

## **GR\_GERICHTE ZF 2005 24 vom 3. Oktober 2005**

GR Gerichte, 2005-10-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZF\\_2005\\_24](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZF_2005_24)

FR: GR\_GERICHTE ZF 2005 24 du 3 octobre 2005

IT: GR\_GERICHTE ZF 2005 24 del 3 ottobre 2005

### **Regeste**

Dienstbarkeit (Bauhöhenbeschränkung, Entstehung durch Vergleich im öffentlich-rechtlichen Baueinspracheverfahren) | ZGB Sachenrecht

### **Erwägungen**

#### **E. 22**

dass zwischen den beteiligten Privatrechtssubjekten eine Festlegung der maximalen Bauhöhe per se und auf Dauer, so zu sagen GÜP-unabhängig, übereinstimmend gewollt war. gg. Zu Recht hat die Vorinstanz bei der Auslegung der Willensäusserungen auf die beruflichen Kenntnisse von AX. als Rechtsanwalt und Notar sowie auf dessen Bewusstseinslage im Moment des Vertragsschlusses abgestellt. Nach Auffassung der Zivilkammer liegt in Bezug auf den Aspekt der privatrechtlichen Bauhöhenbeschränkung gar kein Dissens sondern Konsens im Sinne des vorstehend ausgelegten Vertragsinhalts - nämlich Erledigung der Einsprache und Beschränkung auf die öffentlich-rechtlichen Wirkungen gemäss GÜP - vor. Nach der Bewusstseinslage von Rechtsanwalt und Notar AX. muss angenommen werden, dass dieser spätestens im Zeitpunkt der Unterzeichnung am 6. Juli 1988 seine ursprüngliche Absicht - dauerhafte gegenseitige Form der Absicherung (Grundbucheintrag) - fallen liess und damit auf den Abschluss eines Dienstbarkeitsvertrages verzichtete. Daran vermag auch das Antwortschreiben von Stadtrat S. vom 1. Juni 1988 nichts zu ändern. Wenn dieser ihm beschied, irgendwelche zusätzlichen grundbuchlichen Regelungen würden sich dann selbstverständlich erübrigen, da ja der Gesamtüberbauungsplan insgesamt nach erfolgter Genehmigung und Eintritt der Rechtskraft im Grundbuch angemerkt werde, so konnte sich dies für den Rechtskundigen augenfällig nur auf das öffentlich-rechtliche Verfahren des GÜP beziehen. Dem Rechtsvertreter von JC. musste andererseits klar sein, dass allein mit der Anmerkung des öffentlich-rechtlichen Gestaltungsplans im Grundbuch die in seiner Vorstellung bestehende Idee, die Rechtswirkungen einer öffentlich-rechtlichen Planung überdauernden privatrechtlichen Grunddienstbarkeit herbeizuführen, schlicht nicht verwirklicht werden konnte. Der klägerische Rechtsvertreter hat im erstinstanzlichen Verfahren behauptet, die schriftliche Vereinbarung vom 6. Juli 1988 sei von den SBB formuliert worden (act. 0.2.III.22 S. 10). Die Beklagte hat sich dazu nicht geäußert. Selbst wenn es als erwiesen anzusehen wäre, könnten die Kläger daraus kaum etwas für ihren Standpunkt ableiten. Falls die schriftliche Vereinbarung von den SBB verfasst sein sollte, ist nicht erklärbar, dass in der Vorstellung von JC. und AX. einerseits "die rechtsverbindliche und dauerhafte gegenseitige Form der Absicherung durch Grundbucheintrag" feste Absicht gewesen sein soll und andererseits die Vereinbarung von ihnen dann gleichwohl unterzeichnet wurde. Denn darin ist von Grunddienstbarkeit und Eintragung im Grundbuch - wie die Kläger selbst einsehen - nicht ansatzweise die Rede. Ihr Verhalten lässt nur einen Schluss zu,

