

BE_ZIVILSTRAF ZK 2016 466 vom 6. April 2017

BE Obergericht, 2017-04-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_ZK_2016_466

FR: BE_ZIVILSTRAF ZK 2016 466 du 6 avril 2017

IT: BE_ZIVILSTRAF ZK 2016 466 del 6 aprile 2017

Regeste

Strittige Grundstücksgrenze / Einräumung von Baurechten | Sachenrecht übriges

Erwägungen

E. 1

Die Beklagte ist Eigentümerin des Grundstücks Innertkirchen Gbbl.-Nr. 126, einer Alp mit einer Ausdehnung von 9'778'301m² (Engstlenalp). Der Kläger ist Eigentümer des Grundstücks Innertkirchen-Gbbl. Nr. 530, welches sich inmitten des Areals von Nr. 126 befindet, also vom Grundstück der Beklagten ganz umschlossen wird. Ein Vorfahre (Urgrossvater) des Klägers erwarb das Grundstück im Jahre 1891 von der Beklagten (KB 1). Mit Kaufvertrag vom 11. Mai 1990 übernahm es der Kläger von seiner Tante (KB 3), wobei der Halt der Liegenschaft mit 71,59 Aren verurkundet wurde. Im Sommer 2010 wurden die Grundstücke erstmals für das schweizerische Grundbuch vermessen. Für das Grundstück des Klägers wurde ein Halt von 6'685m² ermittelt. In der Folge kam es zum Streit betreffend die Grundstücksgrenze und -fläche von Innertkirchen-Gbbl. Nrn. 530 bzw. Nr. 126 im Bereich des Gebäudes Nr. 519b sowie über das Bestehen von Baurechten. Der Kläger war mit der gezogenen Grenze längs der Steinmauer um das Grundstück 530 nicht einverstanden. Diese Grenzziehung hatte zur Folge, dass das von ihm genutzte Gebäude 519b (Massenlager/Rossstall/Sennhütte) auf die Parzelle der Beklagten zu liegen kam. Nach Ansicht des Klägers gehört das Gebäude 519b inkl. des zudienenden Umschwungs jedoch zu seiner Parzelle, woraus ein zusätzlicher Halt seines Grundstücks vom 472m² resultiert. Der Grenzverlauf, wie ihn sich der Kläger vorstellt, ist aus KB 23 ersichtlich.

E. 3

Im Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens zog der Kläger das ursprünglich gestellte Begehren auf Einräumung eines Baurechts am Kiosk (Gebäude 519g) zurück. Erwähnenswert ist ferner, dass der Kläger in seinem Schlussvortrag namentlich sein Rechtsbegehren 2 präziserte. Neu verlangte er die Verurteilung der Beklagten, ihm gegenüber einen Halt des Grundstücks 530 von zusätzlichen 472m² (umfassend insbesondere das Gebäude 519b) und damit einen Totalhalt von 7'157m² anzuerkennen mit einem Grenzverlauf gemäss Entwurf Planbeilage Nr. 2016-41 des Nachführgeometers vom 21. März 2016. Weiter modifizierte er auch sein Rechtsbegehren 3 und beantragte die Verpflichtung der Beklagten, ihm das Eigentum an einem Baurecht (Fläche von 62m²,

E. 4

Mit Entscheid vom 12. Mai 2016 hiess die zuständige Gerichtspräsidentin des Regionalgerichts Oberland die Klage - abgesehen von einem Feststellungsbegehren - gut. Sie verurteilte die Beklagte, die vom Kläger verlangten Modifikationen betreffend Grundstücksgrenze - und Fläche anzuerkennen (Ziff. 1) und ihm an einer Teilfläche von

62m² des Grundstücks 126 (umfassend die beiden Bauten 519c und 519j) ein 99 Jahre währendes, selbständiges und dauerndes Baurecht einzuräumen (Ziff. 2). Ferner erliess sie die erforderlichen Umsetzungsanweisungen an den Geometer und das Grundbuchamt (Ziff. 3 sowie 6-9).

E. 5

Dagegen erhob die Beklagte am 16. September 2016 Berufung. Sie verlangte die kostenfällige Aufhebung der Ziffern 1, 2 und 3 sowie 6-9 des angefochtenen Urteils. In seiner Berufungsantwort vom 14. November 2016 beantragte der Kläger ein Nichteintreten auf die Berufung, mangels eines reformatorischen Antrages. Eventualiter verlangte er sinngemäss die Bestätigung des angefochtenen Entscheides. Gleichwohl wiederholt er in den Anträgen zur Berufung sein Feststellungsbegehren (p 709). Er geht davon aus, dass dies angesichts der reformatorischen Natur der Berufung geboten ist. Im Rahmen einer Anschlussberufung ersuchte der Kläger ferner um Verurteilung der Beklagten zur Tragung der Grundbuchgebühren und Geometerkosten sowie der gesamten erstinstanzlichen Gerichtskosten. Am 27. Dezember 2016 schloss die Beklagte auf Abweisung der Anschlussberufung.

E. 6

Die Zivilkammern des Obergerichts des Kantons Bern sind zur Beurteilung der vorliegenden Berufung gestützt auf Art. 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ; BSG 271.1) und Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO örtlich, sachlich und funktional zuständig. Bei der Beurteilung, ob die Berufungsschrift hinreichende Anträge enthält, ist nicht nur auf die formellen Anträge abzustellen. Die Anträge können sich auch aus der Berufungsbegründung ergeben. Folgt daraus hinreichend klar, welches Urteil der Berufungskläger von der Rechtsmittelinstanz begehrt, ist von einem rechtsgenügenden Antrag auszugehen (HUNGERBÜHLER/BUCHER, DIKE

5 Kommentar zur ZPO, N 26 zu Art. 311 ZPO). Nach der Praxis des Bundesgerichts ist es sodann überspitzt formalistisch, mangels genügenden Antrags in der Sache nicht auf die Berufung einzutreten, wenn sich aus der Begründung, sowie gegebenenfalls dem angefochtenen Entscheid klar ergibt, was der Rechtsmittelkläger verlangt (BGE 137 III 617, E 6.2). Es trifft zwar zu, dass die Beklagte keinen reformatorischen Antrag stellte. Aufgrund der Berufungsschrift ist allerdings klar, dass sie auf Nichteintreten (p 649) bzw. auf Abweisung der Klage (p 651 ff) schliesst. Mit Blick auf die Berufungsbegründung ist deshalb von einem rechtsgenügenden Antrag auszugehen.

E. 7

Auf das Feststellungsbegehren des Klägers ist hingegen nicht einzutreten: Das Nichteintreten auf das Feststellungsbegehren ist nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens. Der Kläger hat diesen Punkt weder selbständig angefochten noch ein entsprechendes Rechtsbegehren in seiner Anschlussberufung gestellt. Da sich die Berufung der Beklagten darauf nicht bezog, fehlt es an einer Anfechtung, weshalb der Entscheid diesbezüglich in Rechtskraft erwachsen ist. Ferner ist der Antrag auch nicht begründet. Der Kläger legt nicht im Ansatz dar, warum die Vorinstanz auf sein Feststellungsbegehren zu Unrecht nicht eingetreten ist.

E. 8

Die Ziffern 4 und 5 des angefochtenen Entscheides blieben letztlich unangefochten und sind in Rechtskraft erwachsen. Im Uebrigen ist auf die form- und fristgerechte Berufung einzutreten. Es wird im schriftlichen Verfahren aufgrund der Akten entschieden (Art. 316 ZPO). Im Berufungsverfahren sind nur noch Noven (neue Tatsachen und Beweismittel) zu berücksichtigen, welche ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO; SJZ [109] 2013, 290). Bei unechten Noven (Tatsachen und Beweismittel, die bereits zur Zeit des erstinstanzlichen Entscheides vorhanden waren) muss sich die Partei für den verspäteten Vortrag entschuldigen können (GASSER, Kurzkomentar zur ZPO, N 3 zu Art. 318 ZPO). Die Beilagen zur Berufungsantwort (Rechnungen / Korrespondenz zur Abwasserentschädigung) hätten bereits vor der ersten Instanz eingereicht werden können. Der Kläger bringt keine Entschuldigungsgründe vor. Die Beilagen zur Berufungsantwort 1 bis 8 sind daher aus den Akten zu weisen.

6 II. A. Prozessuale Rügen der Beklagten

E. 9

Die Beklagte bemängelte schon vor erster Instanz, die Rechtsbegehren des Klägers seien zu unbestimmt gewesen und die Präzisierung im zweiten Parteivortrag habe eine unzulässige Klageänderung dargestellt.

