

ZGB 974 Abs. 2, ZGB 975, Löschung einer Dienstbarkeit. Unverbindlichkeit des Grundgeschäftes. Erw. 2.

ZGB 970 Abs. 3, positive Rechtskraft des Grundbuches. Der Inhalt des Grundbuches wird als bekannt vorausgesetzt: Erw. 2.

OR 115, Aufhebung durch Übereinkunft. Anwendung auf eine Dienstbarkeit: Erw. 3.

ZGB 736, entfallenes Interesse des Berechtigten: Erw. 5.

ZPO 304, Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug. Abgrenzung von der Leistung Zug um Zug (Anspruch nur unter einer Bedingung) gegenüber dem selbständig durchsetzbaren Anspruch des Beklagten: Erw. 1 und 6.

Sachverhalt:

Die Parteien sind Nachbarn. Ihre Liegenschaften grenzen südwestlich an den See. Die Liegenschaft der Klägerin, Seestrasse 186/188, umfasst die Grundstücke Kat.-Nr. 2608 (direkt am See) und 5996. Der Beklagte ist Eigentümer der nordwestlich gelegenen, ebenfalls an den See anstossenden Liegenschaft Seestrasse 180/Kat.-Nr. 3848; einen Teil des Hauses samt Benützung des Gartens hat er an eine dritte Person vermietet.

Am 27./28. Oktober 1998 schlossen der Rechtsvorgänger der Klägerin und der Beklagte einen Vertrag, welcher unter anderem das Erstellen einer Mauer auf der gemeinsamen Grenze vorsah. Die Mauer wurde erstellt.

Am 6. November 1998 wurde zugunsten der politischen Gemeinde eine mit "Veränderungsverbot" betitelte Personaldienstbarkeit zu Lasten des Grundstückes des Beklagten Kat.-Nr. 3848 im Grundbuch eingetragen. Sie erlaubt dem Beklagten in der südlichen Ecke seiner Liegenschaft das Erstellen von Bauten nur innerhalb eines 9 m breiten Streifens, der vom See bis zur Grenze der Kat.-Nr. 2608 und 5996 reicht - diese Beschränkung spielt in der Argumentation der Klägerin eine wichtige Rolle.

Am 15. November 1999 schlossen die Parteien einen weiteren Vertrag, welcher "weitere Abgrenzungsmassnahmen zwischen den Grundstücken" und das Erstellen von Gebäuden in Unterschreitung des gesetzlichen Mindest-Grenzabstandes zum Gegenstand hatte, im Einzelnen: Die Klägerin verpflichtete sich, vom See her auf rund 20 Metern Länge an der gemeinsamen Grenze eine Grünhecke zu pflanzen. Der Beklagte verpflichtete sich, auf der Höhe seines Wohnhauses entlang der Grenze Bäume zu pflanzen. Er räumte der Klägerin sodann das Recht ein, in der nördlichen Ecke von Kat.-Nr. 5996 ein Gartenhaus an die gemeinsame

Mauer anzubauen. Die Klägerin gewährte dem Beklagten endlich das Näherbaurecht für einen 12,5 m langen und 7,3 m breiten Gartenpavillon in der südlichen Ecke von Kat.-Nr. 3848; der Pavillon wurde durch Bezugnahme auf konkrete Pläne und ergänzende Bestimmung genau definiert. Die vier Elemente der Vereinbarung wurden am 7. Dezember 1999 als Dienstbarkeiten formuliert öffentlich beurkundet und gleichentags zur Eintragung ins Grundbuch angemeldet.

Das direkt an die Grenze gestellte Gerätehaus hatte die Klägerin bereits vor Vertragsschluss und ohne Baubewilligung im Sommer 1999 erstellen lassen, weil "ihr Bauprogramm ein weiteres Zuwarten nicht zuliess". Nach ihrer Darstellung hatte dem der Architekt des Beklagten mündlich zugestimmt; die schriftliche Zustimmung im Sinne von § 270 Abs. 3 PBG und die darauf gestützte Baubewilligung wurden ihr allerdings erst nach dem Bau erteilt: die erstere am 11. November 1999, die letztere zu einem unbekanntem Zeitpunkt.

