

*Zivilrecht - Nachbarrecht - KGE (Einzelrichter der I. Zivilrechtlichen Abteilung) vom 15. März 2016, X. und Y. c. Z. und W.- TCV C1 15 146*

**Nachbarrecht: Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht**

- Entspricht ein Bauvorhaben den massgebenden kantonalen öffentlichrechtlichen Bauabstandsnormen, so liegt im Allgemeinen keine übermässige Einwirkung im Sinne von Art. 684 ZGB vor (E. 2.3).
- Die Rechtsfolgen einer Verletzung von Art. 144 Abs. 1 EGZGB richten sich wegen fehlender kantonalrechtlicher Normierung nach dem ZGB, u.a. nach Art. 679 Abs. 1 ZGB (E. 2.3.2). Nach dessen klarem Wortlaut setzt der Beseitigungsanspruch einen anhaltenden Schaden oder Nachteil voraus, welcher von der klagenden Partei zu behaupten und zu beweisen ist.
- Frage offen gelassen, ob ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Kläger gegeben ist, welches ihrer Klage entgegensteht (E. 2.4).

**Droit de voisinage : rapport entre droit public et droit privé**

- Si un projet de construction est conforme aux normes de droit public cantonal en matière de construction en vigueur, il n'y a en général pas d'atteinte excessive au sens de l'art. 684 CC (consid. 2.3).
- Vu l'absence de normes cantonales, les conséquences juridiques d'une violation de l'art. 144 al. 1 LACC sont régies par le CC, notamment par l'art. 679 al. 1 CC (consid. 2.3.2). Selon la teneur claire de cet article, l'action en cessation du dommage pré-suppose l'existence d'un dommage durable ou d'un inconvénient, à alléguer et prouver par la partie demanderesse.
- A été laissée ouverte la question de savoir si le demandeur a adopté un comportement abusif qui devrait conduire au rejet de l'action (consid. 2.4).

**Aus Sachverhalt und Erwägungen**

**1.3** Vorliegend findet das vereinfachte Verfahren Anwendung (Art. 243 Abs. 1 ZPO), in welchem grundsätzlich die Verfahrensregeln der Verhandlungsmaxime nach Art. 55 Abs. 1 ZPO gelten, d.h. die Parteien haben die Fakten und Beweise zusammen zu tragen und die entsprechenden Behauptungen aufzustellen, jedoch mit verstärkter Fragepflicht nach Art. 247 Abs. 1 ZPO (Brunner, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, N. 9 zu Art. 243 ZPO sowie N. 9 zu Art. 247 ZPO; Peter Schumacher, Der Richter als Freund und Helfer,

ZBJV 151/2015 S. 381 ff., 385 und 396 Ziff. 6.4.4 Abs. 2), welche bei einer anwaltlich vertretenen Partei indes stark gemildert ist (Bundesgerichtsurteil 4A\_73/2014 vom 19. Juni 2014 E. 6.3.1.2 [nicht publ. in BGE 140 III 312]). Jede Partei kann sich grundsätzlich zweimal unbeschränkt äussern, entweder im Rahmen eines doppelten Schriftenwechsels oder eines einfachen Schriftenwechsels mit anschließender Instruktionenverhandlung oder eines einfachen Schriftenwechsels und den ersten Parteivorträgen an der Hauptverhandlung; danach können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch nach den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO in den Prozess eingebracht werden (BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3).

(...)

**2.** Die (Berufungs-)Kläger und die (Berufungs-)Beklagten bewohnen benachbarte Liegenschaften im Ortsteil ... in der Gemeinde X. ist Eigentümerin der Parzelle A., Z. Eigentümerin der Parzelle B., die im Norden bzw. Süden eine gemeinsame Grenze haben. Beim Bau ihres Einfamilienhauses errichteten X. und Y. entlang dieser Grenze auf der Parzelle der Ehefrau eine zwischen 1.40 und 1.50 m hohe, nicht senkrechte, sondern zwischen 20 und 50 cm nach hinten „anziehende“ Blockwurfmauer (vgl. Ortsschauprotokoll), welche sie hinterfüllten, wodurch bei ihrem Haus ein flacher Vorplatz entstand. Die Berufungskläger machen im vorliegend zu beurteilenden Zivilverfahren geltend, die Berufungsbeklagten müssten gemäss Art. 144 EGZGB einen Mindestabstand von 1.50 m zur Parzellengrenze einhalten.

