[Briefkopf Anwaltskanzlei]

**Einschreiben**

Regionalgericht Bern-Mittelland

Zivilabteilung

Effingerstrasse 34

3008 Bern

Bern, 1. Februar 2016

Klage

für

einfache Gesellschaft Ehegatten X bestehend aus

Frau [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort] Kläger

Herr [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

vertreten durch Rechtsanwältin [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

gegen

Y AG, [Adresse], [Ort] Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

betreffend Verletzung Baubeschränkung, Art. 737 Abs. 3 ZGB und Art. 738 ZGB

RECHTSBEGEHREN

* 1. Die Beklagte sei unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall zu verpflichten, jegliche Arbeiten, Massnahmen oder Vorkehren zur Aufstockung des Dachgeschosses der Liegenschaft Nr. 14 auf dem Grundstück B-GBBl. Nr. 14 zu unterlassen.
  2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten.

BEGRÜNDUNG

I. Formelles

* 1. Die Ansprüche der Beklagten stützen sich auf eine Baubeschränkungsdienstbarkeit zu Gunsten des Grundstücks B-GBBl. Nr. 10 und zu Lasten des Grundstücks B-GBBl. Nr. 14.
  2. Der Belegenheitsort des belasteten Grundstücks Nr. 14 ist in B., im Kanton Bern (vgl. Grundbuchauszug B-GBBl. Nr. 14 vom 1. Februar 2016, Beilage 1). Die Gerichtsbehörden der Gerichtsregion Bern-Mittelland sind nach Art. 29 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. Art. 39a Ziffer 4 OrG/BE zur Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit örtlich zuständig.

BO: Grundbuchauszug B-GBBl. Nr. 14 vom 01.02.2016 Beilage 1

BO: Die nachgenannten

Bemerkung 1: Nach Art. 29 Abs. 1 lit. a ZPO liegt die örtliche Zuständigkeit des Gerichts für dingliche Klagen am Ort, an dem das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist oder aufzunehmen wäre. Eine Klage ist dinglich, wenn sie aus einem Rechtsverhältnis hervorgeht, dessen Gehalt sich nicht in der Leistung eines bestimmten Schuldners erschöpft und das daher nicht nach Leistungserfüllung beendet wird, sondern weiterhin Wirkungen entfaltet (BSK ZPO-Tenchio, Art. 29 N 10). Die Klage wegen Verletzung einer Grunddienstbarkeit (actio confessoria, Unterlassungs- und Beseitigungsklage) ist dinglicher Natur, weil sich der Anspruch aus der Dienstbarkeit nicht mit einer obligatorischen Leistung tilgen lässt.

Bemerkung 2: Bei Grunddienstbarkeiten ist für die örtliche Zuständigkeit auf die Lage des belasteten Grundstücks abzustellen, da die Eintragung am Ort des belasteten Grundstücks für den Bestand der dienstbarkeitlichen Belastung massgebend ist (BSK ZPO-Tenchio, Art. 29 N 13a).

Bemerkung 3: Der Gerichtsstand ist nicht zwingend, d.h. Einlassung und Gerichtsstandvereinbarungen sind möglich.

Bemerkung 4: Nach Art. 13 lit. a ZPO gilt die örtliche Zuständigkeit am Belegenheitsort des belasteten Grundstücks (Ort der Hauptsachenzuständigkeit) auch für Gesuche um Anordnung vorsorglicher Massnahmen.

* 1. Das Regionalgericht Bern-Mittelland ist nach Art. 4 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 8 Abs. 1 EG ZSJ/BE, zur Beurteilung der vorliegenden Klage sachlich zuständig.

Bemerkung 5: Nach Art. 81 Abs. 4 und GSOG/BE urteilt das Regionalgericht als Einzelgericht mit Vorsitz des/der Gerichtspräsidenten/Gerichtspräsidentin.

* 1. Die von der Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland mit Eröffnung der Klagebewilligung vom 2. November 2015 beginnende dreimonatige Frist zur Anhebung der Klage ist mit heutiger Eingabe gewahrt (vgl. Klagebewilligung vom 2. November 2015, Beilage 2).

BO: Klagebewilligung vom 02.11.2015 Beilage 2

BO: Die vor- und nachgenannten

Bemerkung 6: Entsprechend BGE 138 III 615 E. 2 gilt der Fristenstillstand nach Art. 145 Abs. 1 ZPO auch für die Frist zur Einreichung der Klage gemäss Klagebewilligung. Die dreimonatige Frist zur Einreichung der Klage steht vorliegend somit vom 18. Dezember 2015 bis und mit dem 2. Januar 2016 während 16 Tagen still.

