (= [Fr. 4'850.00 x 1.3 {30 %-Zu- schlag für umfangreiche Duplik gemäss § 6 Abs. 3 AnwT} + Fr. 189.15 {Auslagen}] x 1.077 [Mehrwertsteuer]). Das Obergericht erkennt: 1. In Gutheissung der Berufung der Beklagten wird der Entscheid des Gerichtspräsidiums Baden vom 14. Dezember 2022 vollständig aufgehoben und es wird wie folgt neu erkannt: 1. Die Klage wird abgewiesen. 2.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.