

**ZGB 2, sittenwidrige Kommerzialisierung eines Rechtsmittels.** Wenn eine Partei sich den Verzicht auf einen Baurekurs entgelten lässt, obschon sie nicht in guten Treuen darauf hoffen könnte, nachteilige Auswirkung des geplante Bau auf ihr Grundstück könnten durch das Rechtsmittel verhindert oder gemildert werden, ist das missbräuchlich (Erw. 3.1). **ZGB 8, Mitwirkungspflicht des Gegners.** Geht es um den negativen Beweis, dass der entgeltlich Verzichtende nicht in guten Treuen an den Erfolg eines Rekurses glauben konnte, muss der Verzichtende dartun, weshalb das entgegen einem ersten Anschein doch der Fall gewesen sei (Erw. 3.2).

(Sachverhalt)

Die Beklagten sind Eigentümer der Parzelle A in X. Die Kläger planten, auf der südwestlich angrenzenden Parzelle B drei Einfamilienhäuser zu errichten.

Die Beklagten sicherten sich rechtzeitig die Stellung als Partei im baurechtlichen Verfahren (§ 315 Abs. 1 und 316 Abs. 2 PBG). Nachdem den Klägern am 11. Dezember 2001 die Baubewilligung erteilt worden war, hatten die Beklagten daher die Möglichkeit, diesen Entscheid innert 30 Tagen (§ 22 Abs. 1 VRG) mit einem Rekurs anzufechten, welchem nach der Praxis voraussichtlich die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden wäre (§ 339 PBG). Am 10. Januar 2002 schlossen die Parteien eine Vereinbarung, welche auf das Baugesuch und die erteilte Bewilligung Bezug nimmt. Es wird festgehalten, die Beklagten stellten das Projekt "insbesondere in Bezug auf Geschossigkeit, Ausnützung, bauliche Massnahmen und Katasterbereinigung" in Frage. Die Kläger verpflichteten sich, "als Wertausgleich für Wertminderung des Grundstückes von Herrn und Frau V." sofort Fr. 4'000.-- sowie an späteren Daten Fr. 26'000.-- und Fr. 50'000.-- zu zahlen, zusammengefasst "Fr. 80'000.-- für einen guten Zweck". Im Gegenzug sicherten die Beklagten den Klägern zu, auf einen Baurekurs zu verzichten.

Die heute zu beurteilende Klage geht auf Aberkennung der in Betreibung gesetzten Forderungen (Art. 83 Abs. 2 SchKG).

(aus den Erwägungen)

"3.1 (...) Es geht um die kontrovers diskutierte Frage, wann das Ergreifen eines Rechtsmittels oder Rechtsbehelfes missbräuchlich resp. wann eine Zahlung für den Verzicht oder den Rückzug einer Rechtsvorkehr sittenwidrig ist. Der gegenwärtige Stand der bundesgerichtlichen Praxis ergibt sich aus dem Entscheid vom 20. November 1996 (BGE 123 III 101 ff.). Das Bundesgericht nimmt als Ausgangspunkt die Feststellung, dass der Bürger für sein vermeintliches Recht Rechtsmittel oder Rechtsbehelfe ergreifen kann und dass das auch dann nicht (rückblickend) rechtswidrig ist, wenn er mit diesen Schritten unterliegt. Das Verhalten einer Partei im Prozess ist nur (aber immerhin) dann sittenwidrig, wenn sie Verfahrensrechte missbräuchlich, böswillig oder wider Treu und Glauben in Anspruch nimmt. Das Zahlungsverprechen für einen Verzicht auf eine rechtliche Befugnis gilt dann als sittenwidrig, wenn es auf einer verpönten Kommerzialisierung der Rechtsposition der verzichtenden Partei beruht. Konkret bezogen auf Rechtsmittel in Bausachen erwägt das Bundesgericht, dass das Verzögern von Bauvorhaben durch administrative oder gerichtliche Verfahren zu beträchtlichem, volkswirtschaftlich unerwünschtem Schaden führen kann. Wird der Umstand, dass ein solcher Verzögerungsschaden droht, vom Prozessgegner zur Erlangung verfahrensfremder Zwecke ausgenutzt, ist das sittenwidrig. Dabei ist nicht jeder entgeltliche Verzicht verpönt; das ist erst dann der Fall, wenn mit der Vereinbarung (Zahlung gegen Rechtsmittelverzicht) allein der drohende Verzögerungsschaden des Bauherrn verhindert und nicht eine mit dem Bauvorhaben verbundene Beeinträchtigung des Nachbargrundstückes ausgeglichen werden soll (im Einzelnen BGE 123 III 101 ff., namentlich S. 105). Ein Punkt bedarf dabei allerdings noch der Präzisierung: Ein Bauvorhaben ist in den allermeisten Fällen geeignet, dem Nachbarn einen Schaden zuzufügen – es wird kaum einen streitigen Fall geben, wo der geplante Bau nicht ein bisher unüberbautes Stück Land überstellt, ein bisheriges Gebäude erweitert oder aufgestockt oder seine Nutzung intensiviert wird. Das spielt gerade im heute zu beurteilenden Fall eine Rolle, wo die Beklagten zuvor offenbar eine gewisse Fernsicht genossen, welche ihnen die Häuser der Kläger dann buchstäblich verbauten (dazu nachstehend mehr); der Entzug der Fernsicht oder auch nur die Beschränkung des frei überblickbaren Raumes im

