



5A_637/2019

Urteil vom 27. April 2022
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung

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

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Robert Hadorn,
Beschwerdeführerin,

gegen

1. **B.** _____,
2. **C.** _____,
3. **D.** _____,
4. **E.** _____,
5. **F.** _____,
6. **G.** _____,
7. **H.** _____,

alle vertreten durch Rechtsanwältin Irene Widmer,
Beschwerdegegner.

Gegenstand

Dienstbarkeit (Baubeschränkung),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des
Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 6. Juni 2019
(LB180042-O/U).

Sachverhalt:

A.

A.a Die Parteien sind Eigentümer von Liegenschaften in U._____, die mit weiteren Liegenschaften die Einfamilienhaus-siedlung I._____strasse nnn-ppp, errichtet in den 1940er-Jahren, bilden.

A.b Die Grundstücke der Siedlung I._____strasse nnn-ppp sind aus einer Dienstbarkeit gegenseitig berechtigt und verpflichtet. Die Dienstbarkeit ist mit dem Stichwort "Baubeschränkung" im Grundbuch eingetragen. Sie wurde am 23. Dezember 1954 errichtet und im Servitutenprotokoll (SP Art. mmm) wie folgt beschrieben:

"Die jeweiligen Eigentümer der beteiligten Grundstücke verpflichten sich gegenseitig, keine Änderungen am Äusseren ihrer Gebäude (An-, Um-, Aufbauten, Änderungen am Farbton der Fassaden, Fensterläden, Bedachung usw.) und an der Umgebung vorzunehmen und keine weiteren Bauten zu errichten, die den Charakter der Siedlung verändern oder stören."

A.c A._____ ist Eigentümerin der Liegenschaft Kat.-Nr. qqq, I._____strasse ooo. Sie plant, ihr Einfamilienhaus durch ein Dreifamilienhaus zu ersetzen, und erhielt dafür am 20. August 2013 die Baubewilligung. Mehrere Eigentümer von Liegenschaften der Siedlung I._____strasse nnn-ppp rekurrirten dagegen erfolglos.

B.

B.a B._____, C._____ und D._____, E._____, F._____, G._____ und H._____ (Kläger 1-7) sowie J._____ (Klägerin 8) sind Eigentümer von Grundstücken an der I._____strasse nnn-ppp (Kat.-Nrn. rrr, sss, ttt, uuu, vvv und www sowie xxx). Sie klagten am 26. März 2015 gegen A._____ (Beklagte) auf Unterlassung des Bauvorhabens wegen Verletzung der Dienstbarkeit SP Art. mmm.

Widerklageweise beantragte die Beklagte, ihr die Inanspruchnahme der Erschliessungsparzelle Kat.-Nr. yyy und des Weges Kat.-Nr. zzz für die Ausführung ihres Bauvorhabens zu gestatten.

B.b Das Bezirksgericht Zürich verbot der Beklagten unter Strafan-drohung nach Art. 292 StGB, das Bauvorhaben gemäss Baubewilli-gung vom 20. August 2013 auf dem Grundstück Kat.-Nr. qqq zu realisieren. Es wies die Widerklage ab, soweit darauf eingetreten wurde (Urteil vom 5. Juli 2018).

B.c Die Beklagte legte Berufung ein, die das Obergericht des Kantons Zürich hinsichtlich der Kläger 1-7 abwies. Es bestätigte insoweit das bezirksgerichtlich erlassene Verbot und die Abweisung der Widerklage, soweit darauf einzutreten war. Betreffend die Klägerin 8 hiess das Obergericht die Berufung gut und wies die Klage mangels Aktivlegitimation ab (Urteil vom 6. Juni 2019).

C.

Mit Eingabe vom 16. August 2019 beantragt die Beklagte (Beschwerdeführerin) die Klage der Kläger 1-7 (Beschwerdegegner) abzuweisen und die Widerklage gutzuheissen.

Auf beidseitiges Begehren wurde das bundesgerichtliche Verfahren mit Verfügung vom 23. September 2019 sistiert und mit Verfügung vom 13. Oktober 2021 wieder aufgenommen.

Auf ihr Gesuch haben die Beschwerdegegner die Stellungnahme der Beschwerdeführerin betreffend Wiederaufnahme des Verfahrens zugestellt erhalten. Es sind die kantonalen Akten, in der Sache aber keine Vernehmlassungen eingeholt worden.

Erwägungen:

1.