Der vorgesehene Pavillon wurde dem Beklagten nur unter Auflagen bewilligt, namentlich akzeptierte die Behörde nicht, dass das Gebäude das so genannte "Konzessionsland" tangiere (wie an zahlreichen Orten am Zürichsee wurde das Grundstück Kat.-Nr. 3848 teilweise aus Aufschüttung früheren Seegrundes gewonnen). Der Beklagte liess die Pläne überarbeiten; sein Architekt informierte die Klägerin am 12. Mai 2000 über die Grundzüge der Änderungen. Das neue Projekt stiess beim Bauberater der Gemeinde ebenfalls auf Widerstand, so dass es ein weiteres Mal überarbeitet wurde. Diese Fassung wurde von der Baubehörde im Anzeigeverfahren bewilligt.

Die Klägerin erhielt Kenntnis von der Baubewilligung und liess den Beklagten wissen, dass sie mit dem Projekt nicht einverstanden sei. Nach Kontakten der Anwälte rekurierte die Klägerin am 26. Juli 2000 gegen die Baubewilligung und hatte Erfolg: die Rekurskommission hob die Bewilligung auf.

aus den Erwägungen:

(III.) 1. Zunächst ist prozessual zu klären, worüber das Obergericht in der Berufung entscheiden muss. Die Klage ist so weit klar: der Beklagte soll verpflichtet werden, die streitige Servitut für den Gartenpavillon beim zuständigen Grundbuchamt zur Löschung anzumelden resp. die Klägerin soll ermächtigt werden, diese Löschung von sich aus zu erwirken, (nur) Zug um Zug gegen die Anmeldung der Löschung der Servitut für das Gerätehaus der Klägerin. Vor Bezirksgericht widersetzte sich der Beklagte dieser Klage und beantragte eventuell, ein Entscheid im Sinne der Klage sei "erst nach Abbruch des Gartenhauses (...) an-

zuordnen". Das wäre gegenüber dem Klagebegehren ein "minus", da die Durchsetzung des Anspruchs der Klägerin von einer (zusätzlichen) Voraussetzung abhängig gemacht würde, und prozessual unproblematisch.

In der Berufung formuliert der Vertreter des Beklagten nun neu, eventuell (für den Fall der Guttheissung der Klage) sei "die Klägerin zu verpflichten, Zug um Zug gegen Löschung des Näherbau- und des Grenzbaurechtes ihr (...) Gartenhaus zu beseitigen oder auf den (...) Grenzabstand zurückzusetzen". Nach dem Wortlaut wäre das eine eventuelle Widerklage, denn die Klägerin müsste nicht nur zur Durchsetzung ihres Anspruches eine Bedingung erfüllen (Abbruch/Versetzung Gerätehaus), sondern es wäre dem Beklagten seinerseits ein durchsetz- und vollstreckbarer Anspruch zuzugestehen ("die Klägerin [sei] zu verpflichten, ..."). Die Änderung der Klage ist aber in der Berufung nicht zulässig, ebenso wenig das neue Einbringen einer Widerklage (§§ 267 und 200 ZPO). Auf eine Widerklage könnte demnach nicht eingetreten werden. Hingegen versteht der Vertreter des Beklagten seinen Antrag offenbar entgegen dem Wortlaut nicht als Widerklage, denn er führt aus, das Obergericht solle "im Falle einer Guttheissung der Berufung (...) dem bereits vor Vorinstanz gestellten und eingangs wiederholten Eventualantrag statt(..)geben". Soll also keine Widerklage erhoben werden, erübrigen sich Weiterungen und erübrigt sich insbesondere ein formelles Nichteintreten.

2. Zunächst greift die Klägerin die streitige Dienstbarkeit bei deren Errichtung an, indem sie sich auf Irrtum und Täuschung beruft: der Architekt des Beklagten habe ihr nämlich mit Wissen des Beklagten drohend in Aussicht gestellt, wenn sie diesem kein Näherbaurecht einräume, werde in gesetzlichem Abstand (nämlich 3,5 m) von der Grenze ein 5 m hohes Gebäude errichtet werden, und er habe ihr Pläne solcher Gartenhäuser vorgelegt. Unter diesem Druck habe sie dem Näherbaurecht zugestimmt. In Wirklichkeit sei dem Beklagten aber aufgrund seiner Vereinbarung mit der Gemeinde Küsnacht vom 6. November 1998 das Erstellen eines solchen Baus unmöglich gewesen. Von dieser Vereinbarung habe ihr Anwalt erst am 18. Mai 2001 erfahren, und gestützt auf dieses neue Wissen fechte sie nun (mit der Klagebegründung, am 18. Mai 2001) den Vertrag über die Begründung der fraglichen Dienstbarkeit an.

