

Entwicklungen im privaten Baurecht

Dr. Thomas Ender
Rechtsanwalt, Urkundsperson des Kantons Aargau
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht
Lehrbeauftragter an der ETH Zürich (privates Baurecht)

BGE 143 III 545 - 4A_125/2017; Urteil des Bundesgerichts vom 20. November 2017

Nach welchen Kriterien ist – unter Geltung der SIA-Norm 118 - der Werklohn zu bestimmen,

- wenn der Hauptvertrag zu einem Pauschalpreis abgeschlossen worden ist,
- Bestellungenänderungen ausgeführt worden sind und
- für deren Preis vorab aber keine Vereinbarung getroffen worden ist.

BGE 143 III 545 (II)

Art. 89 SIA-Norm 118: Führt eine Beststellungsänderung zur Änderung einer global oder pauschal zu vergütenden Leistung oder zur Änderung ihrer Ausführungsvoraussetzungen, so wird für diese Leistung ein Mehr- oder Minderpreis als Nachtragspreis vereinbart.

Bei Leistungen zu Globalpreisen wird dieser Nachtragspreis auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage vereinbart; bei Leistungen zu Pauschalpreisen auf der Basis jener Kostengrundlage, die im Zeitpunkt der Bestellung gültig ist.

Kommt bei zusätzlichen Arbeiten keine Einigung über den Nachtragspreis zustande, so gilt Art. 87 Abs. 4.

Art. 87 Abs. 4 SIA-Norm 118: Kommt keine Vereinbarung zustande, so kann die Bauleitung die Arbeit in Regie ausführen zu lassen oder unter voller Schadloshaltung des Unternehmers an einen Dritten vergeben.

BGE 143 III 545 (III)

Ausgangslage:

- Beststellungsänderung (umstritten)
- Kein Nachtragspreis vereinbart
- Keine Ausführung in Regie angeordnet
- Keine Vergabe der Arbeiten - unter voller Schadloshaltung des Unternehmers - an einen Dritten

BGE 143 III 545 (IV)

Handelsgericht Zürich:

- SIA-Norm 118 enthält keine Regelung für den Fall, dass der Unternehmer die Arbeiten ausgeführt hat, ohne dass eine Vereinbarung über die Vergütung zustande gekommen ist. Sie ist also lückenhaft.
- Das dispositive Gesetzesrecht enthält keine Bestimmung, wie Pauschalpreise im Falle einer Beststellungsänderung anzupassen sind.
- Rückgriff auf Art. 374 OR: Bestimmung der Vergütung nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen der Unternehmerin.

BGE 143 III 545 (V)

- Die Unternehmerin hatte die Nachtragspreise "anders" bestimmt,
- weshalb in den Rechtsschriften substantiierte Ausführungen zum effektiven Aufwand fehlten,
- weshalb es an den erforderlichen rechtserheblichen Behauptungen fehlte,
- weshalb die Vorinstanz sämtliche Mehrforderungen, soweit nicht anerkannt, als unbegründet betrachten konnte,
- und auch gerade die Frage offenlassen konnte, ob es überhaupt Bestellungenänderungen gegeben hatte,
- und auch kein Beweisverfahren durchführen musste, weil ein solches ja substantiierte Behauptungen voraussetzt.

BGE 143 III 545 (VI)

- Art. 84 SIA-Norm 118 gibt dem Bauherrn ein einseitiges Änderungsrecht.
- «Dass gestützt darauf erfolgende Bestellungenänderungen hinsichtlich der Vergütung nicht folgenlos bleiben, ist selbstverständlich.»
- Als Pendant zum jederzeitigen Änderungsrecht muss die SIA-Norm 118 regeln, wie sich die Vergütung für eine solche Änderung bemisst, und zwar nicht nur dann, wenn sich die Parteien zuvor geeinigt haben.
- Eine antizipierte Regelung, wie Nachtragspreise zu bilden sind, ist vor allem dann relevant, wenn es vor der Arbeitsausführung nicht zu einer Einigung kommt. Art. 84 SIA-Norm 118 enthält mit dem Verweis auf die Kostengrundlage eine «Anregung».
- Fazit: Das Gericht hat den Mehr- oder Minderpreis in sinngemässer Anwendung von Art. 89 SIA-Norm 118 zu bestimmen, eine Lücke im Vertrag liegt nicht vor.