**2.1** Die Frage der Rechtmässigkeit der Blockwurfmauer und der Aufschüttung bildete bereits Gegenstand eines Verwaltungs-, Verwaltungsbeschwerde- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahrens.

Am 21. Dezember 2010 erteilte die Gemeinde X. und Y. die Bewilligung für den Bau ihres Einfamilienhauses. Während der Ausführung der Bauarbeiten intervenierten Z. und W. bei der Gemeinde X., weil ihrer Meinung nach die von den Eheleuten X. und Y. auf der Parzelle A. im Grenzbereich zur Nachbarsparzelle B. erstellte 1.50 m hohe Blockwurfmauer samt Aufschüttung nicht der Baubewilligung entsprach. Sie verlangten von der Gemeinde die sofortige Einstellung der entsprechenden Bauarbeiten und die Wiederherstellung des bewilligten Bauzustandes.

Die Gemeinde X. wies dieses Begehren am 29. April 2011 zurück mit der Begründung, einerseits entspreche der jetzige Zustand der Baubewilligung und andererseits sei der Bau von Stütz- und Futtermauern bis 1.50 m Höhe gemäss Art. 20 Ziff. 3 lit. b der kantonalen Bauverordnung (BauV) bewilligungsfrei. Eine von den Eheleuten Z. und W. dagegen erhobene Verwaltungsbeschwerde wies der Staatsrat am 1. Juni 2011 ab. Er erwog, die strittige Stützmauer sei weder grenzabstands- noch, aufgrund ihrer Höhe von maximal 1.50 m, bewilligungspflichtig. Hierauf gelangten Z. und W. mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an die Öffentlichrechtliche Abteilung des Kantonsgerichts. Diese befand in ihrem Urteil vom 14. März 2014 (A1 13 286), die „klassische“ und „ortsübliche“ Stützmauer, welche die Höhe von 1.50 m nicht übersteige und nicht Teil einer Gesamtbauete bilde, habe keinen Grenzabstand einhalten müssen und gemäss Art. 20 Ziff. 3 lit. b BauV auch keine Baubewilligung erfordert. Gleiches gelte gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Ziff. 3 lit. d BauV für die Terrainaufschüttung. Ausserdem gingen sowohl die Blockwurfmauer als auch die Terrainaufschüttung aus den Baugesuchsunterlagen hervor, womit sie mitbewilligt worden seien, wogegen die Beschwerdeführer nicht eingeschrieben hätten, was sie sich in Anwendung von Art. 44 Abs. 2 VVRG entgegenhalten lassen müssten. Zu Art. 144 Abs. 1 EGZGB hielt die Öffentlichrechtliche Abteilung des Kantonsgerichts fest, dass sich die Beschwerdeführer vergeblich darauf beriefen, weil es sich hierbei um Privatrecht handle und die Baubewilligungspflicht mit den entsprechenden Voraussetzungen nicht im EGZGB, sondern im BauG, in der BauV und im BZR geregelt sei. Dieses Urteil wurde nicht angefochten, womit rechtmässig entschieden ist, dass die erstellte Blockwurfmauer ebenso wie die vorgenommene Aufschüttung nach den einschlägigen Vorschriften des kantonalen öffentlichen Rechts, namentlich den Bestimmungen des kantonalen öffentlichen Baurechts, rechtmässig sind.

