

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A_176/2009

Urteil vom 5. Juni 2009
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,
Bundesrichterin Escher, Bundesrichter L. Meyer
Gerichtsschreiber Zbinden.

Parteien
X. _____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Bernard Rosat,

gegen

1. A. _____ AG,
2. B. _____ AG,
3. C. _____ AG,
Beschwerdegegnerinnen,
alle drei vertreten durch Fürsprecher Michael Ueltschi.

Gegenstand
einstweilige Verfügung (Eigentum),

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern, Appellationshof, 2. Zivilkammer, vom 4. Februar 2009.

Sachverhalt:

A.
A.a X. _____ ist Eigentümer des in D. _____ gelegenen Grundstücks E. _____ - Grundbuchblatt Nr. 1. Das unmittelbar angrenzende, oberhalb von Nr. 1 liegende Grundstück E. _____ - Grundbuchblatt Nr. 2 befindet sich im Eigentum der drei Gesellschaften A. _____ AG, B. _____ AG und C. _____ AG. Die beiden Grundstücke befinden sich in Hanglage.
A.b Gestützt auf die ihm erteilte Baubewilligung liess X. _____ den Aushub der Baugrube ausführen. Die beauftragte Baufirma nahm entgegen der Vereinbarung mit dem Bauherrn den Aushub der Baugrube in einem Zug vor, errichtete eine Spritzbetonwand und sicherte das Ganze mit sieben bis dreizehn Meter langen Eisenankern. Eine Anzahl dieser Eisenanker ragt in das Terrain des Nachbargrundstücks Nr. 2 hinein.

B.
B.a Mit Eingabe vom 6. Juni 2008 gelangten die A. _____ AG, B. _____ AG und C. _____ AG an den Präsidenten des Gerichtskreises F. _____ mit dem Begehren, X. _____ sei unter Strafandrohung im Widerhandlungsfall (Busse und Geldstrafe oder Freiheitsstrafe) anzuweisen, innert gerichtlich bestimmter Frist die bereits angebrachten Anker der Hangsicherung zu entfernen, soweit sie sich im Erdreich des Grundstücks E. _____ - Gbbl. Nr. 2 befinden, und ihm sei unter Strafandrohung zu verbieten, weitere Anker der Hangsicherung vom Grundstück E. _____ - Gbbl. Nr. 1 aus in das Erdreich des Grundstücks E. _____ - Gbbl. 2 anzubringen. Im Weiteren wurde um superprovisorische Anordnung dieser Massnahmen ersucht. Mit Verfügung vom 6./10. Juni 2008 wurde X. _____ superprovisorisch untersagt, weitere Übergriffe auf das Grundstück der A. _____ AG, B. _____ AG und C. _____ AG vorzunehmen, insbesondere Anker der Hangsicherung in das Grundstück Gbbl Nr. 2 anzubringen.
B.b Mit Entscheid vom 1. September 2008 entsprach der Gerichtspräsident dem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen; dabei verpflichtete er X. _____, die strittigen Anker innert 2 Monaten

seit Rechtskraft des Urteils zu entfernen. Ferner setzte er X. _____ eine Frist von vier Monaten seit Rechtskraft des Urteils zur Einreichung einer Klage gegen die Eigentümer des Nachbargrundstücks E. _____-Gtbl. 2 und verfügte, dass die erhobene Kautions nach Ablauf dieser Frist oder nach ausdrücklichem früheren Verzicht von X. _____ freigegeben werde. Auf Appellation von X. _____ bestätigte das Obergericht des Kantons Bern, Appellationshof, 2. Zivilkammer, mit Entscheid vom 4. Februar 2009 den angefochtenen erstinstanzlichen Entscheid, wobei es zur Entfernung der Anker eine Frist von zwei Monaten seit Rechtskraft des obergerichtlichen Urteils setzte.

C.

X. _____ (Beschwerdeführer) gelangt mit Beschwerde in Zivilsachen vom 11. März 2009 und mit einer in der gleichen Eingabe erhobenen subsidiären Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht. Er beantragt, er sei in Abänderung des Obergerichts des Kantons Bern vom 4. Februar 2009 unter Strafandrohung im Widerhandlungsfall gerichtlich anzuweisen, die bereits angebrachten Erdanker der Hangsicherung, soweit sie sich im Erdreich des Grundstücks Saanen-Gtbl. 2 befinden, gleichzeitig und im Zusammenhang mit den Aushubarbeiten für die Erstellung des baubewilligten Zweifamilienhauses auf dem genannten Grundstück der A. _____ AG, B. _____ AG und C. _____ AG (Beschwerdegegnerinnen) zu entfernen. Ferner seien die Gerichtskosten beider kantonalen Instanzen den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und jede Partei habe die ihr vor den kantonalen Instanzen entstandenen Parteikosten selbst zu tragen.

D.

Mit Verfügung des präsidierenden Mitgliedes der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 25. März 2009 wurde den Beschwerden mit Bezug auf die zweimonatige Frist zur Entfernung der Anker aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Erwägungen:

1.

1.1 Angefochten ist ein letztinstanzlicher Entscheid (Art. 90 BGG) betreffend den Erlass einer einstweiligen Verfügung zum Schutz des bedrohten Besitzstandes (Art. 326 Ziff. 2 ZPO/BE i.V.m. Art. 928 Abs. 1 ZGB). Es geht damit um eine Zivilsache im Sinn von Art. 72 Abs. 1 BGG vermögensrechtlicher Natur, deren Streitwert nach den überzeugenden Angaben des Beschwerdeführers mindestens Fr. 30'000.-- beträgt. Die Beschwerde in Zivilsachen kann damit erhoben werden. Die gleichzeitige erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist folglich unzulässig (Art. 113 BGG). Darauf ist nicht einzutreten.