Das angefochtene Urteil betrifft Inhalt und Umfang einer Grunddienstbarkeit (Art. 737 f. ZGB) und damit eine Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 BGG) in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert mit Fr. 750'000.-- (E. V/1 S. 32 des angefochtenen Urteils) den gesetzlichen Mindestbetrag erreicht (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG; BGE 109 II 491 E. 1c/cc). Es ist kantonal letzt- und oberinstanzlich (Art. 75 BGG), lautet zum Nachteil der Beschwerdeführerin (Art. 76 Abs. 1 BGG) und schliesst das kantonale Verfahren ab (Art. 90 BGG). Auf die – ferner fristgerecht erhobene (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 und Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG) – Beschwerde kann eingetreten werden.

2.

2.1 Eine erste Rechtsfrage, die die kantonalen Gerichte beantwortet haben und die Beschwerdeführerin erneut aufwirft, betrifft das Verhältnis der 1954 errichteten Grunddienstbarkeit zu § 238 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Zürich vom 7. September 1975 (PBG/ZH; LS 700.1). Danach sind Bauten, Anlagen und Umschwung für sich und in ihrem Zusammenhang mit der baulichen und

landschaftlichen Umgebung im Ganzen und in ihren einzelnen Teilen so zu gestalten, dass eine befriedigende Gesamtwirkung erreicht wird; diese Anforderung gilt auch für Materialien und Farben.

Der kommunalen Baubewilligungsbehörde kommt bei der Beurteilung der Gesamtwirkung nach § 238 PBG/ZH in Bezug auf die ästhetische Würdigung der örtlichen Verhältnisse eine besondere Entscheidungs- und Ermessensfreiheit zu (BGE 145 I 52 E. 3.6; zuletzt: Urteil 1C_123/2021 vom 28. März 2022 E. 3.5.1).

2.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Dienstbarkeit habe einen widerrechtlichen Inhalt und sei nichtig, wenn und soweit sie höhere oder andere gestalterische Anforderungen an das betroffene Bauvorhaben stelle als § 238 Abs. 1 PBG/ZH. Dies sei aber nicht der Fall (S. 5 Ziff. 3a). Vielmehr sei § 238 Abs. 1 PBG/ZH nicht nur deckungsgleich, sondern strenger als der Inhalt der Dienstbarkeit. Da ihr Bauvorhaben gemäss rechtskräftig erteilter Baubewilligung die Anforderungen von § 238 Abs. 1 PBG/ZH erfülle, dürfe diese Frage im Zivilprozess über die Dienstbarkeit, die keine höheren oder anderen Anforderungen als § 238 Abs. 1 PBG/ZH stelle, nicht erneut geprüft werden. Die kantonalen Zivilgerichte, die diese Frage gleichwohl zu ihrem Thema gemacht hätten, hätten unzulässigerweise als dem Baurekursgericht und dem Verwaltungsgericht übergeordnete Rechtsmittelinstanzen gewirkt. Die Klage der Beschwerdegegner sei bereits aus diesem Grund abzuweisen (S. 6 ff. Ziff. II/1a-j der Beschwerdeschrift).

2.3 Die kantonalen Gerichte haben den bereits vor ihnen erhobenen Einwand verworfen. Das Bezirksgericht hat festgestellt, dass die kommunale Baubehörde, das Baurekursgericht und das Verwaltungsgericht die in § 238 Abs. 1 PBG/ZH umschriebenen Voraussetzungen als erfüllt angesehen (E. IV/6c S. 15), die hier interessierende Dienstbarkeit aber mangels Zuständigkeit nicht geprüft hätten. Die Voraussetzungen nach § 238 Abs. 1 PBG/ZH seien von der Baubeschränkungs-dienstbarkeit zu unterscheiden, indem sie weder deckungsgleich seien noch weit über die Dienstbarkeit hinaus gingen (E. IV/6f S. 17 des bezirksgerichtlichen Urteils).

Das Obergericht hat sich der Beurteilung angeschlossen und hervorgehoben, dass die Rechtsprechung zu § 238 PBG/ZH vorliegend nicht relevant, sondern einzig entscheidend sei, wie das konkrete Servitutenprotokoll verstanden werden dürfe und müsse (E. IV/A/3.1 S. 22 ff. des angefochtenen Urteils).

2.4 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist die 1954 errichtete Dienstbarkeit "Baubeschränkung" weder widerrechtlich noch nichtig, soweit sie höhere oder andere gestalterische Anforderungen an Bauvorhaben stellt als § 238 Abs. 1 PBG/ZH von 1975. Denn die Dienstbarkeit wurde vor Erlass der öffentlich-rechtlichen Bauvorschrift erlassen, die sie deshalb nach ständiger Rechtsprechung nicht von sich aus ausser Kraft zu setzen vermag (BGE 91 II 339 E. 4a; 107 II 331 E. 5a; 134 III 341 E. 2.2; Urteil 5C.213/2002 vom 7. Februar 2003 E. 3.2, in: ZBGR 85/2004 S. 93).

