

# GR\_GERICHTE PKG 2017 1 vom 2. Dezember 2013

GR Gerichte, 2013-12-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_PKG\\_2017\\_1](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_PKG_2017_1)

FR: GR\_GERICHTE PKG 2017 1 du 2 décembre 2013

IT: GR\_GERICHTE PKG 2017 1 del 2 dicembre 2013

## Regeste

Praxis Kantonsgericht |

Regeste: siehe PKG-Dokument \x3Cbr\x3E | java.util.HashMap/1797211028

## Erwägungen

### E. 4

a) Die Klägerin hat – entgegen der Ansicht des Berufungsklägers (vgl. Berufung, S. 5) – keine Feststellungsklage formuliert, sondern eine Duldungsklage, welche eine Form der Leistungsklage darstellt (Art. 84 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin will zur Sicherung der eigenen Baugrube auf Parzelle Nr. \_ unter die Grundstücke des Beklagten Nr. \_ und \_ in 6-7 Metern Tiefe und tiefer Erdanker und Bodennägel einbringen und diese temporär gespannt lassen. Der Beklagte wehrt sich dagegen, sodass die Klägerin die Duldung der Sicherung klageweise erzwingen will. Begründet wird die Klage insbesondere damit, das Eigentum des Beklagten erstrecke sich im konkreten Fall nicht bis in die Tiefe der höchsten Ankerlage, da für die Ausübung des Eigentums kein Interesse bestehe (Art. 667 Abs. 1 ZGB). Zudem stehe der Klägerin das sog. Hammerschlagsrecht gemäss Art. 103 EGzZGB i.V.m. Art. 695 ZGB zu. Mit beiden Begründungen könnte jedoch auf die Duldungsklage mangels Rechtsschutzinteresse nicht eingetreten werden (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Im ersten Fall muss der Beklagte nicht zu einem Dulden verpflichtet werden, da er in der Tiefe der vorgesehenen Sicherung gemäss eigener Darstellung der Klägerin gar keine Eigentumsrechte mehr besitzt. Im zweiten Fall stünde der Klägerin von Gesetzes wegen ein entsprechendes Recht zu, was keinen Raum für eine zusätzliche rechtliche Verpflichtung durch Richterspruch zulässt. Bei richtiger Interpretation des klägerischen Rechtsbegehrens, wofür die Begründungen beigezogen werden dürfen (BGE 137 III 617 E. 6.2), geht es der Klägerin darum, den Widerstand des Beklagten gegen die vorgesehene Baugrubensicherung aus dem Weg zu räumen bzw. gerichtlich feststellen zu lassen, dass ihr gestat-

1 PKG 2017

### E. 8

tet sei, in einer Mindestdiefe von 6-7 Metern unterhalb des Vorplatzes zum Gebäude auf Parzelle Nr. \_ Bodennägel und Erdanker einzurammen und zeitlich befristet gespannt zu halten. Unter den gegebenen Umständen ist deshalb von einer Feststellungsklage gemäss Art. 88 ZPO auszugehen. Der Umdeutung einer als Leistungsklage bezeichneten Eingabe in eine Feststellungsklage steht grundsätzlich nichts entgegen (vgl. dazu auch das Urteil des Bundesgerichts 4A\_383/2013 vom 2. Dezember 2013, E. 3.2.3, wo ein auf Feststellung einer fälligen und bezifferten Schuld lautendes Rechtsbegehren richtigerweise als Leistungsbegehren zu verstehen war). b/aa) Anders als bei der Leistungs- oder