1.2 Besitzschutzklagen gelten unter Vorbehalt des hier nicht gegebenen Spezialfalles von Art. 927 Abs. 2 ZGB als vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 98 BGG (BGE 133 III 638 E. 2 S. 639 f.). Mit der vorliegenden Beschwerde in Zivilsachen kann somit nur eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht werden. Das Bundesgericht wendet dabei das Recht nicht von Amtes wegen an, sondern nimmt nur insofern eine Prüfung vor, als in der Beschwerdeschrift entsprechende Rügen vorgebracht und begründet worden sind (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 133 III 393 E. 6 S. 397). Das bedeutet, dass klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen ist, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (vgl. BGE 130 I 258 E. 1.3 S. 261 f. mit Hinweisen). Bei der Willkürklage ist in der erwähnten Form aufzuzeigen, inwiefern der kantonale Entscheid offensichtlich unhaltbar sein, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen bzw. eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzen oder sonst wie in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen soll (BGE 133 I 149 E. 3.1 S. 153 mit Hinweisen). Auf rein appellatorische Kritik wird nicht eingetreten (BGE 130 I 258 E. 1.3 S. 261 f. mit Hinweisen). Wird mit Bezug auf den Sachverhalt eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht, ist neben der Erheblichkeit der gerügten Tatsachenfeststellung für den Ausgang des Verfahrens klar und detailliert darzutun, inwiefern diese verfassungswidrig, insbesondere willkürlich (Art. 9 BV), offensichtlich unhaltbar sein soll, d.h. mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehe, auf einem offenkundigen Versehen beruhe oder sich sachlich in keiner Weise rechtfertigen lasse (BGE 133 III 393 E. 7.1 S. 398 mit Hinweisen).

2.

2.1 Das Obergericht hat im angefochtenen Entscheid festgestellt, dass vom Beschwerdeführer ins Recht gelegte Bestätigungsschreiben der Firma G. _____ AG vom 13. Juni 2008 und die Stellungnahme des Regierungstatthalters H. _____ vom 24. Mai 2004 (Beschwerdebeilagen 5 und 6) seien vom Beschwerdeführer vor erster Instanz nicht eingereicht worden und stellten daher vor

Obergericht unechte Noven dar, für deren verspätete Eingabe keine Entschuldigungsgründe bestünden.

2.2 Der Beschwerdeführer erachtet diese Feststellung als willkürlich, da er diese Beweismittel nachweisbar bereits vor der ersten Instanz zusammen mit der Vernehmlassung vom 23. Juli 2008 als Vernehmlassungsbeilagen 2 und 3 eingereicht und diese in der Vernehmlassung auch gewürdigt habe.

2.3 Der Beschwerdeführer hat die besagten Beilagen effektiv mit der Vernehmlassung vom 23. Juli 2008 an den Gerichtspräsidenten vorgebracht. Das heisst aber noch nicht, dass der Entscheid in der Sache im Ergebnis willkürlich ist. Der Beschwerdeführer begründet nicht einmal ansatzweise, inwiefern Willkür im Ergebnis vorliegen könnte. Zudem wird auch nicht darzulegen versucht, weshalb die mit den vorgenannten Unterlagen zu beweisenden Tatsachen für den Ausgang des Verfahrens wesentlich sein sollen. Soweit sich die Rüge überhaupt als formell genügend begründet erweist (E. 1.2), ist ihr kein Erfolg beschieden.

3.

Gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB hat der Eigentümer einer Sache das Recht, jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren. Das Eigentum an Grund und Boden erstreckt sich nach oben und unten auf den Luftraum und das Erdreich, soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht (Art. 667 Abs. 1 ZGB). Ungerechtfertigt ist eine unmittelbare Einwirkung in das Eigentum, mithin eine Einwirkung, die einer Besitzesstörung im Sinn von Art. 928 ZGB gleichkommt. Gerechtfertigt ist ein solcher Eingriff in fremdes Eigentum dann, wenn sich der Störer auf eine besondere gesetzliche Vorschrift oder ein dingliches oder obligatorisches Recht berufen kann (BGE 104 II 166 E. 2 S. 167 mit Hinweisen).

4.

4.1 Vor Bundesgericht scheint der Beschwerdeführer davon auszugehen, dass es sich beim vorgenommenen Eingriff nicht um einen übermässigen, zu einer Besitzeschutzklage nach Art. 928 ZGB berechtigenden Eingriff handelt. Die erste Instanz hat die Einbringung der Erdanker in das Erdreich des Grundstücks der Beschwerdegegnerinnen als entsprechenden Eingriff in das Eigentum gewertet. Das Obergericht hat seinerseits dafürgehalten, im vorliegenden Fall seien Erdanker in das Grundstück der Beschwerdegegnerinnen gelegt worden, welche gemäss deren glaubhaften Darlegungen die Ausführung des geplanten Neubaus (Kellergeschoss) behindern würden und zuerst entfernt werden müssten. Dabei handelt es sich nach den Ausführungen des Obergerichts um eine übermässige Besitzesstörung im Sinn von Art. 928 Abs. 1 ZGB.