Der Bestand der im Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeit ist von der Gültigkeit des Rechtsgrundes abhängig; insbesondere ist der Eintrag ungerechtfertigt.

tigt, wenn er ohne Rechtsgrund oder aufgrund eines unverbindlichen Rechtsgeschäftes erfolgt ist (Art. 974 Abs. 2 ZGB). Dieses Rechtsgeschäft ist der Vertrag über die Begründung einer Grunddienstbarkeit (Art. 732 ZGB). Falls dieser im Sinne von Art. 23 OR wegen eines wesentlichen Irrtums oder einer Täuschung einseitig unverbindlich ist, kann der Belastete die Löschung des Eintrages im Grundbuch verlangen (Art. 975 Abs. 1 ZGB).

Das Bezirksgericht sieht "keine Anhaltspunkte", dass der Architekt des Beklagten die Klägerin falsch informiert oder getäuscht habe. Käme es darauf an, dürfte das nicht so stehen gelassen werden, sondern es wäre ein ordentliches Beweisverfahren durchzuführen (§ 133 ff. ZPO). Im Rahmen einer vorläufigen Würdigung der Akten fällt auf, dass die beiden Planvarianten "mit gesetzlichem Abstand" Bauten vorsehen, welche gegen das Grundstück der Klägerin hin Fenster und eine offene Gartenküche resp. sogar einen direkt gegen die Grenze orientierten Grill vorsehen, währenddem die Variante "mit Näherbaurecht" Küche und Cheminée ins Hausinnere verlegt und gegen Südosten völlig ohne Öffnungen auskommt; zur Gebäudehöhe enthalten die Pläne keine Hinweise. Das spricht einstweilen eher gegen die Argumentation der Klägerin und deutet darauf hin, dass der Beklagte als Gegenstück zum Näherbaurecht weniger eine geringere Gebäudehöhe als vielmehr den Verzicht auf eine offene Bauweise und auf Fenster etc. gegen das Grundstück der Klägerin hin anbot. Was der Architekt der Beklagten bei Vorlage der Pläne im Einzelnen erklärt hat, kann aber aus rechtlichen Gründen offen bleiben:

Der Vertrag, welcher der streitigen Dienstbarkeit zugrunde liegt, wurde am 15. November 1999 abgeschlossen. Die im Grundbuch eingetragene Vereinbarung des Beklagten mit der Gemeinde (und damit die hier interessierende Baubeschränkung für den seeseitigen Teil des Grundstückes Kat.-Nr. 3848) datiert vom 6. November 1998. Nach Art. 970 Abs. 3 ZGB kann die Klägerin nicht geltend machen, sie habe von diesem Eintrag nicht gewusst, auch wenn er ihr tatsächlich nicht bekannt gewesen sein sollte. Er gilt, analog zur positiven Publizitätswirkung des Handelsregisters, nicht nur gegenüber dem subjektiv unwissenden Erwerber eines belasteten Grundstücks, sondern gegenüber Jedermann (Deschenaux, SPR V/3.1 S. 176 f.). Damit wäre der Argumentation der Klägerin aus rechtlichen Gründen der Boden entzogen, auch wenn sie von der Baubeschränkung tatsächlich nichts gewusst hätte.

Ein Weiteres kommt allerdings hinzu: schon am 5. Oktober 1998 hatte der damalige Anwalt des Beklagten dem damaligen Anwalt der Klägerin den Entwurf zu dem Vertrag zugestellt. Die entscheidenden Passagen sind in dem Entwurf die nämlichen wie in der endgültigen und im Grundbuch eingetragenen Fassung: das Bauen im seeseitigen Teil seines Grundstücks ist dem Beklagten nur noch in dem auf dem Plan gekennzeichneten Bereich gestattet, und vor allem ist dort "nur ein eingeschossiger, nicht unterkellertes Flachdachbau möglich". Der Anwalt der Klägerin wusste also positiv darum, dass der Beklagte nur noch einen eingeschossigen Flachdachbau bauen durfte, und dieses Wissen muss sich auch die Klägerin selbst als die vertretene Person zurechnen lassen. Selbst wenn der Architekt des Beklagten ihr gegenüber mit einem 5 m hohen Gebäude in gesetzlichem Grenzabstand gedroht haben sollte, konnte sie daher über die Zulässigkeit eines solchen Baus gar nicht irren und konnte darüber nicht getäuscht werden. Was sie dagegen ins Feld führt, hilft ihr nicht:

- Ob am 5. Oktober 1998 (als der Anwalt des Beklagten dem Anwalt der Klägerin den Vertragsentwurf zustellte) der Gartenpavillon bereits Thema der Diskussionen unter den Parteien war, spielt keine Rolle: so oder so war der Vertrag von diesem Moment an dem Anwalt der Klägerin bekannt.