BGE 143 III 545 (VII)

Bestimmung des Mehr- oder Minderpreises nach Art. 89 SIA-Norm 118

- Art. 89 Abs. 2 SIA-Norm 118 verweist bei einem Pauschalpreis auf die Kostengrundlage im Zeitpunkt der Beststellungsänderung.
- Die in Art. 62 SIA-Norm 118 genannten Kostenfaktoren sind von der Kostenstruktur und dem Ermessen des konkreten Unternehmers unabhängig, und streben eine Objektivierung an.
- Bei der Bestimmung der Nachtragspreise bei vereinbartem Pauschalpreis kann generell auf die allgemeinen Marktpreise im Zeitpunkt der Beststellungsänderung abgestellt werden.

BGE 143 III 545 (VIII)

- Keine Preisfortschreibung.
- Vertragliches Leistungsverzeichnis und die ursprünglichen Preise, nach Rabatt und Nachlassen, reflektieren einen allgemeinen Marktpreis und sind vom Richter zu berücksichtigen.
- Kein Abstellen auf Regie.

BGE 143 III 545 (IX)

- Bei der Bestimmung der Nachtragspreise kann es nicht das Ziel sein, das einzig richtige Ergebnis zu ermitteln - weil es ein solches nicht gibt.
- Wäre den Parteien eine exakte Bemessungsmethode wichtig gewesen, hätten sie eine entsprechend präzisere vertragliche Regelung treffen müssen.
- Wer mit der SIA-Norm 118 (mit Pauschalpreis) baut, räumt dem Gericht einen erheblichen Beurteilungsspielraum ein, die Preise für Nachtragsarbeiten bei einseitigen Bestellungen zu bilden .
- Das Gericht hat einen Ermessensentscheid zu treffen, und dabei alle Preiselemente zu berücksichtigen, die aufgrund der Parteibehauptungen vorhanden sind.
- Das Gericht hat dieses Ermessen pflichtgemäss wahrzunehmen und die Nachtragspreise sachgerecht und mit Augenmass zu bestimmen.

4A_281/2017, 4A_284/2017, 4A_443/2017; Urteile des Bundesgerichts vom 22. Januar 2018 und vom 30. April 2018

- Wie weit zu substantiieren ist, ergibt sich aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und dem Verhalten der Gegenpartei (BGE 127 III 365)
- Es genügt, wenn die erforderlichen Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen und Umrissen behauptet werden.
- Ein solcher Tatsachenvortrag ist schlüssig; wenn davon ausgegangen werden kann, dass er wahr ist, lässt er den Schluss auf die gewünschte Rechtsfolge zu.

4A_281/2017, 4A_284/2017, 4A_443/2017 (II)

- Bestreitet der Gegner den an sich schlüssigen Tatsachenvortrag, trifft den Belasteten eine weitergehende Substantiierungslast.
- Der Sachverhalt ist dann nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen aufgegliedert darzustellen, damit darüber Beweis abgenommen oder der Gegenbeweis angetreten werden kann

4A_281/2017, 4A_284/2017, 4A_443/2017 (III)

- Blosses Bestreiten und pauschales Bestreiten genügt nicht.
- Die Bestreitung muss so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie weiter substantiieren und beweisen muss.
- Der Grad der Substantiierung einer Behauptung beeinflusst den erforderlichen Grad an Substantiierung einer Bestreitung: Je präziser der Vortrag des Klägers, desto präziser muss der Beklagte bestreiten.
- Die Gegenpartei muss erkennen können, welche ihrer Behauptungen sie weiter zu substantiieren, und schliesslich zu beweisen hat.