**2.2** Das Bezirksgericht gelangte im angefochtenen Urteil zum Schluss, dass die Öffentlichrechtliche Abteilung des Kantonsgerichts in ihrem Urteil den Streitgegenstand, der im vorliegenden Zivilverfahren zu beurteilen ist, bereits rechtskräftig entschieden hat und dass deren diesbezüglichen Erwägungen materielle Rechtskraft zukommt. Es räumte dem kantonalen öffentlichen Baurecht, das der Öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts zur Entscheidfällung im Bauverfahren diene, Vorrang ein gegenüber dem kantonalen privaten Baurecht (Art. 144 EGZGB), welches den rechtskräftigen Entscheid

nicht zu entkräften vermöge (angefochtenes Urteil E. 2.4.1 in fine). Schliesslich erachtete es das Urteil der Öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts als für die Zivilgerichte verbindlich (angefochtenes Urteil E. 3).

Das Bezirksgericht vermischt in seinen Erwägungen verschiedene rechtliche Aspekte bzw. Rechtsfragen. Nach Art. 59 Abs. 1 und 2 lit. e ZPO tritt das Gericht auf eine Klage nicht ein, wenn die Sache schon rechtskräftig entschieden ist. In ihrem Urteil hat sich die Öffentlichrechtliche Abteilung des Kantonsgerichts indes nicht einlässlich mit Art. 144 EGZGB befasst, sondern einzig festgehalten, dass diese Bestimmung Teil des Privatrechts bildet und deshalb im öffentlichen Baurecht nicht anwendbar ist. Eine *res iudicata* für das Zivilverfahren liegt somit nicht vor (vgl. auch ZWR 2006 S. 3 ff.). Der Regelungsinhalt des kantonalen öffentlichen Baurechts und des kantonalen privaten Nachbarrechts muss denn auch nicht zwingend derselbe sein. Eine andere Frage ist jene nach dem Vorrang bzw. dem Verhältnis zwischen öffentlichem und privatem Recht zueinander, insbesondere wenn diese beiden Rechtsgebiete den gleichen Sachverhalt unterschiedlich regeln.

**2.3** Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts, also auch des Sachenrechts inklusive Beschränkung des Grundeigentums und des Nachbarrechts, ist Sache des Bundes (Art. 122 Abs. 1 BV). Art. 686 ZGB ermächtigt nun aber die Kantone, die Abstände festzusetzen, die bei Grabungen und Bauten zu beobachten sind (Abs. 1) und - generell - weitere Bauvorschriften aufzustellen (Abs. 2). Hierbei handelt es sich um einen echten Vorbehalt, der die Kantone zur Ordnung des gesamten privaten Baurechts befugt (BGE 129 III 161 E. 2.4). Mehrheitlich billigt die Lehre den Kantonen ebenfalls die Kompetenz zu, selber die Sanktionen für die Verletzung ihrer privatrechtlichen Bauvorschriften zu normieren (vgl. Meier-Hayoz, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 3. A., 1975, N. 120 zu Art. 685/686 ZGB; Rey/Strebel, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar ZGB II, 5. A., 2015, N. 24 zu Art. 685/686 ZGB; Sutter-Somm, in: Chappuis et al. [Hrsg.], Schweizerisches Privatrecht V/1, Eigentum und Besitz, 2. A., Basel 2014, N. 781). Die Rechtsfolgen der Missachtung kantonaler privatrechtlicher Bauvorschriften richten sich dann nach dem Bundesrecht, wenn der Kanton es unterlassen hat, diese selber zu legiferieren. Art. 685 Abs. 2 ZGB verweist in diesem Zusammenhang auf die Bestimmungen betreffend überragende Bauten (Art. 674

ZGB), welche Vorschriften in jenen Fällen Anwendung finden, in denen es sich um zwar schädigende, jedoch zeitlich abgeschlossene Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Grabungen und Bauten handelt, die keine aktuelle Gefährdung mehr darstellen. Dauert hingegen die schädigende Handlung an oder droht eine solche, stehen dem Nachbarn die Klagen nach Art. 679 ZGB offen (Rey/Strebel, a.a.O., N. 27 ff. zu Art. 685/686 ZGB; Sutter-Somm, a.a.O., N. 787 f.; Meier-Hayoz, a.a.O., N. 127 f. zu Art. 685/686 ZGB).