Gestaltungsklage muss der Kläger, wenn er eine allgemeine Feststellungsklage erhebt, als Prozessvoraussetzung ein sog. Feststellungsinteresse gesondert nachweisen (BGE 141 III 68 E. 2.2). Das Feststellungsinteresse muss nicht rechtlicher Natur, es kann auch tatsächlicher Natur sein. Diese Voraussetzung ist namentlich gegeben, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind und die Ungewissheit durch die richterliche Feststellung behoben werden kann. Dabei genügt nicht jede Ungewissheit; erforderlich ist vielmehr, dass ihre Fortdauer dem Kläger nicht mehr zugemutet werden darf, weil sie ihn in seiner Bewegungsfreiheit behindert (BGE 141 III 68 E. 2.3). Das Feststellungsinteresse fehlt jedoch grundsätzlich dann, wenn der Kläger Leistungsklage oder Gestaltungsklage erheben kann; die Feststellungsklage ist insofern durch Subsidiarität gekennzeichnet. bb) Aus der Klageschrift (BG act. I.2) geht hervor, dass sich der Beklagte mit allen ihm zur Verfügung stehenden juristischen Mitteln gegen das Bauvorhaben der Klägerin wehrt. So erhob er bereits Einsprache gegen das Bauvorhaben der Klägerin, welche jedoch abgewiesen wurde. In der Folge schöpfte er den Rechtsweg bis zum Bundesgericht aus, welches auf eine erste Beschwerde nicht eintrat und – nach erfolgter Projektänderung – eine zweite Beschwerde abwies. Die Klägerin legte zudem dar, dass eine Realisierung des beabsichtigten Bauvorhabens mit der geplanten Baugrubensicherung aufgrund der örtlichen Verhältnisse nur dann möglich sei, wenn eine temporäre Verankerung angebracht werden könne. Dies wird im Grundsatz auch durch das eingeholte Gutachten bestätigt. Ohne eine solche Verankerung lässt sich das Bauvorhaben der Klägerin somit gar nicht realisieren. Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, erweist sich die Rechtslage – insbesondere was das Beherrschungsinteresse des Beklagten betrifft – nicht ohne weiteres als klar. Im Übrigen hat der Beklagte von sich aus die Zustimmung zur Errichtung der Verankerung unter seinem Grundstück verweigert. Unter diesen Umständen ist es der Klägerin nicht zuzumuten, in Ungewissheit der rechtlichen Situation ihr Bauvorhaben zu beginnen; vielmehr erscheint es nachvollziehbar und legitim, dass sie abgeklärt (bzw. festgestellt) haben will, ob sie die geplante Baugrubensicherung

PKG 2017 1

## E. 9

mitsamt temporärer Verankerung vornehmen darf. Ein Feststellungsinteresse ist damit vorliegend zu bejahen. Da auch die geforderte Subsidiarität der Feststellungsklage gegeben ist, erweist sich diese als zulässig. c) Der Berufungskläger rügt weiter, die Berufungsbeklagte habe in ihrer Klageschrift bzw. in deren Antrag die von ihr geplante Beanspruchung des beklagten Grundstücks nicht näher definiert, weshalb er bereits vor der Vorinstanz den Hauptantrag gestellt habe, auf die Klage sei nicht einzutreten. Zu prüfen ist somit, ob das (ursprüngliche) Rechtsbegehren der Klägerin hinreichend bestimmt war. aa) Ein Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann (BGE 137 III 617 E. 4.3). Unklare Rechtsbegehren sind nach ihrem objektiven Sinngehalt und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auszulegen. Es ist dabei nicht nur auf den Wortlaut des Begehrens, sondern auch auf die Klagebegründung abzustellen, denn es kann sich in genügender Weise auch aus der Begründung ergeben, was der Kläger in der Sache verlangt (Christoph Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 38 zu Art. 221 ZPO; Eric Pahud, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, DIKE-Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N 8 zu Art. 221