4.2 Soweit der Beschwerdeführer diese Ausführungen überhaupt rechtsgenügend als willkürlich anfigt, kann der Beschwerde kein Erfolg beschieden sein: Eine Besitzesstörung im Sinn von Art. 928 ZGB ist jede übermässige Beeinträchtigung der tatsächlichen Herrschaft über eine Sache (Stark, Berner Kommentar 3. Aufl. 2001, N. 19 zu Art. 928 ZGB). Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer durch die von ihm beauftragte Baufirma Erdanker ohne Einwilligung der Beschwerdegegnerinnen in das Erdreich ihres Grundstücks einführen lassen, was angesichts der dadurch verursachten Unmöglichkeit des Ausbaus des Kellergeschosses ohne Willkür als übermässiger Eingriff im Sinn von Art. 928 ZGB betrachtet werden kann.

Strittig ist vor Bundesgericht des Weiteren, ob sich der Beschwerdeführer auf seinen Eingriff rechtfertigende gesetzliche Vorschriften berufen kann.

5.

5.1 Die Vorinstanz anerkannte das sich direkt aus Art. 695 ZGB ergebende Recht des Grundeigentümers, das Nachbargrundstück vorübergehend zu Bauzwecken zu gebrauchen, indem er beispielsweise Material oder Maschinen darauf lagere. Aus Art. 695 ZGB lasse sich aber nicht das Recht ableiten, Verankerungen in das Grundstück der Beschwerdegegnerinnen einzuleiten.

5.2 In Auseinandersetzung mit E. 3 des angefochtenen Entscheides lässt der Beschwerdeführer ausführen, die Vorinstanz nehme ohne sachlichen Grund und damit willkürlich an, dass die genannte gesetzliche Bestimmung für die vorübergehende Einlassung von Erdankern zwecks Stabilisierung des Baugrundes keine gesetzliche Grundlage biete. Das Ablagern von Material und Maschinen beeinträchtige den Nachbarn weit mehr als das vorübergehende Einlassen von Erdankern, welcher Umstand die Nachbarn in aller Regel in keiner Weise störe. Überdies hätten auch die Beschwerdegegnerinnen ein eminentes Interesse daran, dass ihr oberliegendes Grundstück nicht infolge Hangrutschungen instabil werde. Schliesslich widerspreche das Obergericht auch der

namhaften Lehre, die eine temporäre Stabilisierung des Terrains als unter Art. 695 ZGB fallenden Eingriff betrachte.

5.3 Gemäss Art. 695 ZGB bleibt es den Kantonen vorbehalten, über die Befugnis des Grundeigentümers, zum Zwecke der Bewirtschaftung oder Vornahme von Ausbesserungen und Bauten das nachbarliche Grundstück zu betreten.

5.4 Das Obergericht verweist auf die Marginalie von Art. 695 ZGB ("andere Wegrechte"), wonach das Zutrittsrecht gemäss Art. 695 ZGB einzig die Benutzung bzw. das Betreten des Nachbargrundstücks erlaube, und hält ergänzend dafür, der Anwendungsbereich dieser Bestimmung müsse dem italienischen Gesetzestext angenähert werden. Das Zutrittsrecht gebe dem Grundeigentümer das Recht, das Nachbargrundstück behelfsmässig zu gebrauchen, d.h. um Material oder Maschinen dort zu lagern. Es verweist sodann auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche diese Auslegung schützt und wonach es sich um eine vorübergehende Nutzung handeln muss, die überdies den bauwilligen Grundeigentümer lediglich zur Nutzung eines sehr schmalen Streifens des nachbarlichen Grundstücks berechtigt (vgl. BGE 104 II 166 E. 2 S. 168 ff.). In Nachachtung dieser Rechtsprechung gelangt eine bedeutende Lehrmeinung zum Schluss, dass die Einlassung von Erdankern in das Nachbargrundstück, sei sie auch nur provisorischer Natur, nicht unter Art. 695 ZGB subsumiert werden könne (Paul-Henri Steinauer, *La mise à contribution du fonds voisin lors de travaux de construction*, in: *Baurecht* 1990 S. 33). Das Obergericht hat der zitierten Rechtsprechung und Lehre Rechnung getragen. Sein Urteil erweist sich damit weder in der Begründung noch im Ergebnis als willkürlich (BGE 127 III 232 E. 3a S. 234). Dies bedeutet, dass die Schlussfolgerung nicht willkürlich ist, bei den Verankerungen handle es sich um bundesrechtswidrige Einwirkungen auf das Nachbargrundstück, selbst wenn sie nur vorübergehend angebracht worden sind.

5.5 An diesem Ergebnis vermag auch der Hinweis des Beschwerdeführers auf das Interesse der Beschwerdegegnerinnen an den Erdankern zwecks Stabilisierung des Hanges nichts zu ändern. Das behauptete Interesse ist bestritten und das Obergericht weist in seinem Entscheid darauf hin, dass diese Frage nur im ordentlichen Prozess abgeklärt werden kann. Der Beschwerdeführer erörtert nicht, inwiefern der angefochtene Entscheid in dieser Hinsicht willkürlich sein soll. Nicht stichhaltig ist schliesslich der Hinweis auf S. 37 der zitierten Lehre (Steinauer, a.a.O., S. 37), wonach bei einer provisorischen Verankerung Art. 695 ZGB zur Anwendung gelangen sollte. Der Autor fragt sich an dieser Stelle lediglich, ob allenfalls Art. 695 ZGB nicht auch angewendet werden müsste, wenn Verankerungen lediglich vorübergehend in das Grundstück des Nachbarn eingeführt werden und kein besonderes Risiko besteht. Das ändert indes nichts daran, dass derselbe Autor an der einschlägigen Stelle (a.a.O., S. 33) unter Berufung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung klar die Meinung äussert, die Einführung von Verankerungen könne nicht unter Berufung auf Art. 695 ZGB gerechtfertigt werden.