E. 10

Die Vorinstanz verneinte eine unzulässige Klageänderung. Bereits aus dem ursprünglichen RB 2 habe sich ergeben, dass es sich bei der strittigen Grundstücksfläche um denjenigen Teil des Grundstücks handeln müsse, auf welchem das Gebäude 519b stehe. Der Begründung lasse sich ohne weiteres entnehmen, was der Kläger verlange. Nämlich, dass das Gebäude 519b inkl. des zudienenden Umschwungs im Halt von 472m² seinem Grundstück zuzuschlagen sei. Das RB 2 sei deshalb bereits in seiner ursprünglichen Form genügend bestimmt und die spätere Präzisierung stelle keine Klageänderung dar. Ähnlich argumentierte die Vorinstanz im Zusammenhang mit RB 3. Der Kläger habe sein Rechtsbegehren lediglich den im Verlauf des Verfahrens gewonnenen Erkenntnissen angepasst. Er habe von Anfang an die Auffassung vertreten, er sei Eigentümer der genannten Gebäude, nicht aber der darunterliegenden Fläche. Aus diesen Umständen habe er sein Baurecht abgeleitet. Mit seinem präzisierten RB 3 habe er deshalb weder mehr noch zusätzliches noch etwas anderes verlangt.

E. 11

Die Beklagte hält auch vor oberer Instanz an der Unzulässigkeit der Klageänderung fest. Ihr habe sich die Rechtsnatur der Klage in keiner Art und Weise erschlossen. Namentlich sei nicht ersichtlich gewesen, ob der Kläger eine Grenzscheidungs- oder Grenzfeststellungsklage erhebe, so dass sie sich nicht hinreichend habe verteidigen können. Ein solches Vorgehen widerspreche Treu und Glauben und verletze ihren Anspruch auf rechtliches Gehör. Es gehe nicht an, dass ein Kläger bloss "Rauchbomben" um sich werfe, um dann erst anlässlich der Hauptverhandlung seine wahre Intention preiszugeben, ohne auch nur einen Rechtsgrund als Klagefundament zu nennen und das Ganze ins Ermessen des Gerichts zu legen.

E. 12

Der Streitgegenstand war den Parteien seit langem bekannt. Derselbe Streit beschäftigte schon die Gemeindeverwaltung, die Schlichtungsbehörde und anlässlich der Instruktionsverhandlung wurde auch mit der zuständigen Richterin darüber debattiert. Worüber gestritten wird, ergibt sich auch aus der Verfügung des Kantonsgeometers. Danach sind sich die Parteien über die Grenze im Bereich des "Rosstalls" uneins und der Kläger spricht die Bodenfläche unter diesem Gebäude (inkl. zudienendem Umschwung) als seiner Parzelle zugehörig an. Die örtlichen Verhältnisse und der Streitgegenstand waren den Parteien

7 bestens bekannt. Wie der Vertreter der Beklagten sagte: "Die Gebäude auf Gbbl. Nr. 530 kennt man, wenn man Engstler ist. Zudem kenne ich sie noch ein wenig genauer, da ich Grundbuchverwalter Oberhasli war" (p 475). Nicht einmal ein Augenschein war nötig, weil alle wussten, worum es ging. Von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs kann deshalb keine Rede sein. Es mag sein, dass die Rechtsbegehren des Klägers nicht unbeschadet zu einem vollstreckbaren Urteil hätten erhoben werden können. Zusammen mit der Begründung und den Klagebeilagen war aber deutlich genug, was verlangt wurde. Allenfalls hätte ein Verweis im Antrag auf den Plan in Klagebeilage 23 klärend gewirkt. Dieser der Klage beiliegende Plan genügte aber auch ohne Verweis, um das Begehren des Klägers unmissverständlich darzulegen. Das Gericht hat denn auch verstanden, worum es ging. Den Parteien war das, wie bereits erwähnt, von Anfang an klar.

E. 13

Anlässlich des zweiten Parteivortrages ergänzte der Kläger sein Rechtsbegehren lediglich mit dem Wort "zusätzlich" und verwies auf die Planbeilage des Nachführgeometers (vgl. p 487u). Am Inhalt der Anträge änderte sich dadurch nichts. Der Kläger hat vielmehr nur den vom Gericht in Auftrag gegebenen Geometerplan genutzt, der die Situation veranschaulichte. Zu Recht hat die Vorinstanz darin keine Klageänderung erblickt.

E. 14

Die Schwierigkeit bei der Formulierung der Anträge hängt nicht zuletzt mit den Unsicherheiten betreffend Rechtsnatur der vorliegenden Klage zusammen: Die Vorinstanz hat ausführlich und zutreffend den Unterschied zwischen der Grenzscheidungsklage (Gestaltungsklage) nach Art. 669 ZGB und der Grenzfeststellungsklage im Sinne einer Eigentumsklage herausgearbeitet (p 601). Die Vorrichterin ging in Anlehnung an BGER 5A_769/2011 E 2.1 (und mit Verweis auf die einschlägige Sachenrechtsliteratur) von einer Eigentumsklage aus. Sie erwog, die Ersterhebung der Grenze werde nur von einer Partei stritten, welche zudem das Eigentum bis zu einer bestimmten Grenze beanspruche. Dies spreche gegen eine Grenzscheidungsklage. Beim Eigentumsfeststellungsanspruch werde nicht die Feststellung einer ungewissen, nicht beweisbaren Grenze verlangt, sondern ein gerichtlicher Entscheid über die Eigentumszuständigkeit an einem strittigen Liegenschaftsanteil.

E. 15

Die Eigentumsklage (rei vindicatio) ist in Art. 641 Abs. 2 ZGB geregelt. Gestützt darauf hat der Eigentümer einer Sache das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren. Im Normalfall braucht für Immobilien keine Eigentumsklage erhoben zu werden, weil sich das Eigentum aus dem Grundbuch ergibt. Ist jedoch (wie hier) auch die Grenze umstritten, besteht die Besonderheit, dass nicht einfach ein bestimmtes – durch das Grundbuch quantifiziertes –

Grundstück heraus-

8 verlangt werden kann, sondern vorab die Gestalt des beanspruchten Eigentums – Lage, Ausdehnung - dargetan werden muss.

E. 16

Anders als im Normalfall der Eigentumsklage ist deshalb nicht nur ein Herausgabeanspruch zu beurteilen, sondern es muss vorab der streitige Eigentumsanspruch geklärt bzw. umfangmässig festgestellt werden. Gleichzeitig ist die Grenze des Grundstücks 530 umstritten und muss festgelegt werden. Gerade dafür wurden die Parteien von den Behörden an das Zivilgericht verwiesen. Der Streit dreht sich folglich durchaus auch um den richtigen Grenzverlauf, da ja letztlich im Grundbuch der Vermerk "strittige Grenze" wieder gelöscht werden soll. Geht man - den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz folgend - von einer Eigentumsklage aus, schwingen doch Elemente einer Grenzscheidungsklage mit.

E. 17

Entspricht der Grenzverlauf nicht der Vermarkung, muss das Gericht den richtigen Verlauf präzise festsetzen und dafür besorgt sein, dass die Umsetzung des Entscheides ohne Probleme möglich ist. Das macht Vorarbeiten und zusätzliche Unterlagen notwendig. Hier hat sich die Vorinstanz - zu Recht - darum bemüht, den Entscheid auch für die mit der Umsetzung betrauten Behörden verständlich auszuformulieren - und zwar einerlei wie geschickt oder ungeschickt die Anträge der Parteien gestellt waren. Es mussten die für die grundbuchlichen Verfügungen notwendigen Anordnungen getroffen werden. Daran besteht nicht nur ein privates sondern auch ein öffentliches Interesse.

E. 18

In solchen Fällen kann von den Parteien nicht verlangt werden, sämtliche für die Umsetzung notwendigen Dokumentationen von Anfang an beizubringen und in den Rechtsbegehren zu erwähnen. Es liegt deshalb geradezu in der Natur der Sache, dass hier das Rechtsbegehren nicht unbeschadet zum Urteil erhoben werden konnte. Auf jeden Fall war der Beklagten klar, was der Kläger wollte, so dass ihre Verteidigungsmöglichkeiten nicht beschnitten worden sind. Die Vorinstanz ist damit im Ergebnis zu Recht auf die Klage eingetreten. B. Materielles Strittige Grundstücksgrenze und -fläche / Gebäude Nr. 519b (Massenlager/Rossstall)

E. 19

Im Zusammenhang mit der Beurteilung der strittigen Grundstücksgrenze geht die Kammer von folgendem erstellten Sachverhalt aus:

9

E. 20

Das Gebäude mit der Nr. 519b (Sennhütte/Massenlager/Rossstall) gehörte immer schon dem Kläger. Strittig ist in diesem Sinne nur der Boden und der Umschwung. Das Gebäude wurde offenbar seit dem Jahr 1878 als Unterkunft (Zimmer, Massenlager) genutzt (p 161). Wie bereits erwähnt erwarb ein Vorfahre des Klägers (E. _____, Urgrossvater) im Jahre 1891 Land von der Beklagten (KB 1). Schon zuvor wurde auf dem gekauften Land ein Hotel (Titlis) betrieben. Nach dem Erwerb des Landes erstellte E. _____ darauf im Jahr 1892 das noch heute bestehende Hotel Engstlenalp. Der Kaufgegenstand wird im Vertrag

wie folgt umschrieben (KB 1, mit Maschine abgeschrieben in den Akten der EG Innertkirchen, p 97 ff): "Käuflich: Ein Stück Weidland auf der Alp Engstlen. Gemeinde Innertkirchen, Rossboden genannt, laut vorgenommener Schätzung durch Herrn Oberförster Müller in Meiringen 7359m² = 73,4 Qa. haltend und rings um an die übrige Alp Engstlen der verkäuferischen Genossenschaft angrenzend. Die dem Käufer angehörenden Wirtschaftsetablissemments stehen darauf. " Der Vertrag regelt weiter: "Der Besitzer des Etablissemments hat die Einfriedung des Verkauften auf eigene Kosten herzustellen und zu unterhalten. Für allfällige Beschädigungen durch Alpvieh, welche nicht absichtlich zugefügt werden, kann er von den Alpbesitzern keine Entschädigung fordern, sondern hat nur das Recht, solches Vieh zurück auf die Alp zu treiben".