Die kantonalen Zivilgerichte haben ihre Zuständigkeit, das Bauvorhaben der Beschwerdeführerin auf seine Vereinbarkeit mit der Dienstbarkeit "Baubeschränkung" frei und unabhängig von rechtskräftigen Verwaltungsentscheiden betreffend § 238 Abs. 1 PBG/ZH zu prüfen, folglich ohne Verletzung von Bundesrecht bejahen dürfen.

2.5 Kein anderes Ergebnis folgt aus der Annahme, die Dienstbarkeit "Baubeschränkung" sei mit den Anforderungen aus § 238 Abs. 1 PBG/ZH deckungsgleich.

An der Errichtung einer Dienstbarkeit mit gleichem oder ähnlichem Inhalt wie eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung besteht ausnahmsweise dann ein Interesse, wenn die öffentlich-rechtliche Vorschrift der rechtsanwendenden Behörde einen grossen Ermessensspielraum – wie hier im Fall von § 238 Abs. 1 PBG/ZH (E. 2.1 oben) – gewährt, so dass ungewiss ist, ob und wie die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung durchgesetzt werden wird (Urteil 5A_838/2020 vom 15. November 2021 E. 4.3.1.2). Diesfalls kann der Dienstbarkeitsberechtigte ungeachtet des Verwaltungswegs sein Recht durchsetzen (REY, Berner Kommentar, 1981, N. 70 ff. zu Art. 730 ZGB). Dasselbe gilt für die vorliegend 1954 errichtete Dienstbarkeit, die durch eine angeblich gleichlautende öffentlich-rechtliche Bauvorschrift von 1975 ersetzt worden sein soll. Sie geht grundsätzlich nicht unter (LIVER, Zürcher Kommentar, 1980, N. 127 ff. zu Art. 734 ZGB), sondern könnte nur im Verfahren nach Art. 736 ZGB abgelöst werden, was eine einzelfallbezogene Interessenabwägung voraussetzte (z.B. für Wegrechte: BGE 130 III 554 E. 3.3 und E. 4).

Auch insoweit haben die kantonalen Zivilgerichte ihre Zuständigkeit, das Bauvorhaben der Beschwerdeführerin auf seine Vereinbarkeit mit der Dienstbarkeit "Baubeschränkung" frei und unabhängig von rechtskräftigen Verwaltungsentscheiden betreffend § 238 Abs. 1 PBG/ZH zu prüfen, ohne Verletzung von Bundesrecht bejahen dürfen.

3.

3.1 Die zweite vor Bundesgericht erneuerte Rechtsfrage lautet, ob das Bauvorhaben der Beschwerdeführerin die dienstbarkeitsrechtliche Baubeschränkung verletzt (S. 5 Ziff. 3b), und zwar bezogen auf den Balkon, die Fenster, die fehlenden Fensterläden und die Dachgestaltung (S. 10 f. Ziff. II/2) sowie im Hinblick auf die Nutzungsaufteilung als Element der Siedlungscharakteristik (S. 11 ff. Ziff. II/3a-e der Beschwerdeschrift).

3.2 Die kantonalen Gerichte haben sich mit der Frage befasst, was unter den dienstbarkeitsrechtlich verbotenen Bauten zu verstehen sei, "die den Charakter der Siedlung verändern oder stören" (Bst. A.b oben). Das Bezirksgericht (E. IV/7 S. 19 ff.) hat insbesondere festgestellt, dass die Dachgestaltung der Siedlungscharakteristik grundlegend widerspreche, solle doch statt eines für die Siedlung durchgehend typischen Satteldachs ein Flachdach mit aufgesetztem Attikageschoss erstellt werden (E. IV/7j S. 23 des bezirksgerichtlichen Urteils).

Das Obergericht hat die Beurteilung geschützt und ebenfalls daran festgehalten, dass die Beschwerdeführerin ein Gebäude mit Flachdach plane, während die durchgehend vorhandenen Satteldächer das Siedlungsbild prägten (E. IV/A/3.6 S. 29 des angefochtenen Urteils).

