



Urteil vom 21. Februar 2017
II. zivilrechtliche Abteilung

_____ **Besetzung**

Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Herrmann, Bovey,
Gerichtsschreiber von Roten.

_____ **Verfahrensbeteiligte**

1. **A.C.** _____,
2. **B.C.** _____,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Martin Imthurn,
Beschwerdeführer,

gegen

1. **D.F.** _____,
2. **E.F.** _____,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Christian Munz,
Beschwerdegegner.

_____ **Gegenstand**

Grundbuchberichtigungsklage
(vorsorgliche Massnahmen; Vormerkung der vorläufigen
Eintragung von Dienstbarkeiten),

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des
Kantons Aargau, Zivilgericht, 3. Kammer, vom
14. Juni 2016.

Sachverhalt:

A.

A.a A.C._____ und B.C._____ (Beschwerdeführer) sind Mit-eigentümer des Grundstücks Nr. yyy (Grundbuchamt U._____). Das benachbarte Grundstück Nr. xxx steht im Gesamteigentum von D.F._____ und E.F._____ (Beschwerdegegner). Zugunsten und zulasten der Grundstücke Nrn. xxx und yyy wurden mit Vertrag vom 20. Oktober 1920 Dienstbarkeiten begründet und am 26. ds. je mit dem Stichwort "Grenzbaurecht" im Grundbuch eingetragen. Die Vertragsparteien und Rechtsvorgänger der Parteien regelten detaill-iert, wie auf ihren Grundstücken je bis an die gemeinsame Grund-stücksgrenze gebaut werden darf. Insbesondere gestatteten sie sich gegenseitig, eingeschossig an die bestehende Grenzmauer anzu-bauen. Das Erdgeschoss der Liegenschaft Nr. xxx (Wohn- und Ge-schäftshaus) reicht bis an die gemeinsame Grenze mit der Liegen-schaft Nr. yyy (Wohn- und Geschäftshaus), während die Oberge-schosse rund drei Meter von der Grenze zurückversetzt sind.

A.b Der Stadtrat U._____ erteilte der Rechtsvorgängerin der Beschwerdegegner am 3. Dezember 2012 die Bewilligung für den Abbruch des bestehenden Gebäudes und den Neubau eines Wohn- und Geschäftshauses auf dem Grundstück Nr. xxx. Danach kommt der Neubau mit vier Vollgeschossen unmittelbar an die gemeinsame Grenze mit dem Grundstück Nr. yyy zu stehen. Die Beschwerdeführer hatten gegen die Baubewilligung erfolglos ein privatrechtliches Grenz-bauverbot für die Obergeschosse bzw. ein Höherbauverbot an der Grenze eingewendet. Die Einwendung wurde mit der Baubewilligung abgewiesen bzw. auf den Zivilweg verwiesen.

A.c Die Beschwerdeführer erhoben am 4. März 2013 gegen die Rechts-vorgängerin der Beschwerdegegner eine Bauverbotsklage. Die Klage wurde erstinstanzlich gutgeheissen, auf Berufung der Beschwerde-gegner, die das Grundstück Nr. xxx inzwischen erworben hatten und in den Prozess eingetreten waren, aber abgewiesen. Gegen den Be-rufungsentscheid vom 21. Januar 2015 gelangten die Beschwerde-führer am 13. März 2015 an das Bundesgericht. Bereits am 17. Fe-bruar 2015 hatte das Grundbuchamt auf Antrag der Beschwerde-gegner das zugunsten des Grundstücks Nr. xxx und zulasten des Grundstücks Nr. yyy eingetragene Grenzbaurecht im Grundbuch ge-löscht. Das Bundesgericht trat deshalb auf die Beschwerde nicht ein (Urteil 5A_222/2015 vom 19. August 2015).

B.