Heute regeln die Kantone ihre Bauvorschriften allerdings vermehrt in ihrem öffentlichen Recht, womit dieses gegenüber dem kantonalen privaten Baurecht zunehmend an Bedeutung gewinnt. Was das kantonale öffentliche Baurecht anbelangt, werden die Kantone in ihren Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt (Art. 6 ZGB). Grundsätzlich sind die Kantone gehalten, öffentliches und privates Recht zu harmonisieren (BGE 138 III 49 E. 4.4.2 und 132 III 49 E. 2.2; vgl. auch BGE 132 III 6). Denn das Recht als Ganzes bildet eine Einheit (vgl. Forstmoser/Vogt, Einführung in das Recht, 5. A., Bern 2012, § 4 N. 5). Diese Einheit der Rechtsordnung verlangt, dass die einzelnen Rechtsgebiete grundsätzlich derart aufeinander abzustimmen sind, dass ihre Anwendung nicht zu rechtlich unterschiedlichen bzw. widersprüchlichen Resultaten führt. Entspricht ein Bauvorhaben den massgebenden kantonalen öffentlichrechtlichen Bauabstandsnormen, so liegt im Allgemeinen keine übermässige Einwirkung im Sinne von Art. 684 ZGB vor (BGE 138 III 49 E. 4.4.2, 132 III 49 E. 2.2 in fine und 129 III 161 E. 2.6; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A., Zürich/Basel/Genf 2015, § 102 N. 23 FN 32).

Gestützt auf Art. 686 ZGB regelt der Kanton Wallis in seinem EGZGB im „2. Titel: Ergänzendes und organisatorisches kantonales Recht“ in dessen „1. Kapitel: Bestimmungen des ergänzenden kantonalen Rechts“ unter „g) Nachbarrecht im Allgemeinen“ in Art. 144 „Aufschüttungen und Erdarbeiten“. Nach dessen Abs. 1 kann der Bodeneigentümer das Bodenniveau nur erhöhen, wenn er zur Grenze den gleichen Abstand einhält. Im kantonalen Recht nicht geregelt sind die Rechtsfolgen der Verletzung dieser Abstandsvorschrift. Abs. 2 des genannten Gesetzesartikels behält „ausserdem“ die Bestimmungen des öffentlichen Baurechts vor. Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich nicht ohne weiteres, was gilt, wenn Art. 144 Abs. 1 EGZGB und das öffentliche kantonale Baurecht zu divergierenden Ergebnissen führen.

An der Grenze gebaut werden dürfen Umzäunungen in Form von Mauern bis zu einer Höhe von 1.50 m; erst wenn sie diese Höhe übersteigen, müssen sie um die Hälfte der Überhöhe weiter von der Grenze entfernt sein (Art. 152 Abs. 2 EGZGB).

**2.3.1** Die Öffentlichrechtliche Abteilung des Kantonsgerichtes hat rechtskräftig entschieden, dass die errichtete Blockwurfmauer und die vorgenommene Aufschüttung laut kantonalem öffentlichem Baurecht rechtmässig sind. Indem die Blockwurfmauer zwar auf der Parzelle der Berufungsbeklagten, aber unmittelbar an der Grenze zum Nachbargrundstück der Berufungsklägerin errichtet und hinterfüllt wurde, respektiert die Aufschüttung den in Art. 144 EGZGB statuierten Mindestabstand aber nicht. Problematisch ist dabei nicht so sehr der Bau der Mauer als solcher, da er laut Art. 152 Abs. 2 EGZGB an sich zulässig ist, sondern die gleichzeitig vorgenommene Terrainerhöhung mittels Aufschüttung. Ob nun bereits der blosse Vorbehalt des kantonalen öffentlichen Baurechts in Abs. 2 der hier strittigen Bestimmung diesem den Vorrang einräumt oder ob ein solcher, wie es die Vorinstanz getan hat, aus der Gesetzgebungstendenz der Kantone, das Baurecht primär in ihrem öffentlichen Recht zu statuieren, oder aus dem Harmonisierungsauftrag oder aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen kantonalem Baurecht und dem bundeszivilrechtlichen Immissionenschutz von Art. 684 ZGB (vgl. vorstehende E. 2.3 Abs. 2) abzuleiten ist, kann vorliegend aus nachstehenden Erwägungen offen bleiben.