6.

Das Obergericht hat geprüft, ob allenfalls eine durch Art. 79o EGZGB/BE normierte Berechtigung neben jener aus Art. 695 ZGB bestehen kann. Mit der Beschwerde wird die Anwendung von Art. 79o EGZGB/ BE durch das Obergericht als willkürlich beanstandet, wonach der Nachbar das Betreten oder die vorübergehende Benützung seines Grundstücks zu gestatten hat, wenn dies für die Errichtung oder den Unterhalt von Bauten, Strassen, Pflanzungen längs der Grenze oder von sonstigen Anlagen wie Leitungen erforderlich ist.

6.1

6.1.1 Der Beschwerdeführer macht in diesem Zusammenhang in Auseinandersetzung mit E. 4 des angefochtenen Entscheides geltend, die Vorinstanz weise auf seine Aussage hin, wonach eine Kappung der in das oberliegende Grundstück (der Beschwerdegegnerinnen) einragenden Anker nur von diesem oberliegenden Grundstück aus anlässlich des geplanten Baustellenaushubs erfolgen könne. Daraus ziehe sie willkürlich den Schluss, der Beschwerdeführer gehe selber davon aus, dass die Erdanker fortwährend im Grundstück der Beschwerdegegnerinnen verbleiben würden. Diese Schlussfolgerung sei unhaltbar. Vielmehr beabsichtigten die Beschwerdegegnerinnen ihr oberliegendes Grundstück zu überbauen und hätten zwischenzeitlich eine rechtskräftige Baubewilligung erwirkt. Der Beschwerdeführer gehe deshalb entgegen den Ausführungen des Obergerichts davon aus, dass der überlappende Teil der Erdanker im Zusammenhang mit dem Bauaushub beseitigt werde. Willkürlich sei damit auch die rechtliche Schlussfolgerung, dass nicht von einer vorübergehenden Nutzung gesprochen werden könne und Art. 79o EGZGB/BE deshalb nicht anwendbar sei.

6.1.2 Die Behauptung vorübergehender Nutzung erweist sich, wie auch das Obergericht erkannt hat,

als unrealistisch. Wie bereits die erste Instanz ausgeführt hat, werden solche Anker, die auch das Erdreich ausserhalb der Anker mit hineingepresstem Material stabilisieren, nicht bloss vorübergehend eingesetzt. Das Obergericht hat diese Überlegungen durch Verweis übernommen. Gesamthaft betrachtet erweist sich die Schlussfolgerung, die Vorrichtung sei nicht nur vorübergehend angebracht worden, nicht als willkürlich. Damit hält auch der rechtliche Schluss vor Art. 9 BV stand, Art. 79o EGZGB/BE sei nicht anwendbar.

6.1.3 Was der Beschwerdeführer dagegen hält, vermag dieses Ergebnis nicht umzustossen: Der Umstand, dass der Beschwerdeführer in den Eventualbegehren seiner Appellation den Zeitpunkt des Bauaushubs auf dem benachbarten Grundstück der Beschwerdegegnerinnen als Zeitpunkt für die Entfernung der Anker gerichtlich festgesetzt haben wollte, ändert nichts an der ungerechtfertigten Einwirkung der Anker bis zu diesem Zeitpunkt. Die Einwirkung auf das Nachbargrundstück wird auch nicht dadurch rechtmässig, dass die strittige Anbringung der Anker entgegen einer Abmachung des Beschwerdeführers mit dem Bauunternehmer vorgenommen worden ist. Die Rüge erweist sich insgesamt als unbegründet.

6.2

6.2.1 Der Beschwerdeführer hatte vor den kantonalen Instanzen geltend gemacht, der von ihm beauftragte Bauunternehmer habe sich nicht an das vereinbarte etappierte Vorgehen gehalten, sondern den Gesamtaushub der Baustelle in einem Zug vorgenommen, weshalb die Erdanker hätten gelegt werden müssen. Die Vorinstanz hat im Rahmen der Überprüfung der in Art. 79o EGZGB/BE festgeschriebenen Erforderlichkeit des Eingriffs in fremden Besitz abgeklärt, inwieweit der Beschwerdeführer für das Verhalten des fehlbaren Bauunternehmers zur Rechenschaft gezogen werden kann, und ist diesbezüglich zum Schluss gelangt, der Beschwerdeführer habe sich das Verhalten des Unternehmers gestützt auf Art. 55 OR anrechnen zu lassen.

6.2.2 Der Beschwerdeführer macht vor Bundesgericht geltend, der vorinstanzliche Entscheid sei im doppelten Sinn qualifiziert unrichtig und damit willkürlich: Zum einen gelte der selbstständige Bauunternehmer nicht als Hilfsperson im Sinn von Art. 55 OR. Zum andern komme diese Bestimmung des Haftpflichtrechts nicht zur Anwendung, gehe es doch hier nicht um eine haftpflichtrechtliche Frage, sondern darum, ob Art. 695 ZGB i.V.m. Art. 79o EGZGB/BE eine Rechtsgrundlage für eine vorübergehende Nutzung des benachbarten Grundstücks zwecks Hangstabilisierung darstelle. Die Frage der Schadenshaftung sei für die Anwendbarkeit von Art. 79o EGZGB/BE irrelevant. Willkürlich sei schliesslich die Auffassung, Art. 79o EGZGB/BE sei nicht anwendbar, weil Art. 82 und nicht Art. 79o EGZGB/BE die kantonalrechtliche Ausführung des echten Vorbehalts von Art. 695 ZGB sei.