* 1. Der Minderwert des Grundstücks der Beklagten beträgt aufgrund der Baubeschränkung schätzungsweise CHF 40'000.00 (vgl. Kurzgutachten AAA Architekten vom 5. Januar 2016, Beilage 3). Der Nutzungswert der Baubeschränkung für das Grundstück der Kläger liegt tiefer, was gemäss Gutachten auf den bereits bestehenden Estrich des Gebäudes der Beklagten (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 8) zurückzuführen ist (vgl. Beilage 3). Beim vorliegenden Streitwert von CHF 40'000.00 beurteilt sich die Streitigkeit im ordentlichen Verfahren (Art. 243 Abs. 1 ZPO e contrario).

BO: Kurzgutachten AAA Architekten vom 05.01.2016 Beilage 3

BO: Die vor- und nachgenannten

Bemerkung 7: Der Streitwert einer Klage bemisst sich nach dem Rechtsbegehren. Wenn dieses nicht auf eine bestimmte Geldsumme lautet und sich die Parteien diesbezüglich nicht einig sind, schätzt das Gericht den Streitwert. Bei Grunddienstbarkeiten sind die ökonomischen Auswirkungen einer Dienstbarkeit massgebend, die sowohl dem Nutzungswert für die Kläger als auch aus dem Minderwert des belasteten Grundstücks entsprechen können (OGer ZH NP140019 vom 07.01.2015; BGer 5A\_677/2011 vom 14.12.2011 E. 1). Massgebend ist der höhere der beiden Werte.

* 1. Die unterzeichnende Rechtsanwältin ist gehörig bevollmächtigt und legitimiert sich durch Anwaltsvollmacht vom 29. Juli 2015 (vgl. Anwaltsvollmacht vom 29. Juli 2015, Beilage 4).

BO: Anwaltsvollmacht vom 29.07.2015 Beilage 4

BO: Die vor- und nachgenannten

**II. Materielles**

**A. Sachverhalt**

**a) Baubeschränkung**

* 1. Mit Kaufvertrag vom 1. März 2005 haben die Kläger als einfache Gesellschaft das Grundstück B-GBBl. Nr. 10 mit dem darauf gelegenen Wohnhaus in der Einwohnergemeinde B erworben (vgl. Kaufvertrag vom 1. März 2005 für das Grundstück B-GBBl. Nr. 10, Beilage 5). Im Grundbuch ist als Recht aus Grunddienstbarkeit unter anderen zu Lasten des Grundstücks B-GBBl. Nr. 14 eine Baubeschränkung, welche vom 1. März 1985 datiert, eingetragen (vgl. Grundbuchauszug B-GBBl. Nr. 10 vom 1. Februar 2016, Beilage 6). Im entsprechenden Dienstbarkeitsvertrag zwischen den damaligen Grundeigentümern der an die Z-Strasse grenzenden Grundstücke B-GBBl. Nrn. 2, 6, 10, 12, 14 und 18 vom 13./15./25. Februar 1985 wird die Baubeschränkung wie folgt beschrieben (vgl. Dienstbarkeitsvertrag vom 13./15./25. Februar 1985, Beilage 7):

«[…]

2. Baubeschränkung

Die Eigentümer der an die Z-Strasse angrenzenden Grundstücke verpflichten sich gegenseitig, auf den bezeichneten Grundstücken keine Bauten zu errichten, welche mehr als zwei Geschosse aufweisen.

Die maximale Gebäudehöhe von 7 Metern, gemessen vom gewachsenen Boden bis zur Schnittlinie der Fassadenflucht mit Oberkante des Dachsparrens, darf nicht überschritten werden.

Die Baubeschränkung ist als Grunddienstbarkeit im Grundbuch wie folgt einzutragen:

- Als Recht und Last auf B-GBBl. Nr. 2 zugunsten Nrn. 6, 10, 12, 14, 18.

- Als Recht und Last auf B-GBBl. Nr. 6 zugunsten Nrn. 2, 10, 12, 14, 18.

- Als Recht und Last auf B-GBBl. Nr. 10 zugunsten Nrn. 2, 6, 12, 14, 18.

- Als Recht und Last auf B-GBBl. Nr. 12 zugunsten Nrn. 2, 6, 10, 14, 18.

- Als Recht und Last auf B-GBBl. Nr. 14 zugunsten Nrn. 2, 6, 10, 12, 18.

- Als Recht und Last auf B-GBBl. Nr. 18 zugunsten Nrn. 2, 6, 10, 12, 14.