4A_281/2017, 4A_284/2017, 4A_443/2017 (IV)

- Anforderungen an die Substantiierung der Bestreitung sind tiefer als die Anforderungen an die Substantiierung einer Behauptung
- **«Die beweisbefreite Partei ist nicht gehalten darzutun, weshalb eine bestrittene Behauptung unrichtig sei.»**
- Die Obliegenheit, substantiiert zu bestreiten, bedeutet nicht, dass Positionen, zu denen die bestreitende Partei keine konkreten Einwände erheben konnte, als akzeptiert zu gelten hätten.
- Aber: "explizit" Bestreiten ist nicht gleichzusetzen mit "substantiiert" bestreiten ...

4A_281/2017, 4A_284/2017, 4A_443/2017 (V)

- «In Bezug auf Bauabrechnungen wird beispielsweise verlangt, dass der Besteller detailliert erklärt, welche Positionen er nicht anerkennt, um dem Unternehmer die Möglichkeit zu geben, darüber Beweis zu führen. ... Zumindest muss aus der Bestreitung hervorgehen, unter welchem Gesichtspunkt die einzelnen Positionen Bestandet werden.» (4A_443/2017)
- *Also muss ich trotzdem sagen, unter welchem Gesichtspunkt beanstandet wird? Die blosse Beanstandung genügt nicht?*

4A_281/2017, 4A_284/2017, 4A_443/2017 (VI)

- Die Obliegenheit, substantiiert zu bestreiten, bedeutet nicht, dass Positionen, zu denen die Beschwerdegegner keine konkreten Einwände erheben *konnten*, als akzeptiert zu gelten hätten" (4A_443/2017).
- *Und was ist, wenn sie gekonnt hätten, und es doch nicht getan haben?*

4A_281/2017, 4A_284/2017, 4A_443/2017 (VII)

- "Auch ein Bestreiten mit Nichtwissen ist zulässig, jedenfalls soweit die fraglichen Geschehnisse nicht Gegenstand eigener Handlungen oder Wahrnehmungen der bestreitenden Partei bilden" (4A_443/2017).
- *Heisst das jetzt, dass ich immer generell bestreiten darf, aber nur dann mit "Nichtwissen", wenn ich es nicht wissen müsste? Darf ich auch einfach bestreiten, wenn die fraglichen Geschehnisse Gegenstand eigener Handlungen oder Wahrnehmungen bilden?*

4A_281/2017, 4A_284/2017, 4A_443/2017 (VIII)

- **«Die beweisbefreite Partei ist nicht gehalten darzutun, weshalb eine bestrittene Behauptung unrichtig sei.»**
- Kann ich somit bei einer Einheitspreisabrechnung
 - die Abrechnung in die einzelnen Positionen aufsplitten,
 - in die Rechtsschrift kopieren,
 - unter jede Position «Bestritten» schreiben
 - und damit den Unternehmer zwingen, jede einzelne Position detailliert zu substantiieren und Beweismittel zu nennen?
- Muss ich nicht sagen, warum die Einheitspreisabrechnung nicht richtig ist?

4A_281/2017, 4A_284/2017, 4A_443/2017 (IX)

- Der Behauptungs- und Substantiierungslast ist grundsätzlich in den Rechtsschriften nachzukommen.
- Ungenügende Tatsachenbehauptungen oder Bestreitungen können nicht durch einen Beweisantrag ersetzt werden.
- Ein blosser pauschaler Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht.
- Die Auslagerung der Informationen in eine Beilage muss keine Erschwerung sein, sondern kann die Lesbarkeit der Rechtsschrift und den Zugriff auf die entsprechenden Informationen erleichtern.

4A_281/2017, 4A_284/2017, 4A_443/2017 (X)

- Die Tatsachen müssen in der Rechtsschrift in den wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden.
- Wird für die Details auf eine Beilage verwiesen, muss geprüft werden,
 - ob Gericht und Gegenpartei die notwendigen Informationen in einer Art erhalten, die eine Übernahme in die Rechtsschrift als blossen Leerlauf erscheinen lassen
 - oder ob der Verweis ungenügend ist, weil die nötigen Informationen in den Beilagen nicht eindeutig und vollständig enthalten sind oder zusammengesucht werden müssen.