6.2.3 Die Besitzeschutzklage nach Art. 928 ZGB richtet sich gegen den Störer. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass nicht der Beschwerdeführer, sondern der von ihm beauftragte Bauunternehmer als Störer betrachtet werden muss, weshalb sich im Besitzeschutzverfahren die Frage nach der Passivlegitimation des Beschwerdeführers gestellt hat. In diesem Sinn sind die obergerichtlichen Ausführungen zu verstehen. Nach der Lehre ist auf den Fall, in dem eine Person sich zur Besorgung ihrer Geschäfte einer Hilfsperson bedient, welche bei Ausübung ihrer Tätigkeit in den fremden Besitz eingreift, Art. 55 OR analog anwendbar. Die Person hat als Geschäftsherr unter den Voraussetzungen der erwähnten Gesetzesbestimmung für den von der Hilfsperson verursachten Eingriff in den Besitz einzustehen (Weber, Besitzeschutzklagen, insbesondere ihre Abgrenzung von den petitorischen Klagen, Diss. Freiburg 1975, S. 72; vgl. auch Stark, Berner Kommentar 3. Aufl. 2001, N. 14 zu Art. 928 ZGB). Auf den vorliegenden Fall bezogen bedeutet dies, dass der Beschwerdeführer für das Verhalten des von ihm beigezogenen Unternehmers einzustehen hat, sofern die Voraussetzungen von Art. 55 OR erfüllt sind. Vorausgesetzt wird dabei insbesondere ein

Subordinationsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson, welches im Verhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der von ihm beauftragten selbstständigen Bauunternehmung in aller Regel nicht gegeben ist (vgl. die Kasuistik bei Brehm, Berner Kommentar, 3. Aufl. 2006, N. 8 ff. zu Art. 55 OR). Der angefochtene Entscheid enthält denn auch keine Feststellungen, die auf ein entsprechendes Verhältnis schliessen liessen.

6.2.4 Nach Art. 641 Abs. 2 ZGB hat der Eigentümer einer Sache das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren. Ferner verleiht Art. 679 ZGB einer Person, welche geschädigt wird, indem der Grundeigentümer sein Eigentum überschreitet, das Recht, auf Beseitigung der Schädigung, oder auf Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz zu klagen. Während bei ersterer Bestimmung nur der Störer als passivlegitimiert angesehen wird, geht ein Teil der Lehre und die ältere Rechtsprechung davon aus, aufgrund von Art. 679 ZGB bestehe eine Haftung des Grundeigentümers für den von ihm beauftragten Bauunternehmer (BGE 83 II 375 E. 2 S. 380; Meier-Hayoz, Berner Kommentar, 3. Aufl. 1964, S. 365 N. 63 zu Art. 679 ZGB). Dabei wird die Haftung nicht von den Voraussetzungen des Art. 55 OR abhängig gemacht. In einem Fall, in dem der Bauberechtigte durch die Art der Ausübung seines Baurechts Schaden auf dem Nachbargrundstück verursachte, hat das Bundesgericht erkannt, der

Eigentümer des mit einem Baurecht belasteten Grundstücks hatte nicht für den auf dem Nachbargrundstück verursachten Schaden, wenn er keinen Einfluss auf die Art und Weise habe, wie der Bauberechtigte die

tatsächliche Herrschaft ausübe (BGE 132 III 689 E. 2.3 S. 693 ff.). Es ist fraglich, ob sich diese Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall übertragen lässt. Soweit sie auf den vorliegenden Fall überhaupt anwendbar erscheint, bleibt es bei der Feststellung, dass nicht gesagt werden kann, der Beschwerdeführer habe als Eigentümer mit der Erteilung des Auftrags an den Unternehmer die tatsächliche Sachherrschaft über sein Grundstück verloren (vgl. BGE 132 III 689 E. 2.4.1 S. 697).

Nach der Rechtsprechung gilt Art. 679 ZGB im Verhältnis zu Art. 641 Abs. 2 ZGB als Spezialnorm, soweit dort auch Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche gewährt werden (BGE 73 II 151 E. 2 S. 156 f.; Meier-Hayoz, Berner Kommentar 5. Aufl. 1981, N. 123 zu Art. 641 ZGB). In Anbetracht dieser Ausführungen und insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass Art. 679 ZGB den Grundeigentümer als passivlegitimiert betrachtet und diese Bestimmung der mit Bezug auf die Passivlegitimation (offenbar restriktiveren Bestimmung (Art. 641 Abs. 2 ZGB) vorgeht, erweist sich die obergerichtliche Schlussfolgerung, der Beschwerdeführer habe als Grundeigentümer für das Verhalten des beigezogenen Bauunternehmers einzustehen, als nicht willkürlich. Schliesslich hat das Obergericht die Voraussetzungen von Art. 79o EGZGB/BE geprüft, so dass nicht mehr darauf einzugehen ist, ob Art. 82 EGZGB/BE als Ausführungsnorm von Art. 695 ZGB zu betrachten ist. Insgesamt erweist sich die Rüge somit als unbegründet, soweit darauf eingetreten werden kann.