E. 21

Am 10. April 1909 trat die Witwe von E. _____ das Grundstück ihren Kindern ab (Unterlagen der Gemeinde Innertkirchen, p 100 ff). Der Vertrag nennt gut lesbar eine Fläche von 73,59 Aren. Die Sennhütte wird als mitumfasst erwähnt. Kurz darauf, nämlich am 29. April 1909, wurden auf dem Grundstück Grundpfandrechte eingetragen (KB 2). Der Pfandtitel zählt die Gebäude auf, welche zur Besizung gehören. Es sind dies das Kurhaus- und Pensionsgebäude, das alte Gasthaus, das Pensionsgebäude, eine Sennhütte mit Zimmern, ein Waschhaus und das Stück Land, auf welchem die vorbezeichneten Gebäude stehen (Ziff. A.I). Bei der Sennhütte handelt es sich ohne Zweifel um das heute streitige Gebäude 519b (p 161, 465, 467, 477). Daran ändert die teilweise verwirrende Nummerierung nichts.

E. 22

Fünzig Jahre später (1959) wurde das sog. Badehaus verlegt. Dafür wurde ab der Parzelle 530 ein Stück Land von 200m² verkauft. Eine Vermarchung im Jahr 1997 ergab für den abparzellierten Teil eine Fläche von 202m². Schliesslich kaufte der Kläger das Grundstück im Jahr 1990 von seiner Tante (KB 3). Die Fläche wurde mit 71,59 Aren veranschlagt. Als dazugehörige Gebäude nannte der Vertrag nicht nur die Sennhütte (519b), sondern auch einen Schweinestall und einen Kiosk, welche aber unbestritten nicht zum Grundstück gehören.

10

E. 23

Im Rahmen der Erstvermessung wurde für das klägerische Grundstück 530, mit Grenze entlang der Einfriedung (Steinmauer), nur ein Halt von 6'685m² ermittelt. Nach Ansicht des Klägers hätte die Fläche aber mindestens 7'157m² betragen müssen (ursprünglicher Halt von 7'359m² abzüglich 202m² Verlegung Badehaus). Die Differenz von 472m² ergibt sich seiner Ansicht aus dem Umstand, dass das Gebäude 519b samt Umschwung bei der Vermessung der Parzelle der Beklagten zugeschlagen worden ist (vgl. 12. Sitzung [des Gemeinderates Innertkirchen] vom Montag 31. August 2009, p 75 der Akten EG Innertkirchen). Nach den Angaben des Klägers gab das Gebäude und die darunter- bzw. umliegende Fläche vor der amtlichen Vermessung nie Anlass zu Diskussionen. Als er das Grundstück von seiner Tante erworben habe, sei er davon ausgegangen, dass das Massenlager zum Grundstück gehöre und im Kaufpreis inbegriffen sei. Die Beklagte verlange zwar seit einigen Jahren Baurechtszins. Er habe sich diesem Ansinnen jedoch widersetzt.

E. 24

Die Beklagte hält dem entgegen, der Kläger habe die strittige Fläche vor der amtlichen Vermessung nie für sich beansprucht. Es sei immer "sonnenklar" gewesen, dass das Gebäude dem Kläger gehöre und er am Massenlager ein noch nicht eingetragenes Baurecht habe. Ein solches habe man dem Kläger offeriert, sei aber nie vereinbart worden. Ob es heute noch existiere oder un- tergegangen sei, bleibe unklar.

E. 25

Die Vorinstanz erörterte zunächst die Rechtsnatur der zu beurteilenden Klage. Sie erwog, hier werde ein gerichtlicher Entscheid über die Eigentumszustän- digkeit an einem strittigen Liegenschaftsanteil verlangt, weshalb es sich um ei- ne Grenzfeststellungsklage handle(vgl. dazu schon oben Ziff. 14). Dem Grundsatz nach - so die Vorrichterin weiter - trage der Kläger die Beweis- last für sein Grundeigentum und dessen genaue räumliche Ausdehnung. Ein solcher Beweis sei in erster Linie mit Grundbuchplänen und in zweiter Linie mit der örtlichen Vermarkung zu führen. Beides helfe hier nicht weiter. Infolgedes- sen müsse die Grundstücksfläche sowie der Grenzverlauf anhand allfälliger Grenzzeichen im Gelände oder bei Bedarf mit allen weiteren verfügbaren Mit- teln (Beschreibungen im Kataster, Erwerbsakt, Zeugen, Ortsbesichtigungen etc.) bestimmt werden. Als Beweismittel erörterte die Vorinstanz im Folgenden namentlich die Einfrie- dung des Grundstückes, den Kaufvertrag aus dem Jahr 1891, den Pfandbrief aus dem Jahr 1909, die damalige Messgenauigkeit, die Planbeilage zur Flächenberichtigung 97/8 sowie die Partei- und Zeugenaussagen.

E. 26

Sie ging beweiswürdigend im Wesentlichen davon aus, dass den Flächenan- gaben im Kaufvertrag von 1891 und im Pfandbrief von 1909 (beide Dokumente

11 verurkunden 73,59 Aren) vertraut werden könne. Gemäss dem Zeugen F. _____ (Geometer) habe es sich höchstwahrscheinlich nicht um eine Schätzung gehandelt, da die Angaben auf den Quadratmeter genau erfolgt seien. Bereits dannzumal habe man relativ genau vermessen können und ein Messfehler von 500 m² erscheine als unwahrscheinlich. Gegen einen Messfeh- ler spreche ferner die Tatsache, dass die relevanten Flächenangaben auf dem Pfandbrief nicht einfach aus dem Erwerbstitel (Kaufvertrag) abgeschrieben sondern dem Grundstückregister entnommen worden seien. Der Pfandbrief wirke ferner deshalb verlässlich, weil er korrekt die fünf - auch heute noch auf dem klägerischen Grundstück liegenden - Gebäude nenne und beschreibe. Demgegenüber sei der Kaufvertrag aus dem Jahr 1990 weniger aussagekräf- tig, da er lediglich eine circa Fläche nenne und Gebäude aufführe, welche kla- rerweise nicht auf dem Grundstück des Klägers liegen würden.

E. 27

Die heute noch vorhandene Einfriedung spreche zwar auf den ersten Blick für die Beklagte. Die Einfriedung müsse jedoch im Zusammenhang mit den da- mals geltenden rechtlichen Bestimmungen gesehen werden. Früher seien Ein- friedungen vor allem erstellt worden, um das Vieh vor dem Verlaufen zu schüt- zen. Die Verpflichtung im Kaufvertrag, das Land zu umzäunen, habe daher primär zum Zweck gehabt, vor Viehschaden zu schützen und dürfe nicht als Zeichen der Vermarchung verstanden werden. Aus den Planbeilagen (Planbeilage zur Flächenberichtigung 97/8; gemäss dem Zeugen F. _____ "Telefonplan") folge ebenfalls nichts zu Gunsten der Be- klagten. Auf diesen Plan sei bloss mangels Besserem

zurückgegriffen worden. Er möge für die Auslegung der seinerzeit in Frage stehenden Dienstbarkeiten (Wasser- Kanalisationsanschluss etc. der Schaukäserei) massgeblich gewesen sein. In Bezug auf die hier streitige Grenzziehung komme ihm indes keine Beweiskraft zu, weil er nicht die Vermarchung zum Gegenstand gehabt habe. Entsprechend habe die Urkundsperson nicht den Grenzverlauf überprüft.