**2.3.2** Wegen fehlender kantonalechtlicher Normierung beurteilen sich die Rechtsfolgen einer Verletzung von Art. 144 Abs. 1 EGZGB nach dem ZGB, u.a. nach dessen Art. 679 Abs. 1, auf welchen sich die Berufungskläger berufen. Laut dieser Vorschrift kann derjenige, der dadurch geschädigt oder mit Schaden bedroht wird, dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet, auf Beseitigung der Schädigung oder auf Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen. In casu verlangen die Berufungskläger die Rückversetzung der in ihren Augen unrechtmässigen Blockwurfmauer bzw. Aufschüttung. Nach dem klaren Gesetzeswortlaut setzt der Beseitigungsanspruch einen Schaden voraus, jedenfalls einen „Nachteil“, eine „Beeinträchtigung“ bzw. eine „Verletzung rechtlich geschützter Interessen“ (so Meier-Hayoz, a.a.O., N. 6 zu Art. 679 ZGB). Die Eigentumsüberschreitung als solche, hier die Verletzung der kantonalen privatrechtlichen Abstandsvorschrift durch die Terrain-

aufschüttung, und der durch sie bewirkte Schaden bzw. Nachteil - im Nachbarrecht regelmässig Immissionen, auch negative wie Entzug von Licht, Luft und Sonnenbestrahlung oder die Beeinträchtigung der Sicht - sind dabei auseinanderzuhalten (Meier-Hayoz, a.a.O., N. 94 zu Art. 679 ZGB).

Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 679 ZGB ist das Anhalten einer Schädigung. In casu wurde ein einfacher Schriftenwechsel mit anschliessender Instruktionsverhandlung durchgeführt, an welcher die Parteien sich letztmals unbeschränkt äussern durften (vgl. vorstehende E. 1.3). Vorliegend haben die Berufungskläger jedoch weder in ihrer „Klage/Gesuch“ noch an der Instruktionsverhandlung je gehörig behauptet, geschweige denn bewiesen, dass ihnen durch das als unrechtmässig beanstandete Bauwerk ein Schaden entstanden ist. Der blosser Hinweis auf die Nichteinhaltung des gesetzlichen Abstands, d.h. auf die Eigentumsüberschreitung, genügt nicht. Selbst wenn im vereinfachten nicht die gleiche prozessuale Strenge wie im ordentlichen Verfahren gilt, erfolgen die Feststellung des Sachverhaltes und die Beweiserhebung gerade nicht von Amtes wegen. Insbesondere bei anwaltlicher Vertretung obliegt es der klagenden Partei, dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (vgl. vorstehende E. 1.3). Die Berufungskläger machen denn auch nicht geltend, der Bezirksrichter sei seiner Fragepflicht nicht nachgekommen. Mangels eines behaupteten und bewiesenen Schadens ist die Klage daher in jedem Falle abzuweisen.

Hinweise auf einen möglichen Schaden finden sich erst bzw. nur im Ortsschauprotokoll und in den Antworten des Berufungsklägers in seiner Parteibefragung. Da indes das Beweisverfahren dem Beweis behaupteter und in der Folge bestrittener Tatsachenbehauptungen dient und nicht dazu da ist, um versäumte Tatsachenbehauptungen nachzuschieben (vgl. Art. 229 ZPO), muss dies unberücksichtigt bleiben. Selbst wenn man aber Ortsschauprotokoll und Parteiaussage beiziehen wollte, liesse sich damit ein Schaden nicht belegen. Bei der Ortsschau behauptete der Berufungskläger, manchmal rinne Wasser aus der Mauer heraus und versickere vor den Randsteinen an der Grenze. Bei seiner Parteibefragung antwortete er auf die Frage seines Rechtsvertreters, inwieweit er durch die entlang der Parzelle A. erstellte Blockwurfmauer beeinträchtigt werde, dass in den ersten Jahren aus der Mauer Dreck gekommen sei und dass das aus der