6.3

6.3.1 Der Beschwerdeführer macht ferner geltend, er habe vor den kantonalen Instanzen darauf hingewiesen, dass die vorübergehende Belassung der Erdanker bis zum Baustellenaushub (auf dem Grundstück der Beschwerdegegnerinnen) im Interesse der Beschwerdegegnerinnen gewesen sei, weil angesichts der im Hang bestehenden starken Rutschgefahr die Erdanker nicht vorzeitig d.h. nicht vor dem Aushub auf dem Grundstück Nr. 2 (Grundstück der Beschwerdegegnerinnen) durch eine separate Aktion beseitigt werden könnten und sollten. Die Vorinstanz nehme in willkürlicher Weise an, dass es ihm (dem Beschwerdeführer) nicht gelungen sei, das diesbezügliche Vorbringen glaubhaft zu machen. Dabei habe die Vorinstanz die aktenkundige Stellungnahme der Beschwerdegegnerinnen zur Appellation nicht beachtet, wonach die Beschwerdegegnerinnen ausdrücklich erklärten, dass die hier interessierende Hanglage gefährlich sei, weil potentielle Rutschgefahr bestehe, so dass bei einem Bauaushub jedenfalls Vorkehrungen zur Sicherheit des Hanges getroffen werden müssten. Der Schluss der Vorinstanz, das Interesse der Beschwerdegegnerinnen sei nicht glaubhaft gemacht, sei daher willkürlich.

6.3.2 Mit dem Hinweis auf die Hanglage und die daraus entstehende Rutschgefahr haben die Beschwerdegegnerinnen offensichtlich nicht das Interesse an den Verankerungen auf ihrem eigenen Grundstück anerkannt. Das Obergericht hält in seinen Ausführungen ebenso dafür, auch bei einem allfälligen Interesse der Beschwerdegegnerinnen bleibe eine Beibelassung der Erdanker rechtswidrig, zumal vorher ihre Einwilligung nicht eingeholt worden sei und auch keine Notstandslage bestanden habe. Der Beschwerdeführer ficht diese Erwägung nicht sachgerecht als willkürlich an (E. 1.2). Was den Notstand anbelangt kann auf die E. 7 hiernach verwiesen werden. Auf die Rüge ist somit nicht einzutreten.

7.

7.1 Mit Bezug auf den Notstand hat das Obergericht festgehalten, der Beschwerdeführer habe sich erst im oberinstanzlichen Verfahren auf eine angeblich bestehende Notstandssituation berufen und erst in der unaufgefordert eingereichten Stellungnahme vorgebracht, damals hätten intensive Regenfälle zu einer akuten Hangrutschgefahr geführt. Die Berufung auf den Notstand erscheine konstruiert. In der Vernehmlassung des Beschwerdeführers vom 23. Juli 2008 werde sinngemäss ausgeführt, der Beschwerdeführer habe das eigenmächtige Vorgehen des Bauunternehmers, welcher darauf verzichtet hatte, wie vereinbart etappenweise vorzugehen, einige Tage nach Beginn der Aushubarbeiten festgestellt. Aufgefallen sei ihm (dem Beschwerdeführer) ferner, dass die Wand falsch situiert worden war und im oberen Bereich Erdanker von ca. 12 Metern Länge mit einer Neigung von 10° eingelassen worden waren, die unterirdisch in das Grundstück der Beschwerdegegnerinnen eingedrungen seien. An einer folgenden Bausitzung sei beschlossen worden, die Nagelwand fortzusetzen, wobei nur noch Erdanker mit einer Länge von 4-5 Metern mit einem Neigungswinkel von 50° in die Erde eingelassen werden sollten. Das Obergericht schloss aus dem vom Beschwerdeführer geschilderten

zeitlichen Ablauf der vor Ort getroffenen Entscheidungen, dass keine unmittelbar drohende Gefahr bestanden habe und keine Diskussion über andere Massnahmen wie das Einlassen von Spundwänden stattgefunden habe. Die Einführung von Erdankern sei Teil eines neuen Konzepts gewesen und nicht als Folge einer bestehenden Notsituation zu betrachten. Den Ausführungen des Beschwerdeführers lasse sich überdies entnehmen, dass er erst nachträglich von der Einlassung der

Erdanker erfahren habe, als diese bereits in das Erdreich eingelassen worden waren. Hätte zum damaligen Zeitpunkt eine Notsituation bestanden, hätte der Bauunternehmer die Einlassung der Anker zuerst mit dem Beschwerdeführer abgesprochen. Der Beschwerdeführer bringe weiter erst in der unaufgefordert eingereichten Stellungnahme vom 5. November 2008 vor, das Terrain sei infolge intensiver Regenfälle stark durchnässt und damit akut rutschgefährdet gewesen. Er lege aber keine Beweise für diese Behauptung vor. Hätte es damals wirklich so intensiv geregnet, wie vom Beschwerdeführer behauptet, hätte dieser die nunmehr behauptete Wetterlage bereits in seiner Stellungnahme vor erster Instanz oder spätestens in der Appellationsbegründung vorgetragen. In der Appellationsbegründung sei aber stets nur der Gesamtaushub als kausale Ursache für die Einlassung der Erdanker genannt worden. Erst als die Beschwerdegegnerinnen in der Stellungnahme vom 3. Oktober 2008 ausgeführt hätten, es habe trockenes Wetter geherrscht, habe der Beschwerdeführer im Gegenzug behauptet, intensive Regenfälle hätten das Terrain stark durchnässt und deshalb habe Hangrutschgefahr bestanden. Nach dem Gesagten vermöge der Beschwerdeführer weder eine zum damaligen Zeitpunkt bestehende Notlage noch eine allenfalls gegenwärtige Gefahr glaubhaft zu machen.