ZPO; ferner auch BGE 137 III 617 E. 6.2). bb) Vorliegend ergibt sich aus den Akten – namentlich aus der Begründung der Klage – klar, was die Klägerin mit ihrer Klage bezweckt: Sie will gerichtlich festgestellt haben, dass sie für den geplanten Neubau auf Parzelle Nr. \_ eine Baugrubensicherung mit Bodennägeln und Erdankern, welche in einer Tiefe von mindestens 6-7 Metern unter die Parzellen Nr. \_ und \_ des Beklagten eingeführt werden, ausführen darf, wie sie von den Ingenieuren und Baugeologen der B.\_ (vgl. BG act. II.13-16) im Februar 2013 vorgeschlagen wurde. Diese Unterlagen wurden dem Beklagten im März 2013 offenbar mit dem Ersuchen um Zustimmung zum geplanten Vorgehen zugestellt. Mit Schreiben vom 25. August 2013 (BG act. II.17) wurde die vorgeschlagene Baugrubensicherung vom Beklagten jedoch abgelehnt. Der Beklagte wusste somit schon vor Prozesseinleitung genau, was Inhalt des Begehrens der Klägerin war. Unter Mitberücksichtigung der Klagebegründung, untermauert mit den erwähnten Urkundenbeilagen, war das Rechtsbegehren somit genügend bestimmt und für die Gegenpartei hinreichend klar. Der Antrag des Berufungsklägers, es sei auf die Klage infolge mangelhaften Rechtsbegehrens nicht einzutreten, ist daher abzuweisen. 5. a) Der Berufungskläger beanstandet im Weiteren, der von der Vorinstanz bestellte Gutachter habe nicht nur festgestellt, dass das von der Berufungsbeklagten geplante Konzept unterdimensioniert sei, sondern

1 PKG 2017

#### **E. 10**

auch gleich die Machbarkeit einer Baugrube mit verbesserter, normkonformer Sicherung überprüft. Dabei sei er jedoch über den ihm erteilten Auftrag hinausgegangen, sodass die entsprechenden Erkenntnisse keine Beachtung finden dürften. Die Berufungsbeklagte habe sich dem Alternativvorschlag des Gutachters zwar angeschlossen, was als Klageänderung zu werten sei. Eine solche habe jedoch ohne Verzug zu geschehen, was vorliegend nicht der Fall gewesen sei. Auch habe die Berufungsbeklagte ihr Vorgehen nicht klar als Klageänderung deklariert. Zudem habe der Gutachter nach eigener Darstellung lediglich die theoretische Machbarkeit einer Baugrube mit verbesserter Sicherung überprüft; ein entsprechendes Konzept liege noch gar nicht vor. Bei dieser Sachlage fehle es nach wie vor an einem hinreichend umrissenen Baugrubensicherungskonzept, welches mittels einer Klageänderung zum Gegenstand einer Leistungsklage bzw. einer hinreichend spezifizierten Duldungsklage gemacht werden könnte. Selbst wenn von einer zulässigen Klageänderung auszugehen sei, so läge eine unzulässige Feststellungsklage vor. Schliesslich sei der klägerische Antrag undurchführbar, da nach dessen Formulierung die Klägerin eine temporäre Verankerung «vorübergehend» einbringen wolle, Anker und Erdnägel sich jedoch (ohne Aushub) nicht entfernen liessen. Es sei nicht am Gericht, undurchführbare Anträge einer anwaltlich vertretenen Partei zu korrigieren, weshalb das Gericht auf die Klage nicht hätte eintreten dürfen. b/aa) Das Gericht kann auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen bei einer oder mehreren sachverständigen Personen ein Gutachten einholen. Es hört vorgängig die Parteien an (Art. 183 Abs. 1 ZPO). Das Gericht instruiert die sachverständige Person und stellt ihr die abzuklärenden Fragen schriftlich oder mündlich in der Verhandlung (Art. 185 Abs. 1 ZPO). Es gibt den Parteien Gelegenheit, sich zur Fragestellung zu äussern und Änderungs- oder Ergänzungsanträge zu stellen (Art. 185 Abs. 2 ZPO). Mit der Experteninstruktion soll die sachverständige Person durch das Gericht mit dem Gegenstand des Prozesses vertraut gemacht werden. Das Gericht gibt dem Gutachter von den Parteistandpunkten bzw. vom Sachverhalt im nötigen Umfang Kenntnis.