[…]»

BO: Kaufvertrag vom 01.03.2005 für das Grundstück B-GBBl. Nr. 10 Beilage 5

BO: Grundbuchauszug B-GBBl. Nr. 10 vom 01.02.2016 Beilage 6

BO: Dienstbarkeitsvertrag vom 13./15./25.02.1985 Beilage 7

BO: Die vor- und nachgenannten

b) Bauprojekt der Beklagten

* 1. Auf dem Grundstück B-GBBl. Nr. 14 befindet sich ein renovationsbedürftiges Wohnhaus, welches über ein Erdgeschoss, ein Obergeschoss und einen kleinen Estrich verfügt. Die Beklagte hat als Eigentümerin des belasteten Grundstücks B-GBBl. Nr. 14 am 28. Juli 2015 die Baubewilligung erhalten für die Aufstockung des Dachgeschosses (vgl. Baubewilligung vom 28. Juli 2015, Beilage 8). Gemäss dem bewilligten Bauprojekt beabsichtigt die Beklagte die Gesamterneuerung des Dachs und die Isolation der Aussenwände (vgl. Baugesuch vom 5. Dezember 2014, Beilage 9). Zudem ist der Einbau von zwei grossen Dachfenstern auf der Südseite (vgl. Plan Südfassade, Beilage 10) sowie zweier Lukarnen auf der Nordseite vorgesehen (vgl. Plan Nordfassade, Beilage 11). Die Baubewilligungsbehörde hat die Rechtsverwahrung der Kläger bei Erteilung der Baubewilligung angemerkt und der Beklagten als Bauherrin zur Kenntnis gebracht.

BO: Baubewilligung vom 28.07.2015 Beilage 8

BO: Baugesuch vom 05.12.2014 Beilage 9

BO: Plan Südfassade Beilage 10

BO: Plan Nordfassade Beilage 11

BO: Die vor- und nachgenannten

Bemerkung 8: Die Rechtsverwahrung ist nicht Voraussetzung zur Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche. Die Anmerkung bezweckt die Vormerkung zivilrechtlicher Ansprüche im Bauverfahren und deren Bekanntgabe gegenüber dem Bauherrn.

**c) Prozessverlauf**

* 1. Die Kläger reichten in der Folge bei der Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland ein Schlichtungsgesuch ein und verlangten das Verbot zur Aufstockung des Dachgeschosses der Liegenschaft auf dem Grundstück B-GBBl. Nr. 14. Die Beklagte vertrat in ihrer Stellungnahme zum Schlichtungsgesuch den Standpunkt, die Baubeschränkung werde durch das bewilligte Projekt nicht verletzt, die Baubewilligung sei mittlerweile in Rechtskraft erwachsen und weiteres Zuwarten mit dem Ausbau hätte für sie zusätzliche Kosten zur Folge, namentlich höhere Baukreditzinsen. Deshalb beabsichtigten sie im Frühjahr 2016 mit der Realisierung des Projektes zu beginnen.
  2. Die Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland stellte nach der erfolglosen Verhandlung die Klagebewilligung aus (vgl. Beilage 2).

**B. Rechtliches**

**a) Aktivlegitimation**

* 1. Die Aktivlegitimation zur actio confessoria nach Art. 737 ZGB steht dem Eigentümer des berechtigten Grundstücks zu (ZK ZGB-Liver, Art. 737 N 183). Die einfache Gesellschaft Ehegatten X, d.h. die Gesamteigentümer Frau und Herr X, sind als notwendige Streitgenossenschaft aktivlegitimiert.

Bemerkung 9: Massgebend für die Legitimation ist der Tagebucheintrag im Zeitpunkt der Klageeinreichung (BGer 5A\_155/2012 vom 29.05.2012 E. 3.5.2).

**b) Passivlegitimation**

* 1. Passivlegitimiert ist jeder Dritte, welcher die Dienstbarkeit verletzt oder in Frage stellt (BGE 91 II 339 E. 2). Die Beklagte hat die Baubeschränkung in Frage gestellt, indem sie das Baugesuch zur Aufstockung des Dachgeschosses stellte (vgl. Beilage 9). Sie hat ihre Absicht kundgetan, zusätzlich zu den zwei bestehenden Wohngeschossen ein drittes Wohngeschoss zu erstellen, da die Kniewandhöhe gemäss Baugesuch auf mehr als 1.20 Meter angehoben werden soll. Anlässlich der Aussprache zwischen den Parteien im Frühjahr 2014 und im Schlichtungsverfahren hat die Beklagte zudem explizit die Realisierung des Bauprojekts nach Erhalt der Bewilligung bzw. im Frühjahr 2016 in Aussicht gestellt (Parteibefragung).

c) Voraussetzungen Klage aus Verletzung einer Dienstbarkeit

* 1. Nach Art. 737 Abs. 3 ZGB darf der Belastete nichts vornehmen, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert. Ausgangspunkt bildet der Umfang der Dienstbarkeit, der anhand einer Stufenordnung bestimmt wird.