- Wer dann den Vertrag über die Errichtung der Dienstbarkeit(en) effektiv ausarbeitete - der Anwalt der Klägerin, diese selbst oder ihr Architekt - ist ebenfalls unerheblich: die Klägerin ist so oder so beim Wissen ihres Rechtsvertreters zu behaften (der dann immerhin den heute streitigen Vertrag persönlich unterzeichnete).

- Endlich ist nicht zu erkennen, was es ändern sollte, wenn der Entwurf zu der Vereinbarung mit der Gemeinde einen schmaleren überbaubaren Streifen vorgesehen haben sollte, als er dann definitiv festgelegt wurde (nach Darstellung der Klägerin nur 7.20 resp. 5.45 m). Dieses Argument beruht wohl auf einem Irrtum, da die genannten Breiten eher ein geplantes zweiteiliges Gebäude als die planerische Festlegung eines Bau-Areals meinen. Selbst wenn aber die Klägerin und ihr Anwalt gemeint haben sollte, diese Werte bedeuteten die zulässigerweise zu überbauende Fläche, hätten sie ja nur umso weniger irrtümlich davon ausgehen können, dem Beklagten stehe es frei, den Pavillon von der Grenze weg zu schieben und dafür 5 m hoch zu bauen.

Die Klägerin kann den Vertrag auf Errichtung der Dienstbarkeit nicht mit Erfolg wegen Irrtums oder Täuschung anfechten.

3. Die Klägerin argumentiert, wenn denn die Dienstbarkeit gültig eingetragen worden sein sollte, seien die Parteien doch in der Folge übereingekommen, sie wieder löschen zu lassen.

Eine Verpflichtung kann auch dann durch formlose Übereinkunft aufgehoben werden, wenn ihr Zustandekommen von der Beobachtung einer qualifizierten Form abhängig war (Art. 115 OR); das gilt nach der Praxis auch für zweiseitige Verträge. Die Löschung der Grunddienstbarkeit muss zwar vom Berechtigten schriftlich verlangt werden (Art. 964 Abs. 1 ZGB). Das ist aber eine grundbuchrechtliche Bestimmung, welche die Verpflichtung des Berechtigten zur Abgabe dieser Erklärung aufgrund einer formfreien Vereinbarung mit dem Berechtigten nicht ausschliesst; dieser kann gegebenenfalls auf Abgabe der schriftlichen Erklärung und/oder gerichtliche Anweisung an den Grundbuchführer klagen (Art. 665 Abs. 1 i. V. mit Art. 731 Abs. 2 ZGB, Art. 18 Abs. 2 lit. d GBV; § 308 Abs. 2 ZPO).

Die Klägerin sieht den Aufhebungsvertrag im Korrespondenzwechsel der Anwälte vom 19. Juli / 25. August 2000. Am 19. Juli 2000 hatte der Vertreter des Beklagten dem Vertreter der Klägerin gegenüber erklärt, wenn diese an ihrem geplanten Rekurs gegen die Baubewilligung festhalte, werde er nun "den Dialog auf eine andere, unangenehmere Ebene verlegen". Er forderte von der Klägerin, dass diese die auf der Mauer als Sichtschutz angebrachten Blachen entferne; "die Grundlage für deren Duldung ist dahingefallen". Die Klägerin solle die Mauer zwischen den Grundstücken "in den vertraglich vereinbarten Zustand bringen und das darauf bestehende "inakzeptable Rankengerüst" entfernen. Das "widerrechtlich an der gemeinsamen Grenze angebrachte Gartenhaus" sei zu entfernen, und die Klägerin solle die für das Pflanzen von Bäumen vereinbarte Kostenbeteiligung von Fr. 10'000.-- bezahlen. Sollte der Rekurs nicht eingereicht werden, halte er nur an den Forderungen betreffend Entfernen der Blachen und Zahlung der Fr. 10'000.-- fest. Der Vertreter der Klägerin antwortete, er verstehe den Brief als Kündigung des Vertrages vom 15. November 1999, bedingt durch die Erhebung des Rekurses. Die Klägerin nehme diese Kündigung an, und da sie den Rekurs tatsächlich eingereicht habe, sei der Vertrag nun einvernehmlich aufgelöst.