B.a Am 21. Oktober 2015 ersuchten die Beschwerdeführer darum, das Grundbuchamt sei gerichtlich anzuweisen, die vorläufige Eintragung der Dienstbarkeit "Grenzbaurecht" zugunsten des Grundstücks Nr. xxx und zulasten des Grundstücks Nr. yyy sowie der Dienstbarkeit "Baubeschränkung im Grenzbereich" zulasten des Grundstücks Nr. xxx und zugunsten des Grundstücks Nr. yyy unter Hinweis auf den Dienstbarkeitsvertrag vom 20. Oktober 1920 vorzumerken. Weiter sei das Grundbuchamt gerichtlich superprovisorisch anzuweisen, die Vormerkung sofort vorzunehmen, und es sei den Beschwerdeführern eine angemessene Frist anzusetzen, um Klage auf Grundbuchberichtigung zu erheben.

B.b Das Bezirksgericht U._____ entsprach der beantragten Vormerkung vorsorglich sofort, wies dann aber das Gesuch nach Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels ab (Verfügung vom 23. Oktober 2015 und Entscheid vom 8. Februar 2016).

B.c Die Beschwerdeführer legten Berufung ein, die das Obergericht des Kantons Aargau abwies (Entscheid vom 14. Juni 2016).

C.

Mit Eingaben vom 27. Juni und vom 21. Juli 2016 erneuern die Beschwerdeführer vor Bundesgericht ihr Gesuchsbegehren. Sie beantragen, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Während das Obergericht auf eine Stellungnahme verzichtet hat, schliessen die Beschwerdegegner auf Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung. Der Präsident der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts hat der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (Verfügung vom 12. Juli 2016). In der Sache sind die kantonalen Akten, aber keine Vernehmlassungen eingeholt worden.

Erwägungen:

1.

1.1 Der angefochtene Entscheid betrifft eine Anordnung gemäss Art. 961 ZGB, wonach vorläufige Eintragungen zur Sicherung behaupteter dinglicher Rechte vorgemerkt werden können (Abs. 1 Ziff. 1) und das Gericht zur Geltendmachung der Ansprüche eine Frist ansetzt (Abs. 3). Die vorläufige Eintragung ist eine vorsorgliche Sicherungsmassnahme (Urteil 5A_8/2012 vom 24. Februar 2012 E. 2.1, in: ZBGR 96/2015 S. 117) im Hinblick auf eine noch nicht rechtshängige Grundbuchbe-

richtigungsklage (Art. 975 ZGB), mit der – wie schon im Gesuch als blasse Vormerkung – die Eintragung einer ungerechtfertigt gelöschten Grunddienstbarkeit und die Abänderung des Grundbucheintrags beantragt wird. Es handelt sich um eine Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 BGG) in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert mit Fr. 430'000.-- (E. 3 S. 15 des angefochtenen Entscheids) den gesetzlichen Mindestbetrag von Fr. 30'000.-- übersteigt (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG; Urteil 5A_413/2009 vom 2. Februar 2010 E. 1, nicht veröffentlicht in: BGE 136 III 269). Die Beschwerdeführer sind mit ihren Gesuchs- und Berufungsbegehren unterlegen und zur Beschwerde berechtigt (Art. 76 Abs. 1 BGG).