E. 28

Im Ergebnis - so die Vorrichterin abschliessend - würden die Beweismittel nicht nur für das Eigentum des Klägers am Gebäude 519b sondern auch für sein Eigentum an der dazugehörigen Bodenfläche sprechen, weshalb das Gericht von der Richtigkeit seiner Sachvorbringen überzeugt sei.

E. 29

Die Beklagte hält diese Beweiswürdigung für fehlerhaft. Eine korrekte Würdigung der Beweise sowie das Gesamtbild würden vielmehr für den Standpunkt der Beklagten sprechen und erhebliche Zweifel an den Darstellungen des Klägers begründen. Das genüge, um den Hauptbeweis des Klägers zu erschüttern.

E. 30

Die Beklagte erhebt gegen die Beweiswürdigung im Wesentlichen folgende Einwände:

12 • Die Vorinstanz habe der Publizitätswirkung von Grenzzeichen (Vermarchung) und Einfriedung zu wenig Beachtung geschenkt und in diesem Zusammenhang nicht die vollständige, seinerzeit geltende Gesetzgebung berücksichtigt. Die Pflicht, bei einem Verkauf Grenzzeichen zu setzen, habe bereits nach altem bernischen Recht gegolten. • Die im damaligen Recht (und im Kaufvertrag) verankerte Einfriedungspflicht habe im Wesentlichen der nach aussen sichtbaren Grenzziehung gedient. Aus diesem Grund zeige die mehr oder weniger gerade Mauer rund um das Grundstück den Grenzverlauf. Dass nur ein Teil des Grundstückes eingefriedet worden wäre, leuchte nicht ein. Zudem ergäbe die vom Kläger behauptete Grenze einen höchst unüblichen Verlauf ("merkwürdige Zacken und Ausbuchtungen") und keine gerade Linie. Ein solcher Grenzverlauf im flachen Gelände widerspreche jeglicher Lebenserfahrung. Die Vorinstanz liege falsch, wenn sie annehme, die Einfriedung habe einen Haftungsausschluss bezweckt. • Der Pfandbrief von 1909 und der Kaufvertrag von 1891 hätten nur geringe Beweiskraft. Es sei nichts Besonderes, dass die Angaben übereinstimmen würden. Dies gehe darauf zurück, dass die Flächenangabe ohne Ueberprüfung aus dem Grundbuch übernommen worden sei. Dem Grundstücksbuch und der Bezeichnung der Gebäude im Grundbuch komme sodann keine dingliche Wirkung und damit auch keinerlei Beweiskraft zu. • Die schweizerische Literatur zur damaligen Messgenauigkeit widerspreche der Annahme der Vorinstanz, dass im Jahre 1891 bereits genau vermessen werden können. Das Gegenteil sei richtig. Mit einer Abweichung von rund 400m² habe zur damaligen Zeit ohne weiteres gerechnet werden müssen. • Die Vorinstanz habe den Beweiswert der diversen Planbeilagen unzutreffend gewürdigt. Die zahlreichen Pläne, die für die Errichtung von Dienstbarkeiten, Flächenbereinigungen und für die Abarzellierung verwendet worden seien, hätten den Charakter eines Grundbuchbeleges. Der vom Nachführgeometer erstellte Abarzellierungsplan sei überdies Teil des Vermessungswerkes, weshalb ihm der Charakter einer öffentlichen (verbindlichen) Urkunde zukomme. Sämtliche Pläne seien vom Kläger selbst unterzeichnet worden, womit er die Grenzen seines Grundstückes anerkannt habe. Ihm könne daher nicht entgangen sein, dass der Boden ausserhalb der Einfriedung nicht

ihm gehöre.

E. 31

Für die Kammer sind folgende Ueberlegungen massgebend. Beweislast/Beweismass

13 Infolge der Vermarkung ist die Situation so angelegt, dass das Gebäude 519b (samt Umschwung) nicht zum Grundstück 530 gehört. Auf Anweisung des Gemeinderates Innertkirchen vom 18. Dezember 2009 (Akten EG Innertkirchen, p 71) hat der Geometer die Parzellengrenze 530 entlang der bestehenden Einfriedung festgelegt, welche zwar das Hotel und diverse andere Gebäude umfasst, nicht aber das Massenerlager. Diese Ausgangslage wurde durch (willkürfreies) behördliches Handeln geschaffen und gibt die Beweislastverteilung vor. Erklärt die Gemeinde den Grenzverlauf für strittig (Art. 21 AVG), liegt es am Kläger sein vom Grenzverlauf abweichendes Eigentum zu beweisen. Dementsprechend hat die Vorinstanz zu Recht festgehalten, dass der Kläger die Beweislast für sein Grundeigentum trägt. Er muss mit anderen Worten das Gericht von der Richtigkeit seines Eigentumsanspruchs überzeugen. Nun kann aber dem Kläger der Beweis für sein Eigentum gelingen, obwohl der genaue Grenzverlauf unklar bleibt. In einer solchen Situation darf nach Ansicht der Kammer für den Nachweis der Grenze nicht dasselbe Beweismass verlangt werden wie für den Eigentumsanspruch. Es wäre sachlich nicht zu rechtfertigen, das Eigentum allein deshalb zu verweigern, weil der genaue Grenzverlauf nicht bewiesen werden kann. Analog zur Grenzscheidungsklage (Kläger braucht Klage nicht auf bestimmte Grenzlinie zu richten, Klage darf nicht mangels Beweisen abgewiesen werden) hat das Gericht diesfalls vielmehr die Grenze selbst festzulegen (MEIER-HAYOZ, BK-Sachenrecht, N 19 zu Art. 669 ZGB). Publizitätsgrundsatz

E. 32

Die Grenzberichtigung und Einfriedung (Einfristung) war im damaligen bernischen Zivilgesetzbuch (CGB) durch diverse Bestimmungen geregelt (vgl. Art. 405 ff CGB): So bestand gemäss Art. 402 CGB die Möglichkeit, den Nachbarn zur Bezeichnung der Grenze (Markung) und zur Erneuerung unkenntlich gewordener Grenzzeichen anzuhalten. Allerdings statuierte diese Norm lediglich ein Recht, aber keine Pflicht (KÖNIG, Civilgesetzbuch für den Kanton Bern nach Entscheidungen des Appellations- und Kassationshofes und des Bundesgerichts, Zweiter Band, Sachenrecht, Bern 1880, 143). Bei vorhandenen Einfriedungen galt sodann die Vermutung, dass solche den angrenzenden Eigentümern gemeinschaftlich gehören und von denselben im Verhältnis ihrer Grenzlinie zu unterhalten sind (Art. 405 CGB). Die Nachbarn konnten deshalb gegenseitig voneinander verlangen, dass der Zaun instand gehalten wird. Bereits im Jahre 1880 hatte letztere Bestimmung aber nur noch in denjenigen Gegenden Bedeutung, wo ein Interesse am Auseinanderhalten der Grundstücke bestand, namentlich bei Weiden und in Berggegenden. Die Zaun- bzw.

14 Einfriedungspflicht fiel nämlich dahin, wenn von zwei Anstössern der eine aufhörte, sein Vieh zur Weide zu treiben. Daraus folgt, dass der Grund für die Einfriedungspflicht darin lag, das Vieh vor dem Verlaufen zu schützen (KÖNIG, a.a.O., 146 f).

E. 33

Die Einfriedung hatte deshalb in erster Linie zum Zweck, Schäden zu verhindern. Das Vieh musste im Zaun gehalten und am Entlaufen gehindert werden. Zu Recht folgte die Vorinstanz daraus, dass die Einfriedungspflicht eine Haftungsfrage regelte. Die

Hauptsorge des Gesetzgebers galt im Uebrigen der Frage, wer für die Kosten der Einfriedung aufzukommen hat (vgl. auch Art. 408 CGB) und nicht, welche Rechtswirkungen an die Einfriedung zu knüpfen sind. Jedenfalls lässt sich den einschlägigen damaligen Bestimmungen nicht entnehmen, dass die Einfriedung als rechtswirksame Vermarchung verstanden werden könnte. Die Einfriedung hatte praktische aber keine rechtlichen Wirkungen. Die gegenteilige Ansicht hätte im Uebrigen zu unbefriedigenden Folgen geführt: Wer Land falsch eingefriedet hätte, hätte entweder Eigentum verloren, oder hätte sich zu viel Eigentum verschaffen können.