**d) Inhalt und Umfang der Baubeschränkung**

**Grundbucheintrag**

* 1. Der Umfang der Dienstbarkeit bestimmt sich primär nach dem Grundbucheintrag. Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrag deutlich ergeben, ist nur dieser massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB).

Bemerkung 10: So ist eine Dienstbarkeit, die eine erlaubte Bauhöhe in einer genauen Masszahl ausdrückt, absolut zu verstehen. Diese muss eingehalten werden, ohne dass die Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks im Einzelfall abgeklärt werden (BGE 115 II 434 E. 2).

* 1. Das beschreibende Stichwort für die Dienstbarkeit lautet gemäss Grundbucheintrag des berechtigten Grundstücks Nr. 10 «Baubeschränkung» (vgl. Beilage 6). Der Grundbucheintrag gibt vorliegend somit keinen Aufschluss über den genauen Inhalt und den Umfang der Beschränkung.
  2. Für die Bestimmung des Dienstbarkeitsumfangs muss deshalb nach Art. 738 Abs. 2 ZGB auf den Erwerbsgrund zurückgegriffen werden (BGE 108 II 542 E. 2).

**Erwerbsgrund**

Bemerkung 11: Beim Erwerbsgrund handelt es sich um den Begründungsakt der Dienstbarkeit, der als Beleg beim Grundbuchamt aufbewahrt wird (Art. 948 Abs. 2 ZGB). Die Begründung einer Dienstbarkeit kann auch im Rahmen eines Kaufvertrages erfolgen.

* 1. Die Auslegung des Erwerbstitels erfolgt nach dem Vertrauensprinzip. Die im Erwerbstitel zum Ausdruck gelangenden Willenserklärungen der Parteien sind in dem Sinne massgebend, in dem sie von einem aufmerksamen, sachlich denkenden Menschen nach Treu und Glauben verstanden werden (Eschmann, Auslegung, S. 50–52).
  2. Der Dienstbarkeitsvertrag vom 13./15./25. Februar 1985 (vgl. Beilage 7) hält in Ziffer 2 fest, dass nicht mehr als zwei Geschosse gebaut werden dürfen *(«mehr als zwei Geschosse aufweisen»).* Der Wortlaut «Geschoss» schliesst sowohl Erd-, als auch Ober- und Dachgeschosse ein.
  3. Auch der Zweck der Dienstbarkeit deckt sich mit dieser Auslegung. Der Dienstbarkeitsvertrag zwischen den Eigentümern der Grundstücke an der Z-Strasse wurde im Kontext der Inkraft-setzung des neuen Zonenplans der Gemeinde B abgeschlossen. Das Gebiet um die Z-Strasse wurde neu der Wohnzone W3 zugewiesen, in welcher die maximale Gebäudehöhe 10 Meter beträgt und dreigeschossige Wohnbauten zulässig sind.
  4. Mit der Baubeschränkung bezweckten die Unterzeichnenden gemäss Ziffer 1.5 des Vertrages *«den Charakter des Wohngebiets an der Z-Strasse zu bewahren»* (vgl. Beilage 7). Zu diesem Zweck begrenzten sie nicht nur die maximal zulässige Geschosszahl der Gebäude an der Z-Strasse, sondern vereinbarten auch die Bauhöhebeschränkung von maximal 7 Metern in Ziffer 2 des Dienstbarkeitsvertrages vom 13./15./25. Februar 1985.
  5. Die vorliegende Auslegung stimmt schliesslich auch mit derjenigen aus dem öffentlichen Recht überein. Gemäss Art. 33 des Baureglements der Gemeinde B zählen das Erd- und die Obergeschosse als Vollgeschosse. Das Dachgeschoss zählt als Vollgeschoss, wenn die Kniewandhöhe in der Fassadenflucht von oberkant Dachgeschossfussboden bis oberkant Dach-sparren (nachfolgend: «Kniewandhöhe») 1.20 m oder mehr beträgt. Mit der vorliegend geplanten Aufstockung des Estrichgeschosses wird die Kniewandhöhe von 1.20 m überschritten und die Liegenschaft würde nach dem Ausbau drei Geschosse aufweisen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die maximal zulässige Bauhöhe von 7 m eingehalten wurde oder nicht. Jede der beiden Baubeschränkungen ist selbständig und isoliert zu betrachten.
  6. Weil sich der Umfang der Dienstbarkeit vorliegend eindeutig aus dem Erwerbsgrund, d.h. vorliegend dem Dienstbarkeitsvertrag vom 13./15./25. Februar 1985 ergibt, sind die Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks für die Bestimmung des Umfangs der Dienstbarkeit nicht relevant und dürfen auch nicht in die Beurteilung des Umfangs einfliessen (BGE 115 II 434 E. 2.c).