1.2 Selbstständig eröffnete Massnahmenentscheide, die vor oder während eines Hauptverfahrens erlassen werden und nur für die Dauer des Hauptverfahrens bzw. unter der Bedingung, dass ein Hauptverfahren eingeleitet wird, Bestand haben, sind Zwischenentscheide im Sinne von Art. 93 BGG, gegen die die Beschwerde nur zulässig ist, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG; BGE 134 I 83 E. 3.1 S. 86 f.; 137 III 589 E. 1.2.3 S. 591 f.). Dabei muss es sich um einen Nachteil rechtlicher Natur handeln, der auch durch einen für die Beschwerdeführer günstigen Entscheid in der Zukunft nicht mehr behoben werden kann. Eine rein tatsächliche oder wirtschaftliche Erschwernis reicht in der Regel nicht, doch genügt die blosser Möglichkeit eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils rechtlicher Natur (BGE 141 III 395 E. 2.5 S. 400). Ob ein nicht wieder gutzumachender Nachteil vorliegt, bemisst sich an den Auswirkungen des Zwischenentscheids auf die Hauptsache bzw. das Hauptverfahren (BGE 137 III 380 E. 1.2 S. 383 f.; 141 III 80 E. 1.2). Der vorausgesetzte Nachteil wird in der Beschwerdeschrift (S. 3 Ziff. 3) zutreffend belegt. Unterbleibt die Vormerkung vorläufiger Eintragung, besteht die Gefahr, dass ein Dritter vor Abschluss des Grundbuchberichtigungsverfahrens gutgläubig das Grundstück frei von der Grunddienstbarkeit erwirbt, deren ungerechtfertigte Löschung streitig ist, oder ein beschränktes dingliches Recht begründet, das der angeblich zu Unrecht gelöschten Dienstbarkeit im Rang vorgeht (z.B. Urteil 5A_222/2014 vom 17. September 2014 E. 1.1). Davor zu bewahren, bezweckt die Vormerkung vorläufiger Eintragung behaupteter dinglicher Rechte (SCHMID, Basler Kommentar, 2015, N. 31, und MOOSER, Commentaire romand, 2016, N. 32 zu Art. 975 ZGB, je mit Hinweisen).

1.3 Die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung zur Sicherung behaupteter dinglicher Rechte (Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) ist eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG (Urteile 5A_222/2014

vom 17. September 2014 E. 1.2; 5A_565/2009 vom 23. Juni 2010 E. 1.2). Die Beschwerdeführer entgegen, die Abweisung ihres Gesuchs sei wie die Verweigerung des provisorischen Bauhandwerkerpfandrechts ein Endentscheid (S. 3 Ziff. 4) mit der Folge, dass das Bundesgericht in seiner Prüfung nicht auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte beschränkt sei (S. 4 Ziff. 5 der Beschwerdeschrift). Der Ansicht kann nicht gefolgt werden. Der Entscheid, mit dem die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts verweigert wird, ist ein Endentscheid, weil das beanspruchte Bauhandwerkerpfandrecht, sofern der Entscheid bestehen bliebe, gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB verwirkt wäre (BGE 95 I 97 E. 2 S. 99 f.; 137 III 589 E. 1.2.2 S. 591). Nicht Verwirkung aufgrund Gesetzesvorschrift, sondern allenfalls Gefährdung des Anspruchs auf Grundbuchberichtigung und damit ein nicht wieder gutzumachender Nachteil liegt vor, wenn dem Gesuch der Beschwerdeführer um vorsorgliche Sicherungsmassnahmen nicht entsprochen wird. Aber selbst die gegenteilige Annahme eines Endentscheides hätte keinen Einfluss auf die Prüfungsbefugnis des Bundesgerichts. Anfechtbare Entscheide (Art. 90 ff. BGG) und Beschwerdegründe (Art. 95 ff. BGG) sind zu unterscheiden. Auch gegen Endentscheide (Art. 90 BGG) über vorsorgliche Massnahmen kann mit Beschwerde nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 98 BGG; z.B. Eheschutzmassnahmen: BGE 133 III 393 E. 4 S. 396 und E. 5.2 S. 397; z.B. Arrestentscheide: BGE 133 III 589 E. 1 S. 590 f.; z.B. Sicherstellung der Steuern: BGE 134 II 349 E. 1.4 und E. 3 S. 351; z.B. die Ankündigung provisorischer Pfändung: Urteil 5A_188/2010 vom 30. April 2010 E. 1, in: Praxis 99/2010 Nr. 132 S. 866 f.; z.B. vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens: Urteil 5A_9/2007 vom 20. April 2007 E. 1.2.4 und E. 2.1, in: Praxis 96/2007 Nr. 137 S. 942; u.v.a.m.).