Der Brief des Vertreters des Beklagten spricht nicht ausdrücklich von einer Kündigung oder von einem Angebot zur einvernehmlichen Auflösung der Vereinbarung. Ob er so zu verstehen ist, beurteilt sich nach dem so genannten Vertrauensprinzip danach, wie ihn sein Adressat nach Treu und Glauben verstehen

durfte und musste (Art. 2 ZGB). Auszugehen ist davon, dass der Vertrag der Parteien anders als die später eingetragene Dienstbarkeit nicht nur ein Areal und bestimmte Parameter für den geplanten Pavillon definiert, sondern sich auf ein konkretes Projekt bezogen hatte, das in allen Details feststand. Die Baubehörde hatte verlangt, dass der Pavillon bis hinter die Landanlagelinie zurückversetzt werde. Wenn der Beklagte das einzig durch eine Verkürzung des Baus hätte erreichen wollen und können, wäre ein Beharren der Klägerin auf dem ursprünglich vereinbarten Projekt offenbar rechtsmissbräuchlich und nicht schützenswert (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Aus den Plänen (Vereinbarung und Baueingabe) ist aber ersichtlich, dass das Gebäude um volle zwei Meter zurückversetzt werden musste: in der Baueingabe liegt der äusserste Gebäudeteil 7 m hinter der landseitigen Kante der Seemauer und damit genau auf der Landanlagelinie; nach dem Vertragsplan liegt dieser Punkt nur 5 m zurück (hier ist die Landanlagelinie nicht eingezeichnet, doch lassen sich die Pläne aufgrund des gleichen Massstabes und der übereinstimmenden Details wie der Seemauer und der vordersten Säule der gemeinsamen Grenzmauer gut vergleichen). Bei einer Verkürzung des im Übrigen unveränderten Pavillons um 2 m von der Seeseite her hätten sich aber die auf der Nordwestseite geplanten beiden Fenstertüren nicht mehr so wie geplant realisieren lassen. Es würde zwar ein sehr respektables Gebäude übrig bleiben; seine Grundfläche entspräche immer noch derjenigen zahlreicher (wenn auch bescheidener) Einfamilienhäuser. Offenkundig wollte es der Beklagte aber eben nicht dabei bewenden lassen, denn er liess ja ein neues Projekt ausarbeiten. Aus der Sicht der Klägerin wies das darauf hin, dass der Beklagte oder seine Mieterin an einer blossen Verkürzung des ursprünglich geplanten Baukörpers nicht interessiert waren. Das Projekt gemäss Baueingabe nahm zwar in wichtigen Punkten auf die Klägerin Rücksicht - das zwischenzeitlich einmal vorgesehene Walmdach war wieder aufgegeben, die ganze Front gegen Südosten war ohne Öffnungen geplant. Dennoch war es gegenüber dem vertraglich vorgesehenen ein anderes Gebäude, was auch der Vertreter des Beklagten einräumte - und es stand immer noch innerhalb des Grenzabstandes von 3,5 m, innerhalb dessen die Zustimmung des Nachbarn im Sinne von § 270 Abs. 3 PBG unverzichtbar ist. Der Beklagte war also auf das Wohlwollen und das Entgegenkommen der Klägerin angewiesen, wenn er es so realisieren wollte (seine heftige Reaktion auf die Ankündigung des Baurekurses zeigt, dass er sich dessen sehr wohl bewusst war).

Unter diesem Hintergrund durfte und musste die Klägerin aus dem Brief des Beklagten schliessen, dieser sei an dem ursprünglich vereinbarten Näherbaurecht

nicht mehr interessiert, wenn es sich nicht mit Zustimmung der Klägerin auf das neue Projekt übertragen lasse.

Der Beklagte verlangte von der Klägerin, dass sie die Blachen entferne, welche sie als Sichtschutz im seeseitigen Bereich der gemeinsamen Gartenmauer hatte anbringen lassen; "die Grundlage für deren Duldung ist dahingefallen". Die Klägerin behauptet, diesen Schutz habe sie mit Zustimmung des Beklagten für die Bauzeit bis zur Vollendung des Pavillons erstellen lassen. Der Beklagte anerkennt das ausdrücklich. Er versteht die entsprechende Aufforderung seines damaligen Anwaltes so, dass wegen des Rekurses nun bis auf weiteres ja nicht gebaut werden konnte, und dass insofern "die Grundlage" dahin gefallen sei. In der gegebenen Situation und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Beklagte mit der Realisierung des vertragsgemässen Gebäudes nicht mehr rechnen konnte, drängte sich allerdings die Interpretation der Klägerin auf: dass der Beklagte mit dem "Dahinfallen der Grundlage" erklären wollte, die Vereinbarung über den Bau seines Gartenpavillons und damit das Näherbaurecht habe keinen Sinn mehr.