Umfeld eines Einfamilienhauses ist selbstverständlich geeignet, den Verkehrswert zu mindern, und stellt also einen Schaden dar. Mit dieser Begründung jeden entgeltlichen Verzicht auf ein Rechtsmittel zulässig zu erklären, ginge jedoch sicher zu weit und trüge dem Anliegen der bundesgerichtlichen Praxis nicht Rechnung, treuwidrige Rekurse einzudämmen. Der Schlüssel liegt in einer Bemerkung des Bundesgerichtes zum in jenem Leiturteil konkret beurteilten Sachverhalt: Das Bundesgericht stellt fest, es habe jener einspracheberechtigte Nachbar keine Einwände gegen das Bauvorhaben vorgebracht oder vorbringen können, *deren Gutheissung negative Auswirkungen auf sein Grundstück verhindert hätte* (BGE 123 III S. 106, bei lit. d). Der Vorbehalt, dass sich der Nachbar die Zahlung für einen drohenden Schaden gültig versprechen lassen darf, ist also eingeschränkt auf den Fall, wo er mit dem Erfolg seines Rechtsbehelfes diesen Schaden vermeiden könnte. Wo etwa die Aufstockung eines Gebäudes baurechtlich in guten Treuen beanstandet werden kann, darf der Nachbar sich gegen den Verzicht auf ein Rechtsmittel eine Zahlung zum Ausgleich der Wertminderung seines Grundstückes gültig versprechen lassen. Umgekehrt ist zu schliessen, dass er diejenige Schädigung seines Grundstückes tragen muss, welche mit einem baurechtskonformen Projekt notwendig verbunden ist. Lässt er sich vom Bauwilligen den Ausgleich dieses Nachteils versprechen, obgleich er nach Treu und Glauben nicht damit rechnen kann, das Projekt mit baurechtlichen Mitteln erfolgreich zu verhindern, bleibt sein Verhalten zweck- und sittenwidrig.

3.2 a) In der Berufung machen die Beklagten geltend, ihr Grundstück habe durch den Bau der benachbarten Häuser eine Wertverminderung erlitten: Vor der Ausführung der heute indirekt streitigen Bauten sei ihr Grundstück mit Fr. 609'450.-- geschätzt worden, nachher auf nur noch Fr. 430'200.--. Die vertraglich versprochenen Fr. 80'000.-- glichen den tatsächlichen Schaden also bei weitem nicht aus, sie seien gegenteils viel zu wenig. (...)

Wenn die Beklagten (einzig) mit der Behauptung des Wertverlustes argumentieren, verkennen sie die Tragweite der bundesgerichtlichen Praxis. Wie vorstehend erwogen, genügt es nicht, dass das streitige Bauvorhaben das Nachbargrundstück entwertet. Eine Entwertung liegt im Fall der Parteien nahe, denn die