Mauer herausrinnende Wasser auf seiner Parzelle versickere. Ästhetisch sei die Mauer überhaupt nicht schön. Er habe nicht mehr dieselbe Sicht wie zuvor resp. wie bei einer zurückversetzten Böschungsmauer. Sogar nach der Darstellung des Berufungsklägers trat der Dreck bloss in den ersten Jahren aus der Mauer heraus, womit dieser Punkt heute kein Problem mehr ist und keinen Schaden darstellt, der mittels der Beseitigungsklage behoben werden könnte. In Bezug auf die Häufigkeit und den Umfang des Dreckaustritts wäre diese Behauptung ohnehin nicht ausreichend substantiiert. Das gilt ebenso für das angeblich aus der Mauer herausrinnende und im Grenzbereich bzw. auf der Liegenschaft der Berufungsklägerin versickernde Wasser. Inwieweit die Berufungskläger dadurch zu Schaden kommen sollen, ist sodann nicht ersichtlich (vgl. dazu auch Art. 689 ZGB sowie Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, a.a.O., § 102 N. 53 ff.). Die mangelnde Ästhetik eines Bauwerkes vermag ihrerseits kaum je einen Schaden für die Nachbarn bzw. deren Grundstück zu begründen. Befremdend ist in diesem Zusammenhang, dass die Berufungskläger auf ihrer Parzelle auf der Nordseite, wenn auch angeblich in Absprache mit ihren dortigen Nachbarn, ebenfalls eine Blockwurfmauer erstellt haben, so dass es nicht glaubhaft erscheint, dass sie sich an deren Bauweise bzw. Anblick stören. Vage bleibt der Berufungskläger schliesslich, wenn er die Einschränkung der Sicht durch die Böschungsmauer bemängelt. Beweis wurde darüber nicht abgenommen und mit den hinterlegten Fotos ist eine massgebliche Beeinträchtigung der Sicht nicht belegt. Überdies waren laut Berufungskläger auf der einen Hälfte entlang der Mauer bereits vor deren Errichtung Thujen angepflanzt, welche das strittige Bauwerk überragen, was ebenfalls gegen eine relevante Sichtbeschränkung spricht. Mithin ist die Klage auch bei Berücksichtigung der Aussagen des Berufungsklägers abzuweisen.

**2.4** An der Instruktionsverhandlung hatten die (Berufungs-)Beklagten die Behauptung aufgestellt, dass die (Berufungs-)Kläger einen Zaun und einen Betonstreifen auf ihrem Grundeigentum erstellt hätten, was Letztere bestritten. An der Ortsschau stellte der instruierende Bezirksrichter-Substitut fest, dass die Hälfte des Fundamentes des Kopfsteinbandes der (Berufungs-)Kläger auf der Nachbarparzelle der (Berufungs-)Beklagten liegt. Der (Berufungs-)Kläger machte geltend, dies sei mit dem Einverständnis des Voreigentümers erfolgt. Einen entsprechenden Vertrag brachte er jedoch nicht bei und eine derartige dingliche Berechtigung ist im Grundbuch nicht eingetragen. Da die

Klage ohnehin abzuweisen und das vormalige Eventualbegehren der (Berufungs-)Beklagten nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet, braucht nicht geprüft zu werden, ob das Verhalten der (Berufungs-)Kläger - Geltendmachung der Abstandsvorschriften von Art. 144 Abs. 1 EGZGB gegenüber der Nachbarin, auf deren Parzelle sie ohne dingliche Berechtigung ihrerseits einen Teil eines Fundamentes gebaut haben - auch unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 ZGB) keinen Rechtsschutz verdient.