Der Anwalt des Beklagten verlangte von der Klägerin weiter, sie solle das "widerrechtlich an der gemeinsamen Grenze errichtete" Gartenhaus entfernen. Das Gartenhaus war in der Tat seinerzeit widerrechtlich errichtet worden, nämlich bevor die Baubewilligung vorlag. Ob Architekt H. der Klägerin namens des Beklagten durch eine mündliche Zusicherung Anlass zu diesem formell unkorrekten Vorgehen gegeben hatte oder nicht, kann dahingestellt bleiben: der Beklagte hatte der Baute mit seiner Unterschrift ausdrücklich zugestimmt, und damit die materielle Voraussetzung für die Baubewilligung geschaffen. Das Gebäude war daher nicht mehr "widerrechtlich", und die Klägerin hatte weder eine Verpflichtung noch Anlass, es entfernen zu lassen - ausser für den Fall, dass die Grundlage der Duldung, das vertraglich und durch eine Dienstbarkeit gesicherte Grenzbaurecht entfallen sollte.

Der Beklagte verlangte von der Klägerin die Zahlung der Fr. 10'000.--, welche sie ihm als Beitrag an die Sichtschutz-Bäume auf seinem Land zugesagt hatte. In diesem Punkt hielt er also an dem Vertrag vom 15. November 1999 fest.

Die Mauer auf der gemeinsamen Grenze war Gegenstand eines früheren Vertrages zwischen den Eigentümern der beiden benachbarten Anwesen. Was

der Anwalt des Beklagten in dieser Hinsicht erklärte, konnte die Vereinbarung vom 15. November 1999 nicht betreffen.

Der Beklagte liess der Klägerin eine Frist bis zum 5. August 2000 ansetzen mit der Drohung, dass er danach "die uns zur Verfügung stehenden Massnahmen zur Durchsetzung unserer Rechtsansprüche einleiten" werde. Aus dieser Formulierung lässt sich jedenfalls mit Ausnahme der Fr. 10'000.-- für die Bäume nicht ableiten, der Beklagte wolle an der Vereinbarung vom 15. November 1999 festhalten. Im Zusammenhang mit dem Gartenhaus der Klägerin deutet sie vielmehr darauf hin, dass der Beklagte rechtliche Schritte zu dessen Beseitigung erwog - was wie dargestellt das Dahinfallen des Vertrages voraussetzte.

Die vertragsgemäss durch die Klägerin seeseitig zu pflanzende Hecke mag seinerzeit auch mit Rücksicht auf den geplanten Pavillon vorgesehen worden sein. Sie deckt diesen aber vom Haus her gar nicht ab und hat daher auch ohne den Pavillon einen eigenen Sinn für beide Seiten: sie verhindert den Blick von der Wiese des Beklagten zum Seehaus der Klägerin und umgekehrt. Auch die zu pflanzenden Bäume im hinteren Teil des Gartens sind als Sichtschutz sinnvoll, ob der vertragsgemässe Pavillon gebaut wird oder nicht. (Ob diese Bäume am vorgesehenen Ort gepflanzt wurden, und ob die Klägerin die dafür versprochenen Fr. 10'000.-- zahlen muss, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens.)

Alles in allem durfte und musste die Klägerin den Brief des Anwaltes des Klägers nur so verstehen, dass dieser an den beiden Näher- resp. Grenzbau-rechten nicht festhalten wolle. Bei einem vernünftigen und korrekten Verständnis des Erklärten war anzunehmen, dass die Vereinbarungen betreffend die Pflanzungen von der Vertragsauflösung nicht betroffen sein sollten.