1.4 Kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 98 BGG), ist in der Beschwerdeschrift klar und detailliert und, soweit möglich, belegt anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (Art. 106 Abs. 2 BGG). Der Grundsatz der gerichtlichen Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 106 Abs. 1 BGG) kommt nicht zum Tragen (BGE 133 III 589 E. 2 S. 591; 140 III 571 E. 1.5 S. 576). Auch die Anwendung von Bundesgesetzen prüft das Bundesgericht im Rahmen von Art. 98 BGG nur auf Willkür (Art. 9 BV; Urteil 5A_890/2013 vom 22. Mai 2014 E. 1.5, nicht veröffentlicht in: BGE 140 III 337). Willkürlich ist die Rechtsanwendung nicht schon dann, wenn sie falsch ist. Willkür setzt vielmehr voraus, dass eine Rechtsnorm qualifiziert unrichtig angewendet worden ist. Diese Vorausset-

zung haben die Beschwerdeführer in ihrer Rechtschrift zu begründen und nicht bloss zu behaupten (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 110 Ia 1 E. 2a S. 3 f.; 133 III 462 E. 4.4.1 S. 470; Urteil 5A_53/2010 vom 25. Juni 2010 E. 4.2, nicht veröffentlicht in: BGE 136 III 373).

1.5 Die – ferner fristgerecht (Art. 100 Abs. 1 BGG) erhobene – Beschwerde ist zulässig. Weitere formelle Einzelfragen sind im Sachzusammenhang zu erörtern.

2.

Eine Verletzung des Beweismasses erblicken die Beschwerdeführer darin, dass das Obergericht verlangt habe, sie müssten als Kläger ihre Berechtigung nicht bloss glaubhaft machen, sondern als überwiegend wahr erscheinen lassen (S. 6 f. Ziff. 10-13). Die Auffassung des Obergerichts sei unzutreffend (S. 6 Ziff. 11). Mit der sachlich nicht gerechtfertigten Erhöhung des Beweismasses habe das Obergericht nicht nur Art. 961 ZGB verletzt, sondern im Ergebnis den Beschwerdeführern auch die Grundbuchberichtigungsklage verweigert und dadurch die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV verletzt (S. 7 Ziff. 13 der Beschwerdeschrift).

2.1 Einzige Verfassungsfrage, die die Beschwerdeführer erheben, ist die Verletzung von Art. 29a BV. Alle anderen Vorbringen begründen keine Verfassungs-, namentlich nicht Willkürfragen (E. 1.4 oben). Die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV schreibt vor, dass jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde hat. Dass dieser Anspruch verletzt worden sei, muss grundsätzlich bereits im kantonalen Verfahren vorgebracht werden, andernfalls Verzicht angenommen wird (Urteil 1P.64/2007 vom 29. Mai 2007 E. 3.2, in: ZBl 109/2008 S. 557). Da die Rüge sich hier gegen die erstmalige Umschreibung des Beweismasses im angefochtenen Entscheid (E. 2.4.1.1 S. 11 f.) richtet, ist sie zulässig (BGE 133 III 638 E. 2 S. 640; 142 I 155 E. 4.4.6 S. 158 f.).

2.2 Der Anspruch auf Beurteilung durch eine gerichtliche Behörde gemäss Art. 29a BV gewährleistet keinen gerichtlichen Instanzenzug (Urteil 5A_713/2015 vom 21. Dezember 2015 E. 3.1). Handelt es sich bei der zuständigen Behörde um eine Administrativbehörde, bedeutet die Rechtsweggarantie allerdings notgedrungen, dass eine gerichtliche Rekursinstanz zur Verfügung stehen muss. Handelt es sich bei der zuständigen Behörde – hier das Bezirksgericht – aber um eine gerichtliche Behörde, ist der Rechtsweg selbstredend garantiert (Urteil 5A_202/2007 vom 13. Juni 2007 E. 3.2, betreffend vorsorgliche Mass-