neu erstellten Häuser befinden sich aus der Sicht der Beklagten im Südwesten – auf welcher Seite man hierzulande üblicherweise Gartensitzplätze platziert und wohin Fensterfronten von Aufenthaltsräumen orientiert werden. Das Grundstück der Beklagten dürfte daher vor dem Bau der streitigen Häuser eine attraktive Lage gehabt haben. Mit dem Bau der drei Nachbarhäuser wurde namentlich die Aussicht glaubhafterweise erheblich beeinträchtigt, auch wenn das Terrain aus der Sicht der Beklagten gegen die neuen Häuser hin abfällt. Die neu eingereichte Schätzung bemerkt denn auch: "ohne Fernsicht; die südliche Nachbarparzelle wurde nachträglich überbaut". Wie vorstehend ausgeführt, geht es aber nicht (nur) darum: Wer sich für den Rückzug eines Rechtsmittels oder den Verzicht auf ein solches die Zahlung des ihm vom geplanten Bau drohenden Wertverlustes versprechen lässt, muss mindestens in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass dieser Schaden nicht einträte, wenn er das Rechtsmittel durchföchte. Andernfalls ist sein Verhalten sittenwidrig: weil er sich einen Schaden ersetzen lässt, den er aufgrund rechtmässigen Verhaltens des Nachbarn (baurechtskonforme Überbauung) hinnehmen müsste, und weil er die Zahlung nur deshalb erwirken kann, weil der Bauwillige sonst mit einer erheblichen zeitlichen Verschleppung des Bewilligungsverfahrens und einem entsprechenden Verzögerungsschaden rechnen muss – das ist die vom Bundesgericht verpönte Kommerzialisierung des Rechtsmittels.

b) Damit ist also entscheidend, ob die Beklagten in guten Treuen davon ausgehen durften, ein Rekurs gegen die den Klägern erteilte Baubewilligung könnte Erfolg haben und das würde den ihrem Grundstück drohenden Wertverlust verhindern oder vermindern.

Im Aberkennungsprozess gilt ungeachtet der Parteirollen die bundesrechtliche Verteilung der Behauptungs- und Beweislast (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl. 2003, § 19 Rz. 103; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl. 2001, 10. Kapitel Rz. 37). Da der Anspruch der Beklagten auf Zahlung von Fr. 76'000.-- streitig ist, haben sie zunächst die Grundlage dieser Forderung zu behaupten und gegebenenfalls zu beweisen. Der Abschluss der entsprechenden Vereinbarung ist allerdings nicht

bestritten. Den Rechtsmissbrauch als so genannt rechtshindernden Umstand hat zu beweisen, wer ihn anruft (Basler Kommentar Schmid, 2. Aufl. 2002, N. 63 zu Art. 8 ZGB); hier sind das die Kläger.

Eine Umkehr der Beweislast wegen Beweisschwierigkeiten sieht das Bundesrecht grundsätzlich nicht vor. Hingegen kann die Senkung des Beweismasses angezeigt sein, oder es kann den Gegner nach Treu und Glauben eine Mitwirkungspflicht in dem Sinne treffen, dass er den Gegenbeweis anzutreten hat. Auch Negativa müssen bewiesen werden – wenn das nicht direkt möglich ist, auf indirektem Weg über positive Sachumstände (Schmid, op. cit., N. 71 und 72 zu Art. 8 ZGB, mit Hinweisen).

Aus den Akten (und aus dem streitigen Vertrag der Parteien) ergibt sich, dass die zuständige Baubehörde das Projekt der Kläger am 11. Dezember 2001 bewilligte. Das schliesst gewiss nicht aus, dass der Entscheid fehlerhaft war, dass er namentlich irgendwelche Bestimmungen missachtete, welche den geplanten Bauten entgegenstanden. Dass die Bewilligung erteilt wurde, ist aber ein erhebliches Indiz dafür, dass das Projekt die baurechtlichen Vorschriften erfüllte. Namentlich stellt es einen positiven Sachumstand dar, welcher auf die Abwesenheit von Mängeln des Bauprojektes (das negative Beweisthema der Kläger) hindeutet. Mit welchen Argumenten die Beklagten das Vorhaben anzugreifen gedachten, wussten zunächst nur sie selber. Da es nicht zu einem Rekurs kam, können es die Kläger im Detail gar nicht wissen. Unter diesen Umständen ist es bundesrechtlich (Art. 8 ZGB) gerechtfertigt und geboten, das Beweismass für die Kläger so weit zu senken, dass der Umstand, dass die Baubewilligung erteilt wurde, für die Abwesenheit von Mängeln des Projektes mindestens fürs Erste den Beweis erbringt. Wenn die Beklagten das in Frage stellen wollen, ist ihnen zuzumuten, den Gegenbeweis anzutreten: durch das Behaupten und allenfalls das Glaubhaftmachen von Umständen, aufgrund derer sie sich für einen Baurekurs in guten Treuen Chancen auf Erfolg ausrechnen durften.