Der Beklagte konnte die Vereinbarung allerdings nicht einseitig auflösen. Der Brief seines Anwaltes war daher rechtlich nur als Antrag für einen Aufhebungsvertrag im Sinne von Art. 115 OR bedeutsam. Er meint, er habe die Offerte mit seiner Antwort im Baurekursverfahren am 24. August 2000 widerrufen. Dem hält die Klägerin entgegen, diese Rechtsschrift sei ihr erst "Monate später" zugestellt worden, was der Beklagte nicht bestreitet. Es kann daher offen bleiben, ob diese Rekursantwort einen Widerruf der Offerte enthielt: denn den Antrag zur einvernehmlichen Aufhebung des Vertrages vom 15. November 1999 hat die Klägerin durch die Erklärung ihres Anwaltes am 25. August 2000 angenommen, also

nur einen Tag, nachdem der Beklagte die Antwort im Rekursverfahren erstattete, von welcher er selbst nicht behauptet, er habe sie direkt (auch) der Klägerin oder ihrem Vertreter zukommen lassen (und die vorgelegte Kopie enthält keinen solchen Vermerk). Damit wurde die Aufhebungsvereinbarung bindend; dass der Beklagte an ihr in der Folge nicht mehr festhalten wollte, ändert daran nichts.

Es ist daher auch nicht weiter zu diskutieren, ob der Beklagte und der Ehemann der Klägerin anlässlich eines späteren Telefongespräches die Aufhebung der Dienstbarkeit (erneut) mündlich vereinbarten, was die Klägerin mindestens sinngemäss behauptet.

4. (...)

5. Einen eigenen Lösungsanspruch könnte die Klägerin auch aus dem mangelnden Interesse des Beklagten an der eingetragenen Dienstbarkeit ableiten. Art. 736 Abs. 1 ZGB gibt dem Belasteten diesen Anspruch, wenn die Dienstbarkeit für den Berechtigten jedes Interesse verloren hat. Das ist objektiv zu verstehen. Zwar kann dieses Interesse auch nur ein subjektives des Eigentümers des berechtigten Grundstückes sein (Basler Kommentar ZGB I, Petitpierre, N. 10 zu Art. 736). Wenn er sein konkretes Interesse verloren hat, kann gleichwohl ein objektives Interesse des herrschenden Grundstückes weiter bestehen. Konkret scheint es, dass die Mieterin des Beklagten, auf deren Wunsch er den Pavillon eigentlich planen liess, daran nicht mehr interessiert ist. Die Möglichkeit, in einem späteren Zeitpunkt einen Gartenpavillon zu errichten, sei es nach dem erneuten Sinneswandel der heutigen Mieterin, sei es für einen späteren Mieter oder durch einen Erwerber des Grundstückes, wäre aber sehr wohl ein legitimes Interesse. Grunddienstbarkeiten sind ja auf Dauer angelegt, und ein Horizont von mehreren Jahren, ja vielleicht Jahrzehnten ist daher durchaus angebracht.

Zu prüfen wäre aber vor allem ein anderer Aspekt: wie ausgeführt, bezieht sich der Vertrag der Parteien vom 15. November 1999 auf das konkrete Projekt vom 26. Juli 1999, wie es im Plan act. 11/6c festgehalten ist. Dieses Projekt ist wegen der Beanspruchung von Konzessionsland nicht bewilligungsfähig, und darum kann der Beklagte an ihm kein legitimes Interesse mehr haben. Die Verkürzung des Aufenthaltsraumes um die 2 m, welche nötig wäre, will er offenbar nicht vornehmen (dazu oben in Erw. III/2). Wohl liesse sich ein anderes Projekt denken, das die im Grundbuch fixierten Parameter respektierte, nämlich innerhalb

des auf dem Plan gelb markierten Bereiches und mit dem Grenzabstand von 1,7 m. So lange der Beklagte selbst Eigentümer der Liegenschaft ist, steht dem die obligatorische Fixierung auf den Plan act. 11/6c entgegen. Der Beklagte müsste also argumentieren, wenn er das Grundstück einem gutgläubigen Dritten verkaufte, könnte dieser frei von der obligatorischen Beschränkung sehr wohl einen den grundbuchlich fixierten Bestimmungen entsprechenden Pavillon erstellen. Der Beklagte hat sich nicht ausdrücklich verpflichtet, die obligatorischen Bestimmungen über den Pavillon einem Erwerber zu überbinden. Gleichwohl erschiene es als offenbar rechtsmissbräuchlich, wenn er sein Interesse am Fortbestand der Dienstbarkeit so begründen wollte.

6. Damit ist der Anspruch der Klägerin auf Löschung der streitigen Dienstbarkeit begründet. Zu diskutieren sind die Modalitäten, namentlich die von beiden Parteien (wenn auch unterschiedlich) verlangte Löschung Zug um Zug.