7.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, die beiden einleitenden Behauptungen der Vorinstanz, dass er sich erst vor dem Obergericht auf eine Notstandssituation berufen und erst in der unaufgefordert eingereichten oberinstanzlichen Stellungnahme vorgebracht habe, zur Zeit der Einbringung der Erdanker hätten intensive Regenfälle zu einer akuten Hangrutschgefahr geführt, seien nachweisbar unrichtig und aktenwidrig. Er habe bereits in seiner Vernehmlassung an den erstinstanzlichen Richter vom 23. Juli 2008 festgehalten, dass im Zeitpunkt der Einlassung der Anker, Anfang Juni 2008 Rutschgefahr bestanden habe. Entsprechendes hätten auch die Beschwerdegegnerinnen in ihrem Gesuch um Erlass einer einstweiligen Verfügung ausdrücklich bestätigt und durch entsprechende Fotos auch belegt. Nachdem die Beschwerdegegnerinnen in der oberinstanzlichen Stellungnahme zur Appellation vom 3. Oktober 2008 plötzlich behauptet hätten, Anfang Juni 2008 habe trockenes Wetter geherrscht, habe er in seiner unaufgefordert eingereichten Stellungnahme auf die intensiven Regenfälle, die starke Durchnässung und die dadurch bedingte besondere Rutschgefahr hingewiesen. Somit treffe es auch nicht zu, dass er seine Argumentation konstruiert und den Umständen angepasst habe.

7.3 Im Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 5. Juni 2008 ist in der Tat die Rede davon, dass auf dem Bauplatz des Beschwerdeführers grosse Nässe geherrscht und daher sichtlich erhöhte Rutschgefahr betreffend das Grundstück des Beschwerdeführers bestand. Der Beschwerdeführer ging aber in der Vernehmlassung vom 23. Juli 2008 nicht auf diesen Punkt ein. Insbesondere ist darin von der behaupteten Schlechtwetterlage nicht die Rede, die zur starken Rutschgefahr am Hang geführt haben soll. Es wird einfach nur gesagt, die Beschwerdegegnerinnen hätten ein Interesse daran, dass der Hang nicht abrutscht. Zudem beruft sich der Beschwerdeführer in seiner Vernehmlassung nicht auf eine durch die eingetretene Schlechtwetterlage bedingte Notlage und insbesondere auch nicht auf Art. 701 ZGB, sondern weist vielmehr darauf hin, dass die teilweise Inanspruchnahme des Grundstücks der Beschwerdegegnerinnen durch die oberen Erdanker auf einem eigenmächtigen Vorgehen des Unternehmers beruhe und ohne sein Wissen vorgenommen worden sei. Die einleitenden Feststellungen der Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer sich erst vor dem Obergericht auf eine Notstandssituation berufen und diese erst in der unaufgefordert eingereichten oberinstanzlichen Stellungnahme vorgebracht habe, sind damit nicht willkürlich.

7.4 Allein gestützt auf diese nicht willkürlichen obergerichtlichen Feststellungen darf ohne Willkür angenommen werden, der Beschwerdeführer habe die erst im Appellationsverfahren behauptete, einen Eingriff auf das Nachbargrundstück berechtigende Notlage nicht glaubhaft gemacht. Es ist in der Tat nicht ersichtlich, warum der Beschwerdeführer ein derart wichtiges Element zu seinen Gunsten nicht bereits vor dem erstinstanzlichen Richter geltend gemacht und insbesondere auch die zur Glaubhaftmachung der entsprechenden Tatsachen erforderlichen Beweise angetragen hätte. Das Verhalten des Beschwerdeführers lässt ohne Willkür darauf schliessen, die Notlage sei konstruiert und sei als Reaktion auf die Vorbringen der Beschwerdegegnerinnen zu werten. Insoweit kann der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden, sie habe in willkürlicher Weise eine Notlage im Sinn von Art. 701 ZGB als nicht glaubhaft gemacht betrachtet.

7.5 Unter diesen Umständen erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den übrigen Erwägungen des angefochtenen Entscheids zum Notstand, aber auch zu den obergerichtlichen Erörterungen zu Art. 52 und 55 OR sowie zu den entsprechenden Ausführungen in der Beschwerde.

8.

Als Zwischenergebnis steht somit fest, dass die Annahme der Passivlegitimation des Beschwerdeführers Art. 9 BV nicht verletzt, das Obergericht weder Art. 695 ZGB (E. 3.3) noch Art. 79o EGZGB/BE (E. 4) willkürlich angewendet noch in willkürlicher Weise eine Notstandslage im Sinn von Art. 701 ZGB verkannt hat. Die Feststellung der Vorinstanz, der Eingriff des Beschwerdeführers in das Grundstück der Beschwerdegegnerinnen sei rechtswidrig und der Entfernungsanspruch damit begründet, erweist sich damit als vor Art. 9 BV haltbar. Unter diesen Umständen stellt sich die Frage nicht, ob die Einbringung der Anker als Verletzung des Grundsatzes der schonenden Rechtsanwendung (vgl. BGE 131 III 459 E. 5.3 S. 462 f.) zu werten ist. Damit erübrigen sich weitere Ausführungen zur E. 10 des angefochtenen Entscheids bzw. zu den diesbezüglichen Ausführungen in der Beschwerde.

9.