nämlich, dass der

### **E. 23**

Kläger und Rechtsanwalt AX. respektive seine Mutter im Zeitpunkt des 6. Juli 1988 einen anderen Willen gebildet hatten. hh. Auf mangelnden Willen zum Abschluss eines Dienstbarkeitsvertrages deutet auch das Verhalten nach Abschluss des Vergleichs hin. Vor der Vorinstanz haben die Kläger geltend gemacht, die Vereinbarung sei nicht als Dienstbarkeitsvertrag ausgestaltet worden, weil dieser nicht im Grundbuch hätte eingetragen werden können. Die Eintragung wäre nach ihrer Ansicht nicht möglich gewesen, weil sich der materielle Gehalt der GÜP-Änderung und die Regelung in einer Dienstbarkeit gedeckt hätten. Diese verfehlte Auffassung hat die Vorinstanz mit zutreffenden Überlegungen verworfen (act. 02.I.1, S. 10), worauf verwiesen werden kann (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Mit Berufung wird nun geltend gemacht, die Vereinbarung sei als Grunddienstbarkeit eintragungsfähig. Dannzumal stellt sich die Frage, warum die Kläger damit 15 Jahre zugewartet haben. Es muss angenommen werden, dass die Rechtsvorgängerin und ihr Vertreter einen derartigen Willen und ein entsprechendes Bewusstsein im Moment des Vertragsschlusses gar nicht (mehr) hatten. Wäre es anders gewesen, hätte Rechtsanwalt und Notar AX. ohne Säumnis auf Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuch gedrängt. Im Zusammenhang mit den Vorbereitungsarbeiten der Stadt für die 4. Änderung des GÜP (2002) war Rechtsanwalt AX. von der Stadtverwaltung Chur zu einer Besprechung eingeladen worden. Mit Schreiben vom 16. Februar 2001 nahm er zu den geplanten Änderungen Stellung. Er führte dabei aus: "Sie haben das Gebäude F2 zwar sehr weitgehend aus unserer Sicht gerückt, was wir durchaus zu schätzen wissen. Das wird uns längerfristig aber wenig nützen. Wir müssen daher auf der mit den SBB vereinbarten Höhe beharren, wie auch auf den Bestimmungen über die Aufbauten" (act. 02.III.17, S. 5). Er wollte damit augenscheinlich gegenüber den Behörden bereits im Planungsstadium erreichen, dass diese die Bauhöhenbegrenzung auf die Kote 599.50 auch im abgeänderten GÜP beibehielten - dies wohl im Bewusstsein, dass mit der Vereinbarung vom 6. Juli 1988 keine privatrechtlich bindende Grunddienstbarkeit vereinbart worden war. Anders wäre nicht einzusehen, warum er auf die geplanten Abänderungen des öffentlich-rechtlichen GÜP Einfluss zu nehmen versuchte. Hätte er sich gegenüber der Eigentümerin der Parzelle 1404 auf eine frühere, privatrechtlich dauerhaft bindende Bauhöhenbeschränkung berufen können, hätte er sich eine solche Einflussnahme auf die öffentlich-rechtliche Planung sparen können. Auch in diesem Zeitpunkt dachte Rechtsanwalt AX. nicht daran, einen Grundbucheintrag zu erwirken.

### **E. 24**

4. Die Berufungskläger verkennen die öffentlich-rechtlichen und die privatrechtlichen Wirkungen der Vereinbarung vom 6. Juli 1988 sowie insbesondere die Wirkung der grundbuchlichen Anmerkung eines Gesamtüberbauungsplans grundlegend: a. Ihre Auffassung, der vereinbarungsgemäss abgeänderte GÜP 1988 habe wirksam und während der ganzen Dauer seiner Anmerkung im Grundbuch gegen jegliche Vertragsverletzungen geschützt, ist materiell zwar zutreffend, formell indessen unhaltbar. Mit der behördlich abgesehenen Änderung des GÜP 1988 konnte sich einerseits jedermann, welcher durch ein konkretes Baubewilligungsgesuch der SBB hinreichend beschwert im Sinne des öffentlichen Baurechts war - nicht nur die Kläger - darauf berufen, dass im entsprechenden Baufenster nicht über die Kote von 599.50 m.ü.M. hinaus gebaut werden durfte. Andererseits war dieser gesamte Berechtigtenkreis - auch die Kläger - mitnichten darauf