c) In der (vom damaligen Anwalt der Beklagten entworfenen) Vereinbarung der Parteien heisst es, die Beklagten stellten das Bauprojekt der Kläger in Frage "insbesondere in Bezug auf Geschossigkeit, Ausnützung, bauliche Mass-

nahmen und Katasterbereinigung". Das ist ein Anhaltspunkt dafür, dass die Beklagten in guten Treuen handelten; der Kläger 2 hat diese Formulierung denn auch für sich und für die Klägerin 1 unterzeichnet. Dabei kann es allerdings nicht sein Bewenden haben; mit Recht erwägt das Bezirksgericht, dass die Vertragsschliessenden (besonders die Zahlungsempfänger) aus nahe liegenden Gründen versuchen werden, eine sittenwidrige Vereinbarung so zu fassen, dass sie als gültig erscheint. Es fällt denn auch auf, dass die Beanstandungen merkwürdig unbestimmt formuliert sind. Vorweg ist es kaum mehr als eine leere Worthülse, wenn geschrieben wird, die Beklagten bemängelten das Projekt in Bezug auf "bauliche Massnahmen". Was mit einem Problem der "Kataster-bereinigung" gemeint ist, bleibt dunkel. "Geschossigkeit" ist ebenfalls sehr unbestimmt; Richtpläne und Bauordnungen legen die zulässige Anzahl der Geschosse fest – falls die Kläger ein Geschoss zu viel geplant hätten, müsste man das eigentlich beim Namen nennen können. Auch dass die "Ausnützung" des Grundstückes beanstandet werde, ist eine sehr allgemeine Wendung. Aus dem Text der Vereinbarung lässt sich demnach nicht entnehmen, wie die Beklagten das Projekt anzugreifen gedachten; die wiedergegebenen Stichworte hätten zur Begründung eines Rekurses jedenfalls nicht genügt.

Die Beklagten trugen dem Bezirksgericht nicht vor, aufgrund welcher konkreten Umstände sie in guten Treuen an den Erfolg eines Baurekurses glaubten. Ihr Vortrag war damit zu wenig substantiiert. Auch auf den Hinweis der Kläger hin begnügten sie sich mit der Wendung, es werde "bestritten, dass das Bauvorhaben nicht baurechtswidrig gewesen ist".

In dieser Situation stellt sich die Frage, ob das Bezirksgericht die Beklagten hätte auf den Punkt ausdrücklich aufmerksam machen müssen (§ 55 ZPO). Ob der Hinweis durch die Gegenpartei genügte, kann offen bleiben. Im angefochtenen Urteil weist das Bezirksgericht auf den Punkt hin und erwägt, die Beklagten seien ihrer Pflicht zum Substanziieren nicht nachgekommen. Nach der Praxis des Obergerichtes hätte das ausreichenden Anlass für Noven geboten (ZR 100/2001 Nr. 27 Erw. 2.2). Gleichwohl brachten die Beklagten in der Berufungsbegründung

keine ergänzende Darstellung ins Verfahren ein. Es bleibt daher dabei, dass die Substanziierung ungenügend ist.

Die Beklagten verweisen darauf, dass nicht sie selbst die streitige Vereinbarung entwarfen, sondern dass ihr damaliger Berater Rechtsanwalt Dr. O. sie auf die problematischen Punkte des Bauprojektes aufmerksam gemacht habe. Das genügt allerdings nicht zur Annahme, sie hätten in guten Treuen an den Erfolg eines Baurekurses geglaubt. Zunächst ist es wenig plausibel, dass sie sich allein mit den oben im Einzelnen diskutierten Stichworten zufrieden gegeben haben; wenn sie planten, etwas gegen das Bauprojekt zu unternehmen, wollten sie gewiss konkreter wissen, was denn dieses Projekt angreifbar mache. Falls es tatsächlich zutreffen sollte, dass sie keine zusätzlichen konkreten Informationen zur baurechtlichen (Nicht-)Konformität des Projektes hatten (so ihre ausdrückliche Darstellung in der Berufungsbegründung), ist das schon für sich allein ein ernsthaftes Indiz dafür, dass sie gar nicht mit dem Erfolg eines Rechtsmittels rechneten, sondern dass sie sich die Fr. 80'000.-- als Gegenleistung für das Nichtergreifen eines rein schikanösen Rekurses versprechen liessen. Das kann aber offen bleiben: Wenn sie heute im Prozess nach Bundesrecht verpflichtet sind, ihre angeblichen Beanstandungen des damaligen Projektes zu substantzieren, müssen sie das tun, und sie müssen sich für die ausreichende Substanziierung ihres Vortrages im Prozess allenfalls bei Dr. O. kundig machen; als ihr (ehemaliger) Berater wäre er verpflichtet, ihnen die nötigen Informationen zu geben. Im Verhältnis zu den Klägern ist er sozusagen Hilfsperson der Beklagten. Selbst wenn sich Dr. O. heute weigern sollte, den Beklagten näheren Aufschluss zu erteilen (was sie nicht behaupten), könnten sie sich nicht darauf berufen, da es an ihnen gewesen wäre, sich rechtzeitig diese Informationen zu sichern. Unter diesen Umständen kann ihnen nicht zugebilligt werden, sie hätten in guten Treuen angenommen, das Bauprojekt sei allenfalls mit Erfolg angreifbar.