3.3 Vorweg erblickt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Behauptungslast darin, dass Ausführungen der Beschwerdegegner vollständig fehlten, inwiefern und aufgrund welcher Umstände das Flachdach zu einer Störung oder unzulässigen Änderung führen würde (S. 10 f. Ziff. 2 der Beschwerdeschrift). Sie erhebt und begründet damit keine ausnahmsweise zulässigen Sachverhaltsrügen gegen die obergerichtliche Feststellung, dass die klagenden Beschwerdegegner in ihrer Klagebegründung und Replik die Dachgestaltung des geplanten Neubaus als dem Siedlungscharakter widersprechend kritisiert hätten (E. III/6.2 S. 15 des angefochtenen Urteils). Ihr Vorbringen erweist sich als unzulässig (Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 140 III 16 E. 1.3.1).

3.4 In der Sache macht die Beschwerdeführerin geltend, das Obergericht bringe lediglich vor, dass die vorhandenen Satteldächer das Ortsbild prägten. Inwiefern das Flachdach zu einer Störung oder unzulässigen Änderung führte, sei aufgrund dieser Aussage jedoch nicht ersichtlich. Das Attikageschoss springe allseitig zurück und sein Flachdach durchbreche das Profil eines Satteldaches nicht. Indem gleichsam die im Querschnitt dreieckige Spitze eines Satteldaches fehle,

trete das Gebäude deutlich weniger hoch in Erscheinung und sei der architektonische Ausdruck sehr zurückhaltend. Das Flachdach führe daher nicht zu einer Änderung des Siedlungscharakters. Jedenfalls genüge der blosser Hinweis darauf, dass die anderen Hauptgebäude Satteldächer hätten, nicht um eine Verletzung der Dienstbarkeit darzutun (S. 13 Ziff. 3d der Beschwerdeschrift).

Mit ihren Vorbringen vermag die Beschwerdeführerin keine Bundesrechtsverletzung darzutun. Sie widerspricht den obergerichtlichen Feststellungen nicht, dass Satteldächer das Siedlungsbild prägen, dass aber das von ihr geplante Gebäude ein Flachdach aufweist. Die Beschwerdeführerin hebt selber eigens hervor, ihrem Mehrfamilienhaus fehle die für Satteldächer charakteristische im Querschnitt dreieckige Spitze. Will die Dienstbarkeit aber unangefochten das Siedlungsbild mit ihren Satteldächern bewahren, verstösst ein Flachdach gegen die dienstbarkeitsrechtliche Baubeschränkung. Was das Obergericht mehr dazu hätte sagen sollen, ist nicht ersichtlich. Vielmehr hat es sich zu treffend an das unangefochtene Ergebnis seiner Auslegung gehalten. Wo die Baubeschränkung beispielsweise auf "maximal zwei Wohngeschosse" lautet, erweist sich das dritte Wohngeschoss als eines zu viel und dienstbarkeitswidrig, ohne dass es dazu weiterer Begründungen bedürfte (z.B. Urteil 5A_617/2009 vom 26. Januar 2010 E. 4.3-4.5, in: ZBGR 94/2013 S. 193).

Ohne aufgezeigte oder erkennbare Verletzung von Bundesrecht durfte das Obergericht schliesslich davon ausgehen, die Gestaltung des Dachs erscheine als wesentliches Merkmal des Siedlungscharakters, den die Dienstbarkeit "Baubeschränkung" schütze (siehe im Urteil des Bezirksgerichts die Orthofoto 2013 der Siedlung auf S. 5 und die Fotos charakteristischer Siedlungsbauten mit ihren Satteldächern auf S. 20 sowie im Vergleich dazu die Visualisierung des Bauvorhabens der Beschwerdeführerin auf S. 21, die einen Betonwürfel mit Flachdach zeigt). Verstösst das Bauvorhaben bereits gegen dieses zentrale Element, ist die Frage, ob auch weitere Merkmale, die die Siedlung charakterisieren, missachtet werden, nicht mehr zu erörtern.

3.5 Was das gerichtliche Verbot, das Bauvorhaben gemäss erteilter Baubewilligung auszuführen, angeht, erweist sich die Beschwerde aus den dargelegten Gründen als erfolglos.

4.

Die beantragte Gutheissung ihrer Widerklage begründet die Beschwerdeführerin mit der Abweisung der Klage der Beschwerdegegner

(S. 14 f. Ziff. II/4a-e der Beschwerdeschrift). Da diese Eventualität nicht eingetreten ist, erübrigt es sich, auf die Vorbringen zur Begründetheit der Widerklage einzugehen.

5.

Insgesamt muss die Beschwerde abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Die Beschwerdeführerin wird damit kosten-, nicht hingegen entschädigungspflichtig, da die Beschwerdegegner in der Sache nicht zur Vernehmlassung eingeladen worden sind und im Zwischenverfahren den Anträgen der Beschwerdeführerin zugestimmt haben (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 10'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, mitgeteilt.

Lausanne, 27. April 2022

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Herrmann

von Roten