Für den Gutachter soll klar sein, welche Sachverhaltselemente vom Gericht als sicher angenommen werden und welche aus seiner Sicht unklar sind (vgl. zum Ganzen Heinrich Andreas Müller, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, DIKE-Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N 17 zu Art. 185 ZPO; Hans Schmid, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 2. Aufl., Basel 2014, N 1 zu Art. 185 ZPO). Kernstück der Experteninstruktion ist alsdann die Darlegung der Fragen, welche das Gericht von der sachverständigen Person beantwortet haben will (Müller, a.a.O., N 19 zu Art. 185 ZPO). Auf diese Weise werden Inhalt und Umfang des Gutachtensauftrags festgelegt

PKG 2017 1

## E. 11

(Annette Dolge, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, N 33 zu Art. 183 ZPO; Sven Rüetschi, in: Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 23 zu Art. 183 ZPO). Die Abklärungen der sachverständigen Person müssen vom Gutachterauftrag gedeckt sein bzw. mit ihm eng zusammenhängen (Müller, a.a.O., N 23 zu Art. 186 ZPO). Es kommt gelegentlich vor, dass die sachverständige Person in ihrem Gutachten Tatsachen zutage fördert, welche von den Parteien nicht oder nicht substantiiert behauptet worden sind (sog. überschüssende Beweisergebnisse). Die Abklärungen durch den Sachverständigen dürfen jedoch nicht dazu dienen, prozessuale Versäumnisse der Parteien nachträglich zu korrigieren (Müller, a.a.O., N 23 zu Art. 186 ZPO; Thomas Weibel, in: Suter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 6 zu Art. 186 ZPO). Kommt es zu einem überschüssenden Beweisergebnis, kann dies, muss aber nicht mit einem prozessualen Versäumnis einer Partei zusammenhängen (Müller, a.a.O., N 23 zu Art. 186 ZPO). Gerade bei hochtechnischen Fragestellungen ist oft keine der Parteien in der Lage, vor dem Beweisverfahren die zutreffenden Behauptungen aufzustellen (Müller, a.a.O., N 18 zu Art. 186 ZPO). Unter dem Regime der (uneingeschränkten oder sozialen) Untersuchungsmaxime können solche von der Gutachtersperson eingebrachte Tatsachen vom Gericht in der Regel berücksichtigt werden (vgl. Dolge, a.a.O., N 16 zu Art. 183 ZPO; Rüetschi, a.a.O., N 45 zu Art. 183 ZPO; Paola Wullschleger, in: Gehri/Jent-Sørensen/Marbach [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2015, N 3b zu Art. 183 ZPO). Im Bereich der Verhandlungsmaxime müssen überschüssende Beweisergebnisse – sofern sie nicht als implizit behauptet betrachtet werden können – nachträglich behauptet und so in den Prozess eingebracht werden, damit sie Berücksichtigung finden können (vgl. Wullschleger, a.a.O., N 3b zu Art. 183 ZPO; grosszügiger Dolge, a.a.O., N 16 zu Art. 183 ZPO [Vorrang der materiellen Wahrheit], und Rüetschi, a.a.O., N 46 zu Art. 183 ZPO [grundsätzliche Zulässigkeit überschüssender Beweisergebnisse]). Das kann zur Inanspruchnahme des Novenrechts, aber auch zu einer Klageänderung führen (vgl. Müller, a.a.O., N 18 zu Art. 186 ZPO und N 22 zu Art. 187 ZPO; ferner auch Wullschleger, a.a.O., N 3b zu Art. 183 ZPO). bb) Der Gutachtensauftrag hatte im Wesentlichen die Beurteilung des von der Klägerin eingereichten Konzepts für eine Baugrubensicherung zum Inhalt, und zwar im Hinblick darauf, ob dieses zu einer Beeinträchtigung bzw. Gefährdung des beklagten Grundstücks sowie des sich darauf befindenden Gebäudes namentlich durch Rutschungen und Setzungen führen würde (vgl. BG act. IV.10). In einem ersten Schritt