Die Beklagten rufen Rechtsanwalt Dr. O. als Zeugen an. Damit verkennen sie aber den Ablauf des Zivilprozesses: vor dem Beweisen kommt das Behaupten (§§ 113, 54 Abs. 1, 133 ZPO). Wenn sie die aus rechtlichen Gründen relevanten Tatsachen nicht behaupten, findet auch kein Beweisverfahren statt.

d) (...) Aus rechtlichen Gründen unerheblich ist es auch, wenn die Kläger den Beklagten noch vor Abschluss der streitigen Vereinbarung offerierten, an der gemeinsamen Grundstücksgrenze auf eigene Kosten eine Mauer zu bauen. Die Beklagten tragen vor, diese Mauer wäre sehr teuer gewesen und das Angebot (welches die Kläger gleichlautend einem anderen Nachbarn machten, welcher es annahm) belege, dass die Kläger sich eben bewusst waren, dass ihr Projekt den Nachbarn einen Schaden zuzufügen drohte. Das ist nicht schlüssig. Zum einen geht es nicht darum, ob das Grundstück der Beklagten durch die Gebäude auf der Nachbarparzelle entwertet wird (dazu vorstehend). Zum anderen tragen die Beklagten selber vor, dass die neuen Gebäude ihnen die Aussicht verbauten. Die Kläger mussten also damit rechnen, dass die Beklagten ihrem Projekt Widerstand entgegensetzen würden. Dass ein Bauvorhaben mit Rechtsmitteln längere Zeit verzögert werden kann, ist ja eben notorisch (darauf beruht BGE 123 III 101 ff.), und jedenfalls lag die Besorgnis der Bauwilligen nicht fern, die bisherigen Nachbarn könnten versucht sein, sich die Aussicht durch ein Rechtsmittelverfahren über eine oder zwei Instanzen noch einen oder zwei Sommer lang zu bewahren. Wenn die Kläger unter diesen Umständen den (beiden) Nachbarn das Angebot machten, die Grundstücke durch eine Mauer abzutrennen, welche geeignet sein konnte, Lärm abzuhalten und auch den Einblick in die bestehenden Gärten zu erschweren, ist das kein Indiz dafür, dass das Projekt mangelhaft war. Ebenso gut kann es der Versuch gewesen sein, die Nachbarn günstig zu stimmen. Anders wäre es zu beurteilen, wenn konkrete Verletzungen der Bauvorschriften mindestens ernsthaft zur Diskussion gestanden hätten. Das ist aber wie gesehen nicht der Fall.

e) Damit ergibt sich Folgendes: Den Klägern ist mindestens prima facie der Beweis gelungen, dass ihr Bauprojekt keine Vorschriften verletzte. Das indiziert, dass die Beklagten nicht in guten Treuen darauf hoffen konnten, mit einem Baurekurs die ihnen drohenden negativen Auswirkungen des Bauvorhabens abzuwenden oder zu mildern. Die ihnen offen stehenden Behauptungen zur Entkräftung dieser Folgerung haben die Beklagten nicht aufgestellt. Es ist daher davon auszugehen, dass keine ernsthaften Gründe gegen das Projekt angeführt werden konnten, ein Rekurs gegen die Baubewilligung also nur zum Zeitgewinn

und damit schikanös hätte erhoben werden können. Unter diesen Umständen erweist sich das Versprechen einer Zahlung als Gegenleistung für das Versprechen, die Baubewilligung nicht anzufechten, im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis als sittenwidrig. Die Klage ist gutzuheissen, und es ist mit dem Bezirksgericht festzustellen, dass die von den Beklagten gegenüber den Klägern in Betreuung gesetzten Forderungen nicht bestehen."

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 7. September 2004  
LB040036