4A_281/2017, 4A_284/2017, 4A_443/2017 (XI)

- Die Beilage muss die Informationen eindeutig und vollständig enthalten.
- Es muss (zum Beispiel bei einem Privatgutachten) klar sein, auf welchen Grundlagen die Feststellungen in der Beilage beruhen.
- Der Verweis in der Rechtsschrift muss ein bestimmtes Aktenstück nennen, und aus dem Verweis muss klar sein, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen.
- Ein problemloser Zugriff liegt vor, wenn eine Beilage selbsterklärend ist und genau die in der Rechtsschrift bezeichneten Informationen enthält.
- Zwingend verlangt ist ohnehin eine klare Zuordnung von Beweisanträgen zu konkreten einzelnen Sachverhaltsdarstellungen.

4A_281/2017 (I)

- Einheitspreisvertrag
- Klage unter Verweis auf Schlussrechnung, mit einigen allgemeinen Erklärungen, wie die Abrechnung vorgenommen worden ist: klageweise grundsätzlich ausreichend
- Pauschale Bestreitung: die Unternehmerin habe für jede Position die verbaute Menge und die vereinbarten Einheitspreise darzulegen: Die Beklagte hatte damit gesagt, welche Behauptungen die Klägerin nach ihrer Meinung replicando zu substantiieren hätte, resp. welche Informationen die Klägerin nachzuliefern hatte.
- Diese Bestreitungen waren genügend, wären es aber dann nicht gewesen, wenn die von der Beklagten geforderten Informationen für ein substantiiertes Bestreiten nicht notwendig gewesen wären, oder bereits mit der Klage geliefert worden wären.

4A_281/2017 (II)

- Replik: die Unternehmerin verweist auf die Schlussrechnung und die Ausmasstabelle, mit Bemerkungen und Querverweisen versehen.
- Die von der Beklagten geforderten Informationen (für jede Position die verbaute Menge und die vereinbarten Einheitspreise) können in einer Beilage untergebracht werden:
 - einfacher Zugriff
 - weder für Gericht noch für Bauherrin mit Mehraufwand verbunden
 - Informationen müssen nicht zusammengesucht werden
- Fazit: Der Verweis auf eine sorgfältig erstellte Ausmasstabelle muss genügen!

4A_281/2017 (III)

- Die Vorinstanz hat sich gar nicht dazu geäußert, ob die bundesgerichtlichen Voraussetzungen erfüllt waren...
- Im bundesgerichtlichen Verfahren wäre es Sache der Unternehmerin gewesen,
 - mit konkreten Hinweisen auf Beilagen und Rechtsschriften
 - darzulegen, dass ihre Beilagen selbsterklärend waren und
 - dass sie diese in der Replik genügend erläutert hätte.
- Was sie leider nicht getan hatte, weshalb das Bundesgericht nicht prüfen konnte, ob das Handelsgericht zu strenge Substantiierungsanforderungen gestellt hatte ...

4A_284/2017 (I)

- Klage der Unternehmerin mit detaillierter Begründung ihres Standpunktes
- "explizite" Bestreitung unter Anrufung eines Zeugen: ungenügend substantiierte Bestreitung
- Die detaillierte Begründung der Unternehmerin hätte eine ebenso detaillierte Bestreitung der Bauherrin notwendig gemacht. Die Bauherrin hatte aber nur bestritten, was nicht genügen kann

4A_284/2017 (II)

- Verrechnungsforderung der Bauherrin: Mietzinsausfälle wegen eines Flächenverlustes
- Behauptung der Details durch Verweis auf ein Gutachten. In casu nicht selbsterklärend, und somit als Behauptung ungenügend.
- Das Gutachten enthielt zwar eine Flächenberechnung und damit eine konkrete Tatsachenbehauptung. Die daraus abgeleiteten Mietzinsausfälle beruhten aber auf verschiedenen Annahmen, Grafiken und Statistiken, die miteinander verknüpft, und nicht ohne weiteres nachvollziehbar waren.
- Fazit: Behauptung durch Verweis auf Beilagen geht nur in klaren Fällen (z.B. Ausmassprotokoll ?)