E. 34

Gestützt auf die Art. 402-404 und 646 CGB erliess der Regierungsrat des Kantons Bern am 26. Mai 1869 eine Verordnung über die Vermarchung der Flurparzellen. Danach ist jeder Grundeigentümer verpflichtet, seine Grundstücke zu vermarchen. Die Kosten fallen den Grundeigentümern auf (Art. 1). Die Eigentums Grenzen eines jeden Grundstücks (Flurparzelle) sollen mit sichern Grenzzeichen versehen werden. Als Grenzzeichen sind zulässig: a. Marchsteine, aus dauerhaftem Material, wo möglich behauen [...]; b. Monumente, gut erhaltene Mauern, feste Lägersteine und Felsen [...]. Auf den Grenzzeichen sind die Grenzpunkte (Scheitelpunkte der Grenzlinien) und wo tunlich auch die Richtung der Grenzlinien deutlich einzuzeichnen [...] (Art. 2). Die Entfernung von einem Grenzzeichen zum andern soll in der Regel nicht über 500 Fuss betragen. In Gebirgsgegenden darf diese Entfernung sich bis auf 2000 Fuss belaufen (Art. 4). Der Parzellarvermessung eines Gemeindebezirks muss die Bereinigung und Vermarchung der Flurparzellen vorangehen. Zu diesem Zweck ernannt der Gemeinderat eine Marchkommission. Sie bestimmt Zeit und Ort für die Begehung der Parzellengrenzen und die nachfolgenden Marchverhandlungen und lässt dazu den Grundeigentümern jeweilen durch den Marchweibel bieten (Art. 6). Grundeigentümer, welche der erhaltenen Vorladung nicht Folge leisten oder innert der festgesetzten Frist die Vermarchung nicht ausführen, sind der Gemeinde gegenüber für die daraus erwachsenen Mehrkosten haftbar, und die betreffenden Grenzen werden als streitig angesehen (Art. 9). Streitige Grenzen werden nach dem gewöhnlichen Civilverfahren bereinigt (Satz. 402, 403 und 404 C. und Art. 646 des Code civil; Art. 10).

E. 35

Aus dieser Verordnung folgt zwar, dass eine Pflicht zur Vermarchung bestand. Allerdings geht daraus auch hervor, dass längst nicht alle Parzellen vermarcht

15 waren. Es fiel in die Kompetenz der Gemeinden, die Vermarchung voranzutreiben, was in gewissen Gegenden viel Zeit in Anspruch nahm. So auch auf der Engstlenalp, wo die Vermessung für das eidgenössische Grundbuch erst im Jahr 2010 stattfand. Aus der Verordnung ergibt sich aber nicht, dass die Einfriedung die Wirkung einer rechtsgültigen Grenzziehung hätte. Vielmehr belegen die referierten Vorschriften des altbernischen Civilgesetzbuches, dass mit der Einfriedung durchaus auch andere Zwecke verbunden sein konnten. Die Verletzung der Markierungspflicht führte auch nicht zum Rechtsverlust. Sie zog möglicherweise Kosten nach sich, oder hatte zur Folge, dass allenfalls eine streitige Grenze vorlag, deren Verlauf gerichtlich festgestellt werden musste. Es trifft deshalb nicht zu, wenn die Beklagte behauptet, der Einfriedung komme die Funktion einer Grenze zu. Die von der Beklagten gezogene Schlussfolgerung "Mauer = rechtswirksame Grenze" lässt sich aus der damaligen Rechtslage jedenfalls nicht ableiten. Kaufvertrag aus dem Jahr

1891 (KB 1)

E. 36

Der Kaufvertrag aus dem Jahre 1891 ist nach Ansicht der Kammer deshalb relevant, weil er den Kaufgegenstand umschreibt und daraus (sozusagen aus erster Hand) Indizien für den Umfang der damals beabsichtigten Eigentumsverschaffung folgen. Dem Kaufvertrag lässt sich entnehmen, dass E. _____ von der Beklagten Weideland im Halte von 7'359m² erwarb. Der Vertrag erwähnt ausdrücklich, dass sich auf dem gekauften Land die dem Käufer gehörenden "Wirtschafts-etablissemments" befänden. Dazu gehörte - was damals und heute unbestritten ist - auch das als Rossstall/Massenlager/Sennhütte bezeichnete, in dieser Form 1878 errichtete Gebäude 519b. Am wirtschaftlichen Hintergrund dieser Transaktion bestehen nach Ansicht der Kammer keine Zweifel. Der Vorfahre des Klägers kaufte von der Alp dasjenige Land, das er für den Betrieb seines Hotels brauchte. Die Landabtretung hatte primär zum Zweck, eine Parzelle auszuscheiden, auf die sämtliche zum Betrieb des "Wirtschaftsetablissemments" gehörenden Gebäude zu liegen kamen. Bei dieser Ausgangslage war allen damals an der Transaktion Beteiligten klar, wie sich die Eigentumsverhältnisse präsentieren. Dem Käufer gehörten alle Gebäude (inkl. Boden), die er für die Bewirtschaftung des Hotels benötigte. Die "Publizität" der Eigentumsgrenzen ergab sich aus der Bewirtschaftung und nicht aus der Einfriedung. Dass diese Ausgangslage in Vergessenheit geraten bzw. es zu einem späteren Zeitpunkt zum Streit über den Boden kommen könnte, lag ausserhalb der Wahrnehmung der ursprünglich Beteiligten.

16 Für den Erbauer der Mauer bestand deshalb kein spezieller Anlass, mit der Einfriedung die Grundstücksgrenzen zu markieren. Alle wussten, dass die Sennhütte zum Hotel gehörte. Das deckt sich mit der bereits oben gewonnenen Erkenntnis, dass eine Einfriedung durchaus auch anderen Zwecken dienen konnte.

E. 37

In den besonderen Bestimmungen des Vertrages (Ziff. 3) wird sodann aufgeführt, dass der Besitzer des Etablissemments die Einfriedung des Verkauften auf eigene Kosten herzustellen und zu unterhalten habe bzw. für Beschädigungen durch Alpvieh keine Entschädigung fordern könne. Der Käufer musste also das gekaufte Grundstück einfrieden und diese Einfriedung unterhalten. Diese vertragliche Pflicht zum Erstellen einer Mauer/Zaun durch den neuen Eigentümer wich vom (oben erläuterten) allgemeinen Grundsatz ab, dass der Vieheigentümer als potentieller Schädiger die Grenze zu sichern hatte - und nicht der potentiell Geschädigte. Die Umkehr dieser Verpflichtung musste deshalb explizit im Vertrag verankert werden. Der Zweck der Regelung lag offensichtlich darin, allfälligen Haftungsansprüchen zuvorzukommen. So sollte die Alpgenossenschaft für den durch ihr Alpvieh angerichteten Schaden nicht aufkommen müssen, sondern es blieb Sache des Käufers, sich davor zu schützen.

E. 38

Diese Vertragsbestimmung zeigt ebenfalls, dass die Einfriedung zum Zweck hatte, Schäden zu verhindern und damit nicht primär die Eigentumsgrenzen markiert werden sollten. Da die Eigentumsverhältnisse bekannt waren, bestand für eine Grenzziehung auch keine zwingende Notwendigkeit. Vielmehr musste die Mauer so gezogen werden, dass Gefährdungen der Hotelgäste vermieden werden konnten. Der Kläger erwähnte (p 163 und 467), dass im Gebäude 519b Maultiere und Pferde gehalten worden sind, vor denen die Gäste ebenfalls geschützt werden sollten. Diese Einlassung tönt plausibel, ist nach dem

Gesagten doch offensichtlich, dass die Einfriedung mit dem Bedürfnis nach Schutz vor Tieren einherging. Es ist deshalb ohne weiteres nachvollziehbar, dass zum Zeitpunkt der Erstellung der Mauer praktische Überlegungen (Schutz vor Tieren) im Vordergrund standen, welche das Interesse an einer akkuraten Grenzziehung in den Hintergrund drängten. Wie bereits gesagt, für die damals Beteiligten war auch ohne sichtbare Grenzziehung klar, wie sich die Eigentumsverhältnisse präsentierten.

E. 39

Aus dem Kaufvertrag geht sodann hervor, dass eine Fläche von 7'359m² verkauft worden ist. Dass es sich dabei - wie die Beklagte behauptet - um eine Schätzung gehandelt haben sollte, ist unwahrscheinlich. Gegen eine Schätzung spricht zunächst die auf den Quadratmeter genau angegebene Fläche. Zudem ist selbst in KB 1 nicht von "Schätzung" sondern von "Schatzung" die Rede, was nicht zwingend etwas Ungenaueres bedeuten muss.

17 Für die Verlässlichkeit der Angabe spricht ferner, dass sie vom zuständigen Oberförster stammt. Laut Gesetz über das Vermessungswesen vom 18. März 1867 (abrufbar: digibern.ch, Themen, Recht, Gesetze/Dekrete/Verordnungen, Gesetze/Dekrete/Verordnungen des Kantons Bern 1831-1993, Band 6/1867, S 21 ff) wurden die mit der Vermessung zusammenhängenden Aufgaben gestützt auf § 1 den Direktionen und Forsten übertragen. Die "Schatzung" ist folglich - entgegen der Behauptungen der Beklagten (p 675) - vom dafür vorgesehenen Fachmann ("Oberförster Müller") vorgenommen worden. Sodann geht die Kammer mit den in allen Teilen überzeugenden vorrichterlichen Erwägungen davon aus, dass bereits zum damaligen Zeitpunkt recht genau vermessen werden konnte. Dass die Abweichung von rund 500m² in einem flachen Gebiet auf einen Messfehler zurückzuführen wäre, erscheint daher höchst unwahrscheinlich und kann ausgeschlossen werden.