Die Klägerin selbst verlangte schon vor Bezirksgericht die Löschung (nur) Zug um Zug gegen Löschung des zu ihren Gunsten bestehenden Grenzbaurechtes. Das Gericht darf ihr nicht mehr zusprechen, als sie selber verlangt hat (§ 54 Abs. 2 ZPO). Die Bedingung der Löschung Zug um Zug gegen Löschung ihres eigenen Grenzbaurechtes ist daher ohne weiteres in das Urteil aufzunehmen.

Eine andere Frage ist es, ob die Löschung (weiter gehend) nur vorzunehmen ist, wenn die Klägerin ihr Gartenhaus abreisst oder auf den Grenzabstand von 3,5 m zurücksetzt, wie das der Beklagte schon mit seinem Antrag in erster Instanz verlangte, und woran er im Berufungsverfahren festhält.

(...)

Damit ist der Antrag des Beklagten begründet, wonach das Gartenhaus der Klägerin entfernt oder versetzt werden muss. Die Klägerin liess dem Bezirksgericht vortragen, für diesen Fall hätte der Beklagte die Kosten zu tragen. Das wäre zu prüfen, wenn das Gerätehaus neben dem Grenzbaurecht eine eigene Grundlage in der Erklärung nach § 270 PBG hätte - so argumentiert denn die Klägerin auch. Diese Prämisse trifft aber nicht zu, vielmehr sind die Erklärung und das Grenzbaurecht als Einheit zu betrachten [Verweis auf eine hier nicht wiedergegebene Erwägung]. Entfällt damit die (ganze) Grundlage für den Bestand des Ge-

rätehauses, kann die Klägerin die finanziellen Konsequenzen nicht auf den Beklagten abwälzen.

Praktisch nicht ganz einfach ist die verlangte Umsetzung in einer Verpflichtung "Zug um Zug", da sowohl das Abreißen wie auch das Versetzen des Hauses mehrere "Züge" erfordern dürfte. Der Beklagte hat nicht verlangt und auch keinen Anspruch darauf, dass Abbruch/Versetzung des Gartenhauses als selbständige Verpflichtung der Klägerin formuliert werden. Praktisch gangbar ist einzig die Anordnung, dass der Beklagte verpflichtet wird, *nach* Abbruch oder Versetzung des Gartenhauses sein Näherbaurecht *Zug um Zug* gegen Löschung des Grenzbaurechtes der Klägerin zur Löschung anzumelden. Würde streitig, ob die Bedingung erfüllt ist, müsste darüber der Befehlsrichter entscheiden (§ 304 Abs. 2 ZPO).

Die Klägerin verlangt die Ermächtigung, die Löschung der streitigen Dienstbarkeit von sich aus zu erwirken (Art. 665 Abs. 2 ZGB). Die Voraussetzung "sofern der Beklagte binnen 10 Tagen nach Rechtskraft des Urteils seiner Verpflichtung nicht nachkommt" kann allerdings so nicht übernommen werden, da Abbruch/Versetzung des Gerätehauses als weitere Voraussetzung zu berücksichtigen sind. Unter diesen Umständen hat eine schon heute formulierte Vollstreckungsanordnung keinen praktischen Wert, da im Streitfall ohnehin der Befehlsrichter eingeschaltet werden müssen.

(...)

Das Gericht erkennt:

1. Der Beklagte wird verpflichtet,
 - *Zug um Zug gegen die Anmeldung der Löschung des Grenzbaurechtes* für besondere Gebäude zu Gunsten Kat.-Nr. 5996 und zu Lasten Kat.-Nr. 3848 laut Grundbuchanmeldung vom 7. Dezember 1999 durch die Klägerin -
 - *seinerseits das Näherbaurecht* für besondere Gebäude zu Gunsten Kat.-Nr. 3848 und zu Lasten Kat.-Nr. 2608 laut Grundbuchanmeldung vom 7. Dezember 1999 *zur Löschung anzumelden*, -
 - *sofern* das in der nördlichen Ecke von Kat.-Nr. 5996 erstellte Gartenhaus

abgebrochen oder auf einen Abstand von 3,5 m von der Grenze der Grundstücke Kat.-Nr. 5996 und 3848 versetzt worden ist.

2. Sofern die Klägerin mehr oder anderes verlangt, wird die Klage abgewiesen.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 9. Mai 2003
LB020078