4A_443/2017

- Sehr dünne Klage, nach Bundesgericht aber genügend substantiiert (oder nur behauptet?)
- Sehr dünne Bestreitung, aber ausreichend, weil nur dünn behauptet war
- Verzicht auf Replik ...
- Meines Erachtens hätte ein Beweisverfahren durchgeführt werden müssen, aber wahrscheinlich fehlten im bundesgerichtlichen Verfahren die einschlägigen Argumente dazu ...

4A_444/2017; Urteil des Bundesgerichts vom 12. April 2018

- Kaufvertrag Oktober 2009, über ein 2006/2007 erstelltes MFH
- Gewährleistung:
 - In Bezug auf die Kaufobjekte wird unter Vorbehalt von Absatz 2 hiernach, seitens der Verkäuferschaft jegliche Währschaft wegbedungen (soweit gesetzlich zulässig). Die Käuferschaft übernimmt die Räumlichkeiten im heutigen Zustand und wie besichtigt. Die Parteien erklären ausdrücklich, dass sie vom Notar über die Folgen der Währschaftswegbedingung eingehend orientiert worden sind.
 - Zur Geltendmachung der heute noch bestehenden Mängelrechte der Grundstücke U Nr. xxx (Mehrfamilienhaus) und V Nr. xxx (Tiefgarage) überträgt hiermit die Verkäuferschaft der Käuferschaft alle mit den Kaufobjekten verbundenen Garantien der an der ganzen Überbauung beteiligten Planer und Unternehmer. Sie verpflichtet sich, die Käuferschaft bei einer allfälligen Geltendmachung von Mängelrechten zu unterstützen.

4A_444/2017 (II)

- Rohrbruch 2012; die Ursachenabklärung ergibt eine mangelhafte Fundation
- Klage 15. November 2013, auf CHF 95'000 (geschätzte Sanierungskosten)
- Klageänderung am 3. März 2014, auf CHF 141'000 (nach durchgeführter Sanierung; effektiver Schaden)
- Bezirksgericht weist Klage ab: rechtsgültige Wegbedingung der Gewährleistung
- Obergericht heisst Klage gegen Verkäuferschaft gut, und zwar über CHF 141'000
- Bundesgericht bestätigt das obergerichtliche Urteil

4A_444/2017 (III)

- Die Tragweite von Freizeichnungsklauseln bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung.
- Ein Mangel bei Grundstückkaufverträgen fällt im Rahmen der objektivierten Auslegung nicht unter den Gewährleistungsausschluss, wenn er gänzlich ausserhalb dessen liegt, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste.
- Womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen muss, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab. Massgeblich ist insbesondere, zu welchem erkennbaren Zweck jemand einen Gegenstand gekauft hat.
- Mängel, die eine Sache für den erkennbaren vorgesehenen Gebrauch untauglich machen, sind anders zu werten, als wenn der Gebrauch einfach erschwert wird.

4A_444/2017 (IV)

- Auf die klare und eindeutige Formulierung des Gewährleistungsausschlusses kommt es nicht an!
- Auch bei klarer Formulierung werden von der Freizeichnung Mängel nicht erfasst, die vollkommen ausserhalb dessen liegen, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen muss.
- Die Verkäuferin hätte aufzeigen müssen, dass Umstände bestehen, die zwingend darauf schliessen lassen, die Parteien hätten auch Mängel ausschliessen wollen, mit denen ein Käufer vernünftigerweise nicht rechnen musste.
- Faktisch lässt sich eine solche Bestimmung nicht formulieren!