E. 40

Nach dem bisher Gesagten steht für die Kammer ohne Zweifel fest, dass mit dem Kaufvertrag aus dem Jahr 1891 eine Parzelle verkauft wurde, die alle zum Betrieb des "Wirtschaftsetablissemments" gehörenden Gebäude umfasste. Dem Grundsatz nach ist damit klar, dass das Gebäude 519b sowie eine dazugehörige Bodenfläche von 472m² dem Kläger gehört. Am Eigentum des Klägers bestehen keine vernünftigen Zweifel. Unklarheiten mögen einzig in Bezug auf den exakten Grenzverlauf rund um das Gebäude 519b bestehen. Dass daran der Beweis für das Eigentum nicht scheitern darf, wurde oben (Ziff. 31) bereits erläutert.

E. 41

An der gewonnenen Überzeugung vermögen auch die weiteren Vorbringen der Beklagten (Pfandbrief, spätere Pläne, Badehaus, Baurechtszins) nichts zu ändern. Pfandbrief Die Beweiswürdigung der Kammer stützt sich in erster Linie auf die Bestimmungen des Kaufvertrages sowie auf die damalige Rechtslage, ohne dass dem Pfandbrief in diesem Zusammenhang besondere Bedeutung zukäme. Die Kammer ist vielmehr überzeugt, dass die Haltangabe auf dem Pfandbrief nicht auf einer Neuvermessung beruhte, sondern einfach aus dem Kaufvertrag oder dem Grundbuch übernommen wurde. Aus dem Pfandbrief ergeben sich deshalb keine neuen oder zusätzlichen Erkenntnisse. Immerhin erwähnt auch der Pfandbrief die Sennhütte. Das deutet zumindest darauf hin, dass in der "Familiendition" (Witve und Kinder von E. _____) die Sennhütte immer als zur Parzelle zugehörig betrachtet wurde. Pläne

E. 42

Aktenkundig sind diverse Pläne (KB 4, KAB 3-5, 8), auf der die Umfriedung der Parzelle 530 eingezeichnet ist und die vom Kläger unterzeichnet worden sind. Die Beklagte schliesst daraus, dass die Grenze schon immer der Umfriedung

18 entlang gezogen worden sei. Ferner ist sie der Ansicht, den Plänen komme rechtsverbindliche Wirkung zu. Der ins Recht gelegte sog. "Telefonplan" (KB 4) wurde im Zusammenhang mit der Abparzellierung und Vermarchung der (Badehaus)Parzelle 533 verwendet. Der andere Plan (KB 8) geht auf die Einräumung einer Dienstbarkeit zurück. Jeder der Pläne hatte folglich eine ganz spezielle Zweckbestimmung, wozu die Bereinigung des Grenzverlaufs rund um die Parzelle 530 gerade nicht gehörte. Aus diesem Grund ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz erwog, öffentliche Urkunden würden nur für das volle Beweis erbringen, was von der Urkundsperson entweder geprüft oder kraft eigener Wahrnehmung als richtig bescheinigt worden sei. Dazu gehörte bei keinem der Pläne die rechtsverbindliche Festlegung der Grundstücksgrenze für die Parzelle 530. Sie dienten - wie erläutert - ganz anderen Zwecken. Den Plänen kann deshalb nicht die Wirkung eines Grundbuchplanes i.S. von Art 950 ZGB zukommen, und die Unterzeichnung durch den Kläger stellt keine Anerkennung der Grundstücksgrenze dar. Badehaus

E. 43

Das Badehaus stand früher unbestrittenermassen neben dem Gebäude 519b ausserhalb der Umfriedung. Es wurde mit Kaufvertrag vom 29. Juni 1959 (Akten EG Innertkirchen, p 100) verkauft und kam auf die innerhalb der Mauer liegende, neu geschaffene Parzelle 533 zu stehen. Nach den Behauptungen der Beklagten soll der Hinweis, dass das Badehaus im Kaufvertrag als im "Engstlenläger" stehend bezeichnet wurde, für ihr Eigentum am Boden ausserhalb der Umfriedung sprechen. Fest steht, dass das Badehaus früher unmittelbar neben der Sennhütte und damit auf der heute umstrittenen Fläche stand. Gegen den Verkauf hatte die Beklagte offenbar keine Einwendungen, weil auch ihr klar war, dass das Badehaus dem Eigentümer des Hotelbetriebes gehörte. Dass es ohne Boden verkauft wurde, sagt nichts über die Eigentumsverhältnisse am Land aus, zumal ja nur das Haus versetzt wurde. Aus der mehr oder weniger genauen Gebietsbezeichnung "Engstlenläger" folgt ebenfalls nichts zu Gunsten der Beklagten. Welches Gebiet damit genau gemeint ist, wird nicht näher erläutert. Ob und inwieweit diese Bezeichnung im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Parzellen auf der Engstlenalp praktische Bedeutung hätte, ist ebenfalls völlig offen und wird durch nichts untermauert. Die Vorbringen der Beklagten zum Badehaus sind deshalb nicht zielführend. Baurechtszins

E. 44

Die Beklagte verrechnet dem Kläger seit mehreren Jahren einen Baurechtszins im Zusammenhang mit dem strittigen Grundstücksteil und dem darauf liegenden Gebäude 519b. Aus der Tilgung dieser Forderung folgert die Beklagte, der Kläger habe schon immer gewusst, dass er nicht Eigentümer des Bodens

19 sei. Ihrer Ansicht nach behauptet der Kläger nun plötzlich Eigentum, weil er keinen Baurechtszins mehr bezahlen wolle (p 667). Der Baurechtszins ist eine Erscheinung jüngeren Datums und hängt mit dem Streit über den Boden zusammen. Er geht wohl letztlich auf eine Verhärtung der Fronten zurück, weil der Kläger an seinem Eigentumsanspruch festhielt. Für die Beklagte war aber schon länger klar, dass der Kläger Eigentum am Boden rund um die Sennhütte anspricht. Die - wie die Beklagte einräumt -

"wi- derwillige" Bezahlung eines Baurechtszinses lässt deshalb keine Rückschlüsse auf die Eigentumsverhältnisse zu. Zudem führt die Beklagte selbst aus, dass die Bezahlung durch Verrechnung erfolgt sei. D.h. mit ihrer Verrechnungser- klärung bezahlte sich die Beklagte sozusagen selbst und der Kläger konnte dem nur schwerlich etwas entgegenhalten. Auch der Baurechtszins ist nach dem Gesagten für den Eigentumsbeweis nicht ausschlaggebend.

E. 45

Alles in Allem ergibt eine Würdigung der vorliegenden Beweismittel, dass es der Beklagten nicht gelungen ist, ernsthafte Zweifel an den Vorbringen des Klägers zu säen. Nach dem Gesagten ist vielmehr auch die Kammer über- zeugt, dass der Kläger Eigentümer der Sennhütte (Gebäude 519b) und der dazugehörigen Bodenfläche im Halte von 472m² ist. Die von der Vorinstanz festgelegte Grenze erscheint sodann plausibel. Der angefochtene Entscheid muss in Bezug auf die strittige Grundstücksgrenze und -fläche bestätigt wer- den. Die Vorinstanz hat im Dispositiv das Konstrukt mit der Aufforderung zur Abga- be einer Willenserklärung gewählt. Das Urteil ersetzt in diesem Fall die verwei- gerte Willenserklärung. Die Kammer könnte zwar die Anerkennung gleich selbst aussprechen, etwa mit der Formulierung "das Grundstück umfasst einen Halt von (.....), und ins- besondere das Gebäude Nr. 519b (...)". Da das Ergebnis letztlich aber dassel- be ist, verzichtet die Kammer auf eine andere Formulierung des Dispositives. C. Eigentum an einem Baurecht / Gebäude 519c und 519j (Schweineställe resp. Schweine- Hühnerstall)

E. 46

Aus den übereinstimmenden Aussagen der Parteien geht hervor, dass bis zur Erstvermessung auf der Engstlenalp viele Gebäude auf dem Land der Beklag- ten nicht in ihrem Eigentum standen, ohne dass entsprechende Baurechte verabredet gewesen wären. Während also der Boden der Alpengenossenschaft gehörte, wurden und werden die Gebäude von einzelnen Bauern genutzt und unterhalten. Nach und nach wurden diese alten Rechtsverhältnisse moderni- siert, indem die Alpengenossenschaft und die Bauern Baurechtsverträge ab-

20 schlossen; zum Teil allerdings blieben die Rechteinhaber untätig (p 477 Z 5 ff) oder - wie im Fall des Klägers - misslang eine Vereinbarung mit der Genos- senschaft. Immerhin blieb unbestritten, dass der Kläger altrechtlicher Eigentü- mer der beiden Ställe war und diese vor einigen Jahren noch auf Aufforderung der Beklagten hin saniert hatte. Die Beklagte stellte sich jedoch auf den Standpunkt, dass sie Eigentümerin der Gebäude geworden sei, nachdem der Kläger im Zuge der Erstvermessung die Einräumung eines Baurechts abgelehnt habe.