**E. 12**

unterzog der Gutachter das von der Klägerin vorgesehene Konzept der Baugrubensicherung einer Prüfung, wobei er zum Schluss gelangte, dass dieses unterdimensioniert sei und demzufolge verstärkt werden müsse. In einem zweiten Schritt zeigte der Gutachter sodann die Machbarkeit einer Baugrube mit verbesserter, normkonformer Sicherung auf (vgl. BG act. IV.13 [insb. S. 6]). Konkret empfahl der Gutachter, dass anstelle der zweiten Reihe Bodennägel eine zweite Lage vorgespannter Anker angesetzt und die untersten Bodennägel etwas verlängert würden. Die Machbarkeit einer Baugrubensicherung mit verbesserter, normkonformer Sicherung als solche war zwar nicht explizit Gegenstand des Gutachtensauftrages, sie steht jedoch in engem Zusammenhang mit diesem. Dies ergibt sich zunächst daraus, dass der Gutachter von demselben Bauprojekt auf demselben Grundstück ausgeht, für das die beiden Varianten der Baugrubensicherungen thematisiert werden. Das Vorgehen des Gutachters ist insbesondere aber auch deshalb nicht zu beanstanden, weil der Schluss, die geplante Baugrubensicherung sei ungenügend, dadurch mehr Plausibilität erhält, als ihr eine nach dem Dafürhalten des Gutachters genügende Baugrubensicherung gegenübergestellt wird. Das Ungenügende lässt sich oft erst beurteilen, wenn feststeht, was als genügend erachtet wird. In Anbetracht dieser Umstände kann der Klägerin auch nicht ein prozessuales Versäumnis vorgeworfen werden: Sie hat formgerecht die Duldung der ursprünglichen Baugrubensicherung durch den Beklagten beantragt (vgl. dazu Erwägung 4c/bb), sich dann aber für die sicherere Variante des Gutachters entschieden. Somit ist nicht einzusehen, warum die Feststellungen des Gutachters bezüglich genügender Baugrubensicherung nicht verwertbar sein sollten. Die diesbezügliche Rüge des Berufungsklägers ist unbegründet. c/aa) Die Vorinstanz hat den sinngemässen Antrag der Klägerin, es sei festzustellen, dass ihr die Erstellung einer (verstärkten) Baugrubensicherung nach den Feststellungen des Gutachters gestattet sei, als zulässige Klageänderung im Sinne von Art. 227 ZPO qualifiziert. Von einer Klageänderung geht an sich auch der Berufungskläger aus; er bestreitet indessen deren Zulässigkeit. Nach Begründung der Rechtshängigkeit bildet jede inhaltliche Änderung eines bisherigen Rechtsbegehrens, mit welcher mehr, zusätzliches oder anderes verlangt wird, eine Klageänderung (vgl. statt vieler Pahud, a.a.O., N 3 zu Art. 227 ZPO; Daniel Willisegger, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, N 3 zu Art. 230 ZPO). Dies ist hier der Fall. Obwohl die verstärkte Sicherung nicht zuletzt dem Beklagten zugutekommt, liegt eine Erweiterung des Rechtsbegehrens der Klägerin vor, da zusätzliche Erdanker bzw. längere Bodennägel unter die Grundstücke des Beklagten eingebracht werden sollen.

**E. 13**

bb) Gemäss Art. 227 Abs. 1 ZPO ist eine Klageänderung zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und (a) mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder (b) die Gegenpartei zustimmt. Nach Aktenschluss kann eine Klageänderung nur noch unter der zusätzlichen Voraussetzung vorgenommen werden, dass sie entweder auf nach dem Schriftenwechsel entstandenen Tatsachen bzw. Beweismitteln beruht oder dass sie auf Tatsachen bzw. Beweismitteln beruht, welche zwar bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels entstanden