4A_444/2017 (V)

- Eine ungenügende Fundation eines fast neu erstellten Hauses liegt ausserhalb dessen, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen muss.
- Ein Gewährleistungsausschluss ist zulässig, auch bei Neubauten, und auch dann, wenn der Verkäufer die Baute selber erstellt hat.
- Der Gewährleistungsausschluss ist gültig für Mängel, die bei jedem Neubau auftreten können, nicht aber für Mängel, mit welchen die Käuferschaft nicht zu rechnen hatte.
- Massgeblich ist insbesondere, ob der Mangel die Sache für den vorgesehenen Gebrauch untauglich macht, wobei es darauf ankommt, zu welchem Zweck ein Kaufobjekt erworben worden ist.

4A_444/2017 (VI) - Nachlese

- Erfolgte die Mängelrüge rechtzeitig?
- Obergericht: Der Mangel habe letztlich erst durch den Gerichtsgutachter zweifelsfrei bezeichnet werden können. Die Rügefrist beginne erst mit der Entdeckung des Mangels...
- Kaufvertrag im Oktober 2009; Nutzen/Schaden 30. Oktober 2009; Rohrbruch im Juni 2012; Klage am 15. November 2013, über CHF 95'000; Klageänderung am 3. März 2014 (nach Durchführung der Sanierung!) auf 141'000; Gutachten am 12. Juni 2015, Hauptverhandlung am 23. Juni 2016.

4A_444/2017 (VII) - Nachlese

- Das gesamte Behauptungsverfahren wurde vor Beginn der Rügefrist durchgeführt ...
- Die Sanierung wurde vor Beginn der Rügefrist durchgeführt ...
- Die Rügefrist begann erst nach Ablauf der fünfjährigen Gewährleistungsfrist ...
- Ob die Klägerin nach Vorliegen des Gutachtens tatsächlich noch einmal gerügt hat, weil sie erst jetzt Kenntnis des Mangels hatte, geht aus dem Urteil nicht hervor.
- Fragen über Fragen

5A_713/2017; Urteil des Bundesgerichts vom 7. Juni 2018 - Notweg

- Hat ein Grundeigentümer keinen genügenden Weg von seinem Grundstück auf eine öffentliche Strasse, kann er gegen volle Entschädigung einen Notweg beanspruchen.
- Vorausgesetzt ist eine eigentliche Notlage.
- Eine Wegenot liegt vor, wenn einem Grundeigentümer die **zur bestimmungsgemässen Benutzung seines Grundstücks** erforderliche Verbindung zur öffentlichen Strasse fehlt oder ungenügend ist.
- Die bestimmungsgemässe Nutzung eines Grundstücksergibt sich aus dem öffentlichen Recht.

5A_713/2017 – Notweg (II)

- In casu war nur die Nutzung der Liegenschaft als Ferien- bzw. Wochenendhaus bestimmungsgemäss, nicht aber die Nutzung als Dauerwohnsitz.
- Da der Eigentümer nicht beruflich in der Landwirtschaft tätig ist, ist das Bewohnen ihrer Liegenschaft in der Landwirtschaftszone nicht zonenkonform und damit nicht bestimmungsgemäss im Sinne von Art. 694 ZGB.
- Öffentlichrechtlicher Bestandesschutz gibt keinen öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Anspruch auf eine befahrbare Zufahrt

HG.2014.229-HGK; Urteil des Handelsgerichts St. Gallen vom 18. Januar 2017

- Der Eigentümer eines Grundstücks im Verwaltungsvermögen haftet
- für anerkannte oder gerichtlich festgestellte Forderungen
- nach den Bestimmungen über die einfache Bürgschaft,
- wenn sich seine Schuldpflicht nicht aus eigenen vertraglichen Verpflichtungen ergibt und
- wenn die Forderung ihm gegenüber spätestens vier Monate nach Vollendung der Arbeit unter Hinweis auf die gesetzliche Bürgschaft geltend gemacht worden ist (Art. 839 Abs. 4 ZGB)

HG.2014.229-HGK (II)

- Die Bürgschaftshaftung entsteht von Gesetzes wegen.
- Die Bürgschaft tritt an die Stelle des Bauhandwerkerpfandrechts.
- Die Bürgschaftshaftung setzt eine zu Recht bestehende Hauptschuld voraus.
- Die Gläubigerin muss zuerst gegen die Hauptschuldnerin vorgehen, bevor sie die einfache Bürgin belangen kann (Art. 495 OR):
Leistungsklage!
- Keine Feststellungsklage gegen den Grundeigentümer notwendig resp. möglich: fehlendes Rechtsschutzinteresse.