Bemerkung 12: Die Pflicht zur schonenden Ausübung einer Dienstbarkeit («servitus civiliter exercenda») nach Art. 737 Abs. 2 ZGB schränkt den Umfang derselben nicht ein (vgl. BGE 137 III 145 E. 5.5).

**Natürliche Publizität**

* 1. Der bestehende Estrichausbau der Liegenschaft der Beklagten begründet keinen Anspruch auf den Bau eines dritten Geschosses. Der bestehende Estrich ist kein drittes Geschoss, weil die Kniewandhöhe schätzungsweise maximal 50 cm beträgt. Von aussen betrachtet wird der Estrich heute auch nicht als Geschoss wahrgenommen, weil er optisch im bestehenden Satteldach eingebettet ist. Die zulässige Geschossanzahl wird aktuell somit gar nicht überschritten. Die Beklagte kann daher nicht geltend machen, dass die geplante Aufstockung nur einer Erhaltung der bereits bestehenden Baute entspreche, da das Dach offensichtlich erhöht wird.

e) Verletzung

* 1. Aus dem Grundbucheintrag und dem Erwerbsgrund ergibt sich, dass die Baubeschränkung die Aufstockung des Estrichgeschosses der betroffenen Liegenschaft verbietet. Aus dem Grundsatz der natürlichen Publizität kann die Beklagte keinen Anspruch auf Erweiterung des Estrichs ableiten.
  2. Das Bauprojekt der Beklagten zur Aufstockung des Dachgeschosses (vgl. Beilage 9) verletzt somit die Baubeschränkungsdienstbarkeit der Kläger.

**f) Beantragte Massnahmen des Gerichts**

* 1. Nach Art. 737 Abs. 3 ZGB steht den Klägern der Anspruch zu, der Beklagten alles zur verbieten, was die Baubeschränkungsdienstbarkeit verletzt. Wie nachfolgend dargelegt, kann eine Verletzung der Dienstbarkeit der Kläger vorliegend nur mit einem umfassenden Verbot unterbunden werden.
  2. Der Zweck der im Jahre 1985 errichteten Baubeschränkung bestand darin, die Geschosszahl der Liegenschaften an der Z-Strasse zu beschränken (sog. «Villendienstbarkeit»). Würde die Aufstockung des Dachgeschosses genehmigt, führte dies unweigerlich zu einer massgeblichen Beeinträchtigung des Erscheinungsbildes der Liegenschaft Nr. 14. Durch Erhöhung des Daches, die Lukarnen und die Dachfenster würde die Nutzung der Liegenschaft Nr. 14 gegen aussen erkennbar auf drei Geschosse ausgedehnt, was sich massgebend auf das Erscheinungsbild und den Charakter der Z-Strasse auswirken würde. Jede Aufstockung des Dachgeschosses würde einem Ausbau des Estrichs zu einem dritten Geschoss gleichkommen und somit die Baubeschränkung verletzen.
  3. Der aus der Baubeschränkungsdienstbarkeit fliessende Anspruch der Kläger bedingt daher das Verbot der Realisierung des geplanten Dachaufbaus. Das Verbot muss sämtliche Arbeiten, Massnahmen oder Vorkehren zur Aufstockung des Daches beinhalten, um eine Verletzung des klägerischen Dienstbarkeitsanspruchs wirksam abwenden zu können. Um einer Umgehung des Verbotes durch die Beklagte mittels einer leicht veränderten Bauprojekteingabe wirksam zu begegnen, ist das Verbot auf sämtliche Aufstockungsprojekte auszudehnen.

**C. Kosten**

* 1. Bei beantragtem Verfahrensausgang sind die Kosten nach Massgabe von Art. 106 ZPO der Beklagten aufzuerlegen.

Damit sind die eingangs gestellten Rechtsbegehren hinreichend begründet und es wird höflich um entsprechende Folgegebung gebeten.

Mit freundlichen Grüssen

[Unterschrift der Rechtsanwältin des Klägers]

[Name der Rechtsanwältin des Klägers]

dreifach

Beilage: Beweismittelverzeichnis dreifach mit den Urkunden im Doppel