angewiesen, sich hierfür auf die Vereinbarung JC./SBB vom 6. Juli 1988 als Rechtsgrundlage zu berufen. Diese gab es gar nicht mehr, denn sie war mit ihrer Erfüllung - Bewilligung des materiellen Teils des Vergleichs durch den Stadtrat/Gemeinderat und Einverleibung in den GÜP - allgemein verbindlicher Teil des GÜP geworden und bildete keine eigenständige Rechtsgrundlage für eine Berufung auf die Bauhöhenbeschränkung mehr. b. Die Berufungskläger machen weiter geltend, die Beklagte habe auch den anderen Teil der Bedingungen, nämlich die langfristige Absicherung (sprich Grundbucheintrag) akzeptiert und vollzogen, obwohl sie sich dazu nicht in schriftlicher Form verpflichtet habe. Die Vereinbarung vom Juli 1988 äussere sich zwar nicht zum Thema der grundbuchlichen Absicherung, dies sei aber auch gar nicht nötig. Denn die Anmeldung von Belastungen beim Grundbuchamt habe regelmässig vom belasteten Grundstückseigentümer durch einseitige Willensäusserung auszugehen. Die SBB hätten, angesichts des Schreibens von Rechtsanwalt AX. an Stadtrat S. vom 30. Mai 1988, mit der Unterzeichnung der Vereinbarung eine gegenseitige rechtsverbindliche und dauerhafte Absicherung der Vereinbarung veranlasst, wenn auch nicht in der Form des Eintrags einer Grunddienstbarkeit, sondern durch die Änderung des GÜP und dessen spätere Anmerkung im Grundbuch. Die Anmerkung habe nicht ohne entsprechende Willensäusserung der SBB erfolgen können. Die Gegenseite habe die Quartierplanbestimmungen und deren Art. 36b [recte: 31] gebilligt und damit den Stadtrat ermächtigt, die Anmerkung im Grundbuch vorzunehmen. Während der GÜP selbst in seiner Gesamtheit die SBB öffentlich-rechtlich verpflichtete, hätten sie sich durch dessen Anmerkung im Grundbuch im

## **E. 25**

Rahmen der Vereinbarung auch den Klägern gegenüber privatrechtlich dauerhaft gebunden. Die Anmerkung habe nicht nur Publizität zugunsten der Allgemeinheit bewirkt, wie dies durch die Quartierplanbestimmungen vorgesehen war, sondern implizite und zusätzlich auch Gunsten der Kläger. Letzteres mag im öffentlich-rechtlichen Bereich des Bauens zutreffen. Ein Trugschluss ist dagegen, dass sich die SBB mit der Anmerkung gegenüber den Klägern im Sinne einer Grunddienstbarkeit privatrechtlich gebunden hätten. Es ist nicht angängig, in der grundbuchlichen Anmerkung des GÜP den Willen zum Abschluss einer Grunddienstbarkeit oder gar den Vollzug einer solchen zu erblicken. Was ins Grundbuch eingetragen werden kann, kann nicht angemerkt werden; was angemerkt werden kann, kann nicht eingetragen werden (Liver, ZBGR 50 (1969) S. 11). Eine Bauhöhenbeschränkung kann als Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen werden, demzufolge kann sie dort als solche nicht angemerkt werden. Was vorliegend angemerkt wurde, war der GÜP 1988 als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung. Als solche besteht er nach Art. 680 ZGB ohne Eintragung und namentlich auch ohne Anmerkung im Grundbuch (Arthur Homberger, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. A., Zürich 1938, N 1 zu Art. 962; Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. A., Bern 1975, N 73 zu Art. 680). Gemäss Art. 962 Abs. 1 ZGB können die Kantone vorschreiben, dass derartige Eigentumsbeschränkungen im Grundbuch anzumerken sind. Einer solchen Anmerkung kommt jedoch nur deklaratorische Bedeutung zu (Meier-Hayoz, a.a.O., N 81 und 82 zu Art. 680; BGE 111 Ia 182 E. 4). Entgegen der Meinung der Berufungskläger kann die Anmerkung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung nicht gleichzeitig die Begründung einer privatrechtlichen Dienstbarkeit bewirken. c. Die Berufungskläger behaupten schliesslich, die "Ummöblierung" des Bahnhofbereichs F durch die 4. Änderung des GÜP schaffe keine neue Rechtsordnung - Verträge würden deshalb nicht ungültig. Das ist ein

Irrtum. Neues Recht ist genau das, was der GÜP 2002 in Bezug auf den strittigen Bereich der Parzelle 1404 schuf. Die rein öffentlich-rechtliche Wirkung der zeitig eingetragenen Vereinbarung zwischen den Parteien vom 6. Juli 1988 konnte und kann dies nicht hindern, da sie zwar materiell durch Überführung in den GÜP erfüllt war, als solche indessen mit dem GÜP unter Abänderungsvorbehalt stand, was dem klägerischen Rechtsvertreter bekannt war (act. 0.2.III.15 S. 2 Ziff. 1).