5A_377/2017; Urteil des Bundesgerichts vom 27. Februar 2018

- Näherbaurecht

Der Eigentümer des berechtigten Grundstücks hat wie bisher das Recht, seinen einstöckigen Saalbau bis auf 3,50 m an die gemeinsame Grenze zu stellen und fortbestehen zu lassen. Ferner hat er das Recht, das Gebäude Vers.-Nr. SS auf der ganzen Länge der jetzigen Fassadenflucht um 2 m über die bestehende Höhe des Saalbaus durchgehend aufzustocken.

- Aufstockung der Baute auf dem berechtigten Grundstück um ein Attikageschoss, wobei der gesetzliche Grenzabstand eingehalten wäre.

5A_377/2017 (II)

- Für die Bestimmung der Tragweite einer Dienstbarkeit, gilt der Dienstbarkeitsvertrag, solange sich die vertragsschliessenden Parteien gegenüberstehen.
- Gegenüber einem Dritterwerber gilt primär der Grundbucheintrag, und zwar der Hauptbucheintrag, nicht etwa der Beleg.
- Nur wenn der Grundbucheintrag nicht klar genug ist, ist auf den Dienstbarkeitsvertrag abzustellen.
- Nur wenn weder Grundbucheintrag noch Dienstbarkeitsvertrag klar genug sind, kann abgestellt werden auf die während längerer Zeit, unangefochten und in gutem Glauben erfolgte Ausübung.

5A_377/2017 (III)

- Der Grundbucheintrag "Näherbaurecht" umfasst das Recht, in einem geringeren als dem gesetzlichen Abstand an die Grenze des Nachbargrundstücks zu bauen.
- Kann dieser Grundbucheintrag vertragliche Bestimmungen über den Inhalt und Umfang (Lage, Gestalt, Ausdehnung, Zweck u.w. der Näherbaute) mit verbindlicher Wirkung für jeden Erwerber erfassen?

5A_377/2017 (IV)

Funktionelle Beschränkungen der Dienstbarkeit:

- sind regelmässig nicht aus dem Stichwort ersichtlich
- auferlegen dem jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstücks Pflichten in der baulichen Gestaltung oder in der Benützung des Näher- oder Grenzbaus
- haben dingliche Wirkung

Enthält die Dienstbarkeit eine funktionelle Beschränkung, mit der Wirkung, dass die Bauhöhenbeschränkung auf der ganzen im Unterabstand erstellten Baute gilt und nicht bloss im Bereich, wo der gesetzliche Grenzabstand aufgrund des Näherbaurechts unterschritten wird?

5A_377/2017 (V)

- Massgeblich ist der Grundbucheintrag: "Näherbaurecht"
- Eine Bauhöhenbeschränkung, die die gesamte Grundstücksfläche belastet, hat mit dem Grundbucheintrag "Näherbaurecht" nichts zu tun, und kann keine funktionelle Beschränkung des Näherbaurechts sein.
- Wenn die Parteien beim Abschluss des Dienstbarkeitsvertrags über den Näherbaubereich hinaus die Höhe jeglicher Bauten auf dem berechtigten Grundstück mit Wirkung für alle künftigen Eigentümer hätten beschränken wollen, hätten sie eine Bauhöhenbeschränkung oder ein Höherbauverbot vereinbaren und als Last auf dem Blatt des näherbauberechtigten Grundstücks eintragen müssen.
- Daran ändert sich nichts, wenn die näherbauberechtigten Eigentümer den Beleg mit der allfälligen Beschränkung kannten: der Beleg kann aus einem im Grundbuch eingetragenen "Recht" keine "Last" machen.