E. 47

Die Vorinstanz ging im Wesentlichen vom Weiterbestand altrechtlicher nicht im Grundbuch eingetragener dinglicher Rechte aus (Art. 17, 21, 44 Abs. 1 SchlT ZGB). Die Praxis nehme für die auf einer Alp stehenden - eigentumsmäßig je- doch nicht der Alpengenossenschaft zuzuordnenden - Gebäude seit jeher das Bestehen überlieferter Baurechte an. Diese behielten in Anwendung von Art. 44 Abs. 1 SchlT ZGB auch ohne Eintragung im Grundbuch Gültigkeit. Der Be- rechtigte könne die Eintragung bislang nicht eingetragener Rechte auch nach der Einführung des Grundbuches noch verlangen. Vorbehalten seien lediglich entgegenstehende Rechte gutgläubiger Dritter oder der Untergang des Rechts nach Art. 44 Abs. 2 SchlT ZGB. Hier seien das altrechtliche Eigentum des Klägers an den Gebäuden sowie sein Eigentum an Alpanteilsrechten

unbestritten geblieben. Der Eintragung einer Dienstbarkeit stehe weder das Recht eines Dritten entgegen, noch stelle das Scheitern der Einigungsbemühungen (betreffend Einräumen des Baurechts) einen Tatbestand von Art. 44 Abs. 2 SchlT ZGB (Untergang) dar.

E. 48

In der Berufung hält die Beklagte am Verzicht des Klägers auf die Einräumung der Baurechte (Nrn. 519c und 519j) fest. Sie beruft sich sinngemäss auf Art. 44 Abs. 2 SchlT ZGB, wonach das Recht absolut untergehen kann. Der Kläger habe die von der Beklagten angebotenen Baurechte aus sachfremden Gründen abgelehnt. Das führe zur Verwirkung seiner Rechte. Dass er weiterhin daran festhalte, erfülle den Tatbestand des "venire contra factum proprium", was keinen Rechtsschutz verdiene.

E. 49

Seitens der Beklagten blieb unbestritten, dass der Kläger altrechtlicher Eigentümer der beiden Gebäude 519c und 519j war. Mit den zutreffenden erstinstanzlichen Erwägungen ist sodann vom Bestehen überlieferter Baurechte auszugehen, die in Anwendung von Art. 44 Abs. 1 SchlT ZGB auch ohne Eintragung im Grundbuch gültig bleiben. Ihre funktionelle Entsprechung finden diese überlieferten Rechte in einem selbständigen und dauernden Baurecht gemäss Art. 675 und Art. 779 ff ZGB. Dass sich die Parteien im Rahmen einer Vereinbarung nicht fanden, stellt keinen Fall von Art. 44 Abs. 2 SchlT ZGB dar. Ein Rechtsverlust ist mit der Ablehnung nicht verbunden. Nur weil der Kläger mit einer Offerte der Beklagten nicht

21 einverstanden war, darf nicht auf einen Verzicht oder eine zweckwidrige Rechtsausübung geschlossen werden. Im Uebrigen ist auch nicht ersichtlich, welche Fakten der Kläger geschaffen haben sollte, die sein angeblich widersprüchliches Verhalten begründen könnten. Die Vorinstanz hat dem Kläger folglich zu Recht ein Baurecht an den beiden Ställen eingeräumt. Der angefochtene Entscheid muss auch in diesem Punkt vollumfänglich bestätigt werden. III. Kosten:

E. 50

Der Kläger verlangt im Rahmen seiner Anschlussberufung, dass die Grundbuchgebühren und Geometerkosten von der Beklagten zu tragen seien. Wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat, werden im nichtstreitigen Verfahren sowohl die anfallenden Grundbuchgebühren wie auch die anfallenden Geometerkosten von derjenigen Person getragen, welcher im Grundbuch ein bestimmtes Recht eingeräumt wird. Die Anpassung des Grundbuches an die Realität erfolgt hier zwar mit einem gerichtlichen Entscheid. Das ändert aber nichts daran, dass die Bereinigung im Interesse des Klägers liegt. Dass die Rechtslage erst jetzt klar wurde, ist auf die ungenügende Vermarchung der Parzelle durch die Vorfahren des Klägers zurückzuführen. Die Kosten einer früheren Anpassung - gestützt auf eine korrekte Vermarchung - wären auch vom jeweiligen Eigentümer der Parzelle zu tragen gewesen. Für die Kammer besteht keine Veranlassung, von den vorrichterlichen Erwägungen abzuweichen. 51. Der Kläger macht weiter geltend, die Beklagte habe die gesamten erstinstanzlichen Kosten (Gerichts- und Parteikosten) zu tragen. Die Vorinstanz hat dem Kläger einen Viertel und der Beklagten drei Viertel der Kosten auferlegt. Sie hat dabei das Ausmass des Obsiegens bzw. Unterliegens und den Prozessaufwand berücksichtigt. Entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen darf die Verweigerung der Umtriebsentschädigung bei der Gewichtung des Obsiegens oder Unterliegens nicht

berücksichtigt werden. Die Umtriebsentschädigung ist vielmehr eine Folge des materiellen Prozessausgangs.

22 Der Kläger ist erstinstanzlich lediglich mit seinem Begehren um Einräumen eines Baurechts am Kiosk und mit seinem Feststellungsbegehren unterlegen. Diese beiden Begehren haben kaum Prozessaufwand verursacht. Nach Ansicht der Kammer ist deshalb der dem Kläger auferlegte Kostenanteil von einem Viertel übersetzt. Er wird auf einen Fünftel reduziert. Der Kläger hat folglich erstinstanzliche Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 2'120.-- zu tragen. Nach Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche der Parteien auf Ersatz ihrer Parteientschädigungen resultiert mit Blick auf die einschlägigen erstinstanzlichen Zahlen (p 621 ganz unten) ein Anspruch des Klägers von Fr. 9'981.45 (siehe Berechnungstabelle im Anhang). In Bezug auf die Abweisung der Umtriebsentschädigung kann auf die zutreffenden vorrichterlichen Erwägungen verwiesen werden. 52. Im oberinstanzlichen Verfahren ist die Beklagte mit ihrer Berufung vollständig unterlegen. Auf der anderen Seite unterliegt der Kläger mit seinem Feststellungsbegehren und über weite Strecken mit seiner Anschlussberufung. Er obsiegt mit der Anschlussberufung nur marginal im Zusammenhang mit der Verteilung der erstinstanzlichen Kosten. Angesichts dieser Ausgangslage erscheint es angemessen, die oberinstanzlichen Kosten dem Kläger zu einem Sechstel und der Beklagten zu fünf Sechsteln aufzuerlegen. 53. B._____ verlangt für das oberinstanzliche Verfahren ein Honorar von Fr. 11'775.--. Er ist der Ansicht, auch im Berufungsverfahren rechtfertige sich eine Ausschöpfung des Tarifr Rahmens zu 100%, zuzüglich eines Zuschlages gemäss Art. 9 der Parteikostenverordnung (PKV, BSG 168.811) von 50%. Der ordentliche Tarifr ahmen beträgt in Anwendung von Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 PKV Fr. 1'600.-- bis Fr. 7'850.--. Ein Zuschlag gemäss Art. 9 PKV ist für das oberinstanzliche Verfahren nicht angezeigt, zumal keine weitere Sammlung oder Zusammenstellung von Beweismaterial notwendig war. Der Prozessgegenstand im Berufungsverfahren (vorwiegend Beweiswürdigung) war vielmehr übersichtlich, so dass der Schwierigkeitsgrad höchstens als durchschnittlich bis überdurchschnittlich zu veranschlagen ist. Dasselbe gilt für die übrigen Kriterien nach Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes (KAG, 168.11). Uebrigens konnte das Verfahren auf schriftlichem Weg, d.h. ohne Verhandlung erledigt werden. Nach Ansicht der Kammer erscheint daher eine Ausschöpfung des Tarifr ahmens in der Grössenordnung von 65%-70% als ausreichend. Das Honorar von B._____ ist folglich zu kürzen und wird auf Fr. 6'000.-- festgesetzt. Praxisgemäss ist eine Kleinspesenpauschale von 3% des Honorars (Fr. 180.--) zu sprechen (zzgl. MWSt. von Fr. 494.40).