#### **E. 26**

5. Die Kläger machen geltend, durch den GÜP 2002 (4. Abänderung des Plans) sei das Gebäude F2 näher an die Q.-Strasse herangerückt, etwas nach Süden verschoben und in der Form zwecks Anpassung an die durch die Beibehaltung der Arosabahn bedingten örtlichen Verhältnisse im Grundriss leicht verändert worden. Gemäss ihrem Sinn und Zweck müsse die Vereinbarung vom 6. Juli 1988 diesen neuen Gegebenheiten angepasst und die Lage des Baufensters dementsprechend neu festgelegt werden. Nach dem vorstehend ausgelegten Vereinbarungsinhalt wurde die Vereinbarung mit dem Einspracherückzug und mit der behördlichen Genehmigung des geänderten GÜP 1988 gegenseitig vollkommen erfüllt. Da sie keine weiteren (privatrechtlichen) Wirkungen entfaltete, ist eine Anpassung fehlender privatrechtlicher Wirkungen an veränderte Verhältnisse im Sinne der *clausula rebus sic stantibus* von vornherein ausgeschlossen. Im Übrigen stellt die 4. Änderung des GÜP (2002), mit welcher die zulässige Höhenkote um 2.90 Meter auf 602.40 m.ü.M. angehoben wurde, keine unvorhersehbare Verhältnisänderung dar. Damit musste angesichts von Art. 32 der Quartierplanbestimmungen gerechnet werden. 6. Ergibt sich durch Auslegung der Vereinbarung vom 6. Juli 1988, dass derselben kein übereinstimmender privatrechtlicher Inhalt im Sinne einer Bauhöhenbeschränkung gemäss Art. 730 ff. ZGB zugeschrieben werden kann, erübrigt sich, die Fragen der Verjährung einer bloss obligatorisch vereinbarten Bauhöhenbeschränkung und der Verjährung des Anspruchs auf Eintragung einer Grunddienstbarkeit in das Grundbuch zu prüfen. 7.a. Wird die Berufung von AX., BX. und CX. in allen Teilen abgewiesen, tragen sie die gesamten Verfahrenskosten (Art. 223 ZPO in Verbindung mit Art. 122 Abs. 1 ZPO), welche in Anwendung von Art. 5 lit. a (Gerichtsgebühr) und Art. 8 Abs. 1 (Schreibgebühr Fr. 15.— pro Urteilsseite) des Kostentarifs im Zivilverfahren auf Fr. 6'935.— (Gerichtsgebühr Fr. 5'000.—, Streitwertzuschlag Fr. 1'500.—, Schreibgebühr Fr. 435.—) festzusetzen sind. b. Gemäss Art. 122 Abs. 2 ZPO haben die unterlegenen Berufungskläger ausserdem nach dem gleichem Grundsatz die vollständig obsiegende Berufungsbeklagte für deren notwendigen Umtriebe im Berufungsverfahren voll zu entschädigen. Eine Honorarnote für seine Aufwendungen im Berufungsverfahren hat der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten nicht eingereicht, so dass die Zivilkammer die Prozessentschädigung nach pflichtgemässen Ermessen durch Schätzung, unter Berücksichtigung der tatsächlich getätigten und für eine sachgerechte Rechts-

#### **E. 27**

vertretung notwendigen Aufwendungen festsetzt. Ein mündlicher Vortritt fand nicht statt. Der effektiv getätigte Aufwand für die Berufungsantwort war angesichts des 4-seitigen Schriftsatzes, vergleichsweise gering. Eine Verfahrensentschädigung von 1'000 Franken (inklusive MWST) erscheint unter diesen Umständen als angemessen. c. Die bündnerische ZPO enthält hinsichtlich der Verteilung von Gerichtskosten und Prozessentschädigung an die Gegenpartei auf unterliegende Streitgenossen keine ausdrücklichen Vorschriften. Es ist

jedoch allgemein anerkannt, dass das Gericht sowohl bei notwendigen als auch bei einfachen Streitgenossenschaften im Urteil solidarische Verpflichtung hinsichtlich der Gerichtskosten und/oder der Prozessschädigungen anordnen kann (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 407, Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 70; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die ZPO für den Kanton Bern, Bern 2000, N 1 zu Art. 61). Diese Lösung erscheint hier für die amtlichen Kosten schon deshalb vorgezeichnet, weil von den Berufungsklägern nur ein gesamthafter Gerichtskostenvorschuss, für alle haftend, eingeholt und von ihnen auch als solcher bezahlt wurde (act. 03). Sie ist indessen auch für die Prozessschädigung anzuordnen, und den Streitgenossen die interne Ausmarchung betreffend Verursachung des gegnerischen Prozessschadens zu überlassen.

## **E. 28**

Demnach erkennt die Zivilkammer :

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