nahmen; Urteil 5A_660/2007 vom 19. Juni 2008 E. 2.1). Die Rüge der Verletzung von Art. 29a BV ist insoweit unbegründet. Fragen könnte sich, ob die verfassungsmässige Rechtsweggarantie wie Art. 6 Ziff. 1 EMRK den Zugang zu Rechtsmittelinstanzen wenigstens im Rahmen einer gegebenen Zuständigkeit gewährleistet (vgl. BGE 138 V 271 E. 3.1 S. 278). Auch insoweit ist keine Verfassungsverletzung ersichtlich, geschweige denn von den Beschwerdeführern dargetan. Denn das Obergericht hat den bezirksgerichtlichen Entscheid als Berufungsinstanz im gesetzlichen Rahmen (Art. 310 ZPO) überprüft (E. 1 S. 6 des angefochtenen Entscheids).

2.3 Die Anrufung der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV erweist sich insgesamt als erfolglos. Letztlich geht es den Beschwerdeführern auch unter diesem Titel nicht um Verfassungs-, sondern lediglich um Rechtsanwendungsrügen. Denn die Abweisung eines Gesuchs um vorsorgliche Sicherungsmassnahmen hat zwangsläufig und stets zur Folge, dass während der Dauer des Hauptverfahrens ein Zustand besteht, den die Gesuchsteller ablehnen. Dieses Ergebnis stellt für sich alleine keine Verletzung des Anspruchs auf Rechtsschutz (Art. 29a BV), namentlich auch keine Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung, dar (vgl. Urteil 2C_105-107/2012 vom 29. Februar 2012 E. 3.1, betreffend vorsorgliche Massnahmen).

3.

Ungeachtet der Verletzung des Beweismasses machen die Beschwerdeführer geltend, sie hätten ihre Berechtigung bzw. ihr dingliches Recht glaubhaft gemacht (S. 7 ff. Ziff. 14-25). Sie werfen die Frage auf, ob die Ausführungen des Obergerichts zur Unzulässigkeit der Grundbuchberichtigungsklage zutreffen (S. 7 f. Ziff. 16), halten ihre Grundbuchberichtigungsklage nach ausführlicher Würdigung der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen für zulässig und erklären den gegenteiligen Standpunkt des Obergerichts als unbegründet (S. 8 ff. Ziff. 17-22). Dessen Argumentation sei auch willkürlich, genauso wie das Ergebnis des angefochtenen Entscheids, indem dadurch den Beschwerdeführern die Grundbuchberichtigungsklage aus den Händen geschlagen werde (S. 11 Ziff. 23). Das obergerichtliche Verständnis der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Grundbuchberichtigungsklage sei unzutreffend (S. 11 f. Ziff. 24-25 der Beschwerdeschrift). Den formellen Anforderungen (E. 1.4 oben) genügt die Beschwerdeschrift nicht. Die Beschwerdeführer behaupten zwar ein einziges Mal auch Willkür, beschränken ihre gesamten Ausführungen aber darauf, eine Verletzung von Bundesrecht so zu begründen, wie es in einem appellatorischen Verfahren, wo dem Gericht freie Prüfungsbefugnis zusteht,

genügte, nicht hingegen in einem auf die Beurteilung von Willkürträgen beschränkten Verfahren (BGE 134 II 349 E. 3 S. 352).

4.

Insgesamt muss die Beschwerde abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Die Beschwerdeführer werden damit kosten-, nicht hingegen entschädigungspflichtig, zumal die Beschwerdegegner nicht zur Vernehmlassung eingeladen wurden und mit ihrem Antrag, das Gesuch um aufschiebende Wirkung abzuweisen, unterlegen sind (Art. 66 Abs. 1 und 5 sowie Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden den Beschwerdeführern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Obergericht des Kantons Aargau, Zivilgericht, 3. Kammer, und dem Grundbuchamt U._____ schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 21. Februar 2017

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

von Werdt

von Roten