23 Fürsprecher D._____ macht ein Honorar von Fr. 5'800.-- zzgl. Auslagen (Fr. 33.30) und Mehrwertsteuer (Fr. 466.55) geltend. Mit Blick auf das oben Gesagte und im Lichte von Art. 5 und 7 PKV bewegt sich das Honorar im gesetzlichen Rahmen und kann genehmigt werden. Der Kläger ist gemäss Unternehmensidentifikations-Register (UID Register; abrufbar unter: www.uid.admin.ch) mehrwertsteuerpflichtig und kann somit die von seinem Rechtsvertreter auf ihn überwälzte Mehrwertsteuer in seiner eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. Die in der Kostennote aufgeführte Mehrwertsteuer auf Honorar und Auslagen ist deshalb bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes nicht zu berücksichtigen (Beschluss der Zivilabteilung des Obergerichts vom 13. November 2014, gestützt auf das in BVR 2014, 484 ff publizierte Urteil des Verwaltungsgerichts). Nach Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche der Parteien auf Ersatz ihrer Parteientschädigungen resultiert ein Anspruch des Klägers im

Berufungsver- fahren von Fr. 3'749.30 (siehe Berechnungstabelle im Anhang) Die Kammer entscheidet: 1. Es wird festgestellt, dass die Ziffern 4 und 5 des angefochtenen Entscheides in Rechtskraft erwachsen sind. Auf das Feststellungsbegehren des Klägers wird nicht eingetreten. 2. Die Beklagte wird verurteilt, anzuerkennen, dass das Grundstück des Klägers, Innertkirchen 1 (Innertkirchen)-Gbbl. Nr. 530, einen Halt von 6'685 m² zuzüglich 472 m², total 7'157 m², aufweist und insbesondere das Gebäude Nr. 519b umfasst, sowie dass die Grundstücksgrenze gemäss Entwurf Planbeilage zur Planänderung Innertkirchen Nr. 2016-041 des Nachführungsgeometers F._____ (Entscheidbeilage 1, rote Linie) verläuft. 3. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger gemäss Entwurf Planbeilage zur Planänderung Innertkirchen Nr. 2016-042 des Nachführungsgeometers F._____ (Entscheidbeilage 2, rote Linie) ein 99 (neunundneunzig) Jahre währendes, selbständiges und dauerndes Baurecht gemäss Art. 675 und Art. 779 ff. ZGB für die Bauten Nr. 519c (Schweinestall) und Nr. 519j (Schweine- resp. Hühnerstall), umfassend die Teilfläche von 62 m² des Grundstücks Innertkirchen 1 (Innertkirchen)-Gbbl. Nr. 126, einzuräumen. 4. Der vorliegende Entscheid ersetzt mit Eintritt der Rechtskraft die erforderlichen Willenserklärungen der Beklagten gemäss Ziffer 1 und 2 hiervor. Das

24 vorerwähnte Baurecht beginnt mit Rechtskraft des vorliegenden Entscheides und endet 99 (neunundneunzig) Jahre später. 5. Der Nachführungsgeometer F._____ wird nach Rechtskraft des Entscheides angewiesen, die zur Grundbuchanmeldung notwendigen Unterlagen (insbesondere Mutations- und Messurkunden inkl. Planbeilagen) nach Vorlage der erwähnten Entwürfe (Entscheidbeilagen 1 und 2) zu erstellen sowie die Vermarkung der Grundstücke Innertkirchen 1 (Innertkirchen)-Gbbl. Nr. 530 und Nr. 126 soweit nötig vorzunehmen.

Der Nachführungsgeometer hat insbesondere die definitiven Mutations- und Messurkunden dem Gericht zuzustellen und diese bilden, soweit sie vom Gericht danach unterzeichnet werden, einen integrierenden Bestandteil des vorliegenden Entscheides. Gleichzeitig hat der Nachführungsgeometer dem Gericht seine Kostennote einzureichen. 6. Das Grundbuchamt Oberland, Dienststelle Interlaken, wird angewiesen, auf den Grundstücken Innertkirchen 1 (Innertkirchen)-Gbbl. Nr. 530 und Nr. 126 die Bereinigung der Lasten und Rechte (betrifft die Planänderung gemäss den vorgenannten Ziffern 1 und 6) gemäss Art. 974a ff. ZGB durchzuführen. Das Grundbuchamt Oberland, Dienststelle Interlaken, hat dem Gericht die erforderlichen Bereinigungsdokumente zuzustellen. Die Bereinigungsdokumente, soweit sie vom Gericht danach als richtig anerkannt werden, bilden einen integrierenden Bestandteil des vorliegenden Entscheides. Gleichzeitig hat das Grundbuchamt dem Gericht die voraussichtliche Höhe seiner Grundbuchgebühren mitzuteilen. 7. Das Grundbuchamt Oberland, Dienststelle Interlaken, wird angewiesen, die Grundstücksgrenzen und -flächen von Innertkirchen 1 (Innertkirchen)-Gbbl. Nr. 530 und Nr. 126 im Grundbuch gemäss den vorgenannten Ziffern 1 und 6 zu erfassen. Die Bemerkung "streitige Grenze" auf Innertkirchen 1 (Innertkirchen)-Gbbl. Nr. 530 und Nr. 126 gemäss Beleg 4643 vom 19.12.2012 ist zu löschen. 8. Das Grundbuchamt Oberland, Dienststelle Interlaken, wird angewiesen, das Baurecht des Klägers für die Bauten Nr. 519c und Nr. 519j, umfassend die Teilfläche von 62 m² des Grundstücks Innertkirchen 1 (Innertkirchen)-Gbbl. Nr. 126, gemäss den vorgenannten Ziffern 2, 3 und 6 in das Grundbuch aufzunehmen und ein neues Grundbuchblatt zu eröffnen. Das Baurecht ist als Dienstbarkeitslast auf Innertkirchen 1 (Innertkirchen)-Gbbl. Nr. 126 einzutragen. 9. Die Grundbuchgebühren und die Geometerkosten werden dem Kläger auferlegt. Diese werden dem Vorschussanteil von Fr.

9'100.00 entnommen.

25 Eine allfällige Restanz dieses Vorschussanteils wird dem Kläger nach Vorliegen der Rechnungsbelege des Nachführungsgeometers und des Grundbuchamts zurückerstattet. Eine allfällige Nachforderung von Fremdgebühren beim Kläger durch das Gericht bleibt vorbehalten. 10. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten (Klage, Widerklage inkl. Beweiskosten von Fr. 85.--, exkl. Grundbuchgebühren und Geometerkosten) werden bestimmt auf Fr. 10'600.-- und mit 1/5, ausmachend Fr. 2'120.--, dem Kläger und mit 4/5, ausmachend Fr. 8'480.--, der Beklagten auferlegt und mit den vom Kläger geleisteten Vorschüssen von insgesamt Fr. 10'600.-- verrechnet. Die Beklagte hat dem Kläger Fr. 8'480.-- für vorgeschossene Gerichtskosten zu ersetzen. 11. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren, bestimmt auf Fr. 10'000.--, werden mit 1/6, ausmachend Fr. 1666.65, dem Kläger und mit 5/6, ausmachend Fr. 8'333.35 der Beklagten zur Bezahlung auferlegt und mit dem von der Beklagten geleisteten Vorschuss verrechnet. Der Kläger hat der Beklagten Fr. 1'666.65 für vorgeschossene Gerichtskosten zu ersetzen. 12. Die Beklagte hat dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteien-schädigung von Fr. 9'981.45 (inkl. Auslagen) zu bezahlen. 13. Die Beklagte hat dem Kläger für das oberinstanzliche Verfahren eine Parteien-schädigung von Fr. 3'749.30 (inkl. Auslagen) zu bezahlen. 14. Dieser Entscheid ist zu eröffnen: - den Parteien (GU) Nach Eintritt der Rechtskraft zu eröffnen (GU) - auszugsweise den Grundpfandgläubigerinnen - dem Grundbuchamt Oberland, Dienststelle Interlaken - dem Grundbuchgeometer F._____, - dem Amt für Geoinformation des Kantons Bern Mitzuteilen nach Eintritt der Rechtskraft - dem Vorsteher des Grundbuchamtes Oberland

26 Bern, 6. April 2017 Im Namen der 2. Zivilkammer Die Referentin: Oberrichterin Grütter
Der Gerichtsschreiber: Knüsel Rechtsmittelbelehrung Gegen diesen Entscheid (Streitwert rund Fr. 50'000.--) kann innert 30 Tagen nach der schriftlichen Eröffnung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden aus den in Art. 95-97 Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110) genannten Gründen. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen und ist an folgende Adresse zu richten: Bundesgericht, 1000 Lausanne 14. Bestätigt mit Entscheid des Bundesgerichts 5A_390/2017 vom 23.Mai 2018

27

28

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.