9.1 Das Obergericht verweist ferner auf das Eventualbegehren des Beschwerdeführers, die Entfernung der Anker auf den Zeitpunkt des Bauaushubs auf dem Grundstück der Beschwerdegegnerinnen festzusetzen, und führt dazu aus, der Beschwerdeführer habe gegen das Baugesuch der Beschwerdegegnerinnen Baurechtsbeschwerde erhoben, womit der rechtswidrige Zustand durch die Gutheissung des Eventualbegehrens unbestimmte Zeit fortauern könnte. Die vom Beschwerdeführer auf dem Grundstück der Beschwerdegegnerinnen vorgenommene Einwirkung stelle einen übermässigen Eingriff im Sinn von Art. 928 Abs. 1 ZGB dar, den der Störer, mithin der Beschwerdeführer, nunmehr zu beseitigen habe, zumal der Eingriff weder durch Art. 695 ZGB und Art. 79o EGZGB/BE gerechtfertigt werden könne. Werde zusätzlich berücksichtigt, dass Art. 326 Ziff. 2 ZPO/BE der raschen Verwirklichung des Besitzeschutzanspruchs diene, so könne dem Eventualbegehren nicht entsprochen werden.

9.2 In seinen Ausführungen zu diesem Punkt bestreitet der Beschwerdeführer einerseits einen übermässigen Eingriff und verweist andererseits auf die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 695 ZGB bzw. 79o EGZGB/BE und Art. 701 ZGB. Diesbezüglich kann auf bereits Gesagtes verwiesen werden (E. 5-7). Sodann äussert sich der Beschwerdeführer nicht zu den Ausführungen zu Art. 326 Ziff. 2 ZPO/BE und legt auch nicht dar, inwiefern die Anwendung dieser Bestimmung durch das Obergericht willkürlich sein soll. Auf die Rüge ist insgesamt nicht einzutreten.

10.

10.1 Das Obergericht hat es ferner abgelehnt die dem Beschwerdeführer gesetzte Frist zur Anhebung der Hauptklage mit dem Beginn der Aushubarbeiten des Projektes der Beschwerdegegnerinnen zu koordinieren, zumal der Beschwerdeführer gegen das Bauvorhaben der Beschwerdegegnerinnen Baubeschwerde geführt habe und damit durch eine Koordinierung der Frist zur Klageanhebung der provisorisch geschaffene Zustand über längere Zeit erhalten bliebe.

10.2 Der Beschwerdeführer macht zu diesem Punkt im Wesentlichen geltend, die Baubeschwerde sei mit Entscheid vom 9. Februar 2009 abgewiesen worden. Er zeigt nicht auf, dass er dieses Vorbringen bereits im kantonalen Verfahren frist- und formgerecht vorgetragen hat. Vor Bundesgericht ist es daher neu und unzulässig (Art. 99 BGG). Im Übrigen bringt der Beschwerdeführer ausser Wiederholungen von bereits früher behandelten Rügen nichts vor, was den angefochtenen Entscheid bezüglich der Frist zur Erhebung der Hauptklage als willkürlich erscheinen liesse. Darauf ist insgesamt nicht einzutreten.

11.

11.1 Vor Obergericht hat der Beschwerdeführer ausgeführt, die Beseitigung der Erdanker dürfe nicht innert dem relativ kurzen Zeitraum von zwei Monaten seit Rechtskraft des Urteils erfolgen, da dies technisch nicht möglich sei; aus dem gleichen Grund dürfe auch die Frist nach Art. 332 Abs. 2 ZPO/BE in Ziff 4 des Dispositivs nicht einfach schematisch auf vier Monate seit Rechtskraft des Urteils festgesetzt werden. Das Obergericht hat diese Ausführungen als nicht nachvollziehbar gehalten und im Weiteren erwogen, es gelte einen bestehenden Rechtsanspruch durchzusetzen und zwar unabhängig davon, wie schwer die Massnahme die Gegenpartei treffe. Entfernt werden müsse jedoch nur, was sich auf der Parzelle der Beschwerdegegnerinnen befinde.

11.2 Der Beschwerdeführer beschränkt sich auch hier auf eine Wiederholung von bereits Gesagten, ohne aber aufzuzeigen, inwiefern die obergerichtliche Erwägung willkürlich sein soll. Darauf ist nicht

einzutreten.

12.

Damit ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Im vorliegenden Fall wurden die Beschwerdegegnerinnen lediglich zur Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung eingeladen, so dass mit Bezug auf die Entschädigung auf den Ausgang des Zwischenverfahrens (Gewährung der aufschiebenden Wirkung) abzustellen ist (Beschluss der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 9. Juli 2003). Die Beschwerdegegnerinnen sind mit ihrem Antrag auf Abweisung des Gesuchs unterlegen und sind daher für ihre Stellungnahme nicht zu entschädigen. In der Sache ist keine Entschädigung zuzusprechen, da diesbezüglich keine Vernehmlassung eingeholt worden ist.

13.

Da der Beschwerde bezüglich der Frist zur Entfernung der Anker aufschiebende Wirkung gewährt worden ist, ist diese Frist im vorliegenden Urteil neu auf zwei Monate ab Datum des bundesgerichtlichen Urteils festzusetzen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Auf die Verfassungsbeschwerde wird nicht eingetreten. Die Beschwerde in Zivilsachen wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Der Beschwerdeführer wird unter Strafandrohung im Widerhandlungsfall angewiesen, die bereits angebrachten Erdanker der Hangsicherung, soweit sie sich im Erdreich des Grundstücks Saanen Gbbl. 2 befinden, innert zwei Monaten ab Datum des bundesgerichtlichen Urteils zu entfernen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, Appellationshof, 2. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 5. Juni 2009

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Die Präsidentin: Der Gerichtsschreiber:

Hohl Zbinden