sind, jedoch trotz zumutbarer Sorgfalt nicht früher vorgebracht werden konnten (Art. 230 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 229 ZPO). Die neuen Tatsachen oder Beweismittel, auf die sich die Klageänderung stützt, müssen dabei grundsätzlich ohne Verzug vorgebracht werden (vgl. Art. 229 Abs. 1 ZPO), ansonsten sind sie nicht zuzulassen und somit auch eine Klageänderung verwehrt bleibt (vgl. zum Ganzen Leuenberger, a.a.O., N 28 zu Art. 227 ZPO und N 1b zu Art. 230 ZPO). cc) Daran, dass zwischen dem ursprünglichen Konzept der Klägerin und demjenigen, welches vom Gutachter vorgeschlagen wird, ein sachlicher Zusammenhang besteht, dürfte kein Zweifel bestehen (vgl. dazu bereits oben Erwägung 5b/bb) und wird denn auch vom Berufungskläger nicht bestritten. Die Klageänderung hat überdies keinen Einfluss auf die Verfahrensart. Da das Gutachten im erstinstanzlichen Verfahren im Anschluss an den zweiten Schriftenwechsel stattgefunden hat, war zu diesem Zeitpunkt der Aktenschluss bereits eingetreten. Eine Klageänderung konnte deshalb nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 230 ZPO erfolgen. Beim vorliegenden Gutachten ist von einem neuen Beweismittel sowie bei den Ausführungen darin – jedenfalls sofern sie das vom Gutachter vorgeschlagene Konzept betreffen – von neuen Tatsachen im Sinne eines echten Novums auszugehen. Eine Klageänderung war unter diesen Voraussetzungen grundsätzlich zulässig. dd) Der Berufungskläger wendet ein, die Klageänderung sei nicht ohne Verzug erfolgt und damit unzulässig. Die Klägerin habe in ihrer Eingabe vom 21. Oktober 2015 erwähnt, sie würde das Sicherungsprojekt entsprechend der vorgeschlagenen Dimensionierung des Experten anpassen. Ein solcher Hinweis mehr als anderthalb Monate nach der Zustellung des Gutachtens vom 1. September 2015 sei offensichtlich verspätet. Gemäss Art. 229 ZPO sind Noven «ohne Verzug» vorzubringen. Der Gesetzestext spricht zwar davon, dass die Noven in der Hauptverhandlung (ohne Verzug) vorzubringen seien, erweist sich insofern jedoch als ungenau. Ohne Verzug werden Noven vorgebracht, wenn sie unverzüglich nach der Entdeckung in den Prozess eingeführt werden. Mit einem Zuwarten bis zur Hauptverhandlung wird das Novenrecht unter Umständen verwirkt (vgl. zum Ganzen Leuenberger, a.a.O., N 9 zu Art. 229 ZPO; teilweise abweichend Pahud,

1 PKG 2017

#### **E. 14**

a.a.O., N 16 zu Art. 229 ZPO; Willisegger, a.a.O., N 35 zu Art. 229 ZPO). Vorliegend trifft es, wie der Berufungskläger vorbringt, zu, dass zwischen der Zustellung des Gutachtens vom 1. September 2015 (vgl. BG act. IV.14) und der Klageänderung des Klägers, welche mit Eingabe vom 21. Oktober 2015 (vgl. BG act. IV.20) erfolgte, rund eineinhalb Monate liegen. Zu beachten ist aber auch, dass der Instruktionsrichter den Parteien (erstreckte) Frist bis zum 21. Oktober 2015 zur Stellungnahme zu den Ergebnissen des Gutachtens setzte (vgl. BG act. IV.16 und IV.18) und die erwähnte klägerische Eingabe innert dieser Frist erfolgte. Die Voraussetzung, dass Noven ohne Verzug vorzubringen sind, gründet im Beschleunigungsgebot (Art. 124 Abs. 1 ZPO) sowie im Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO). Einerseits soll vermieden werden, dass mit einem (unnötigen) Zuwarten der Verfahrensgang über Gebühr in die Länge gezogen wird. Dies hat insbesondere zu gelten, wenn mit der Geltendmachung von Noven bis zur Hauptverhandlung zugewartet wird, weil in solchen Fällen im Hinblick auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs die Verhandlung regelmässig verschoben werden müsste, damit die Gegenpartei angemessene Zeit zur Beurteilung der Noven und zum Zusammentragen von entsprechenden Einwänden erhalte (vgl. hierzu Leuenberger, a.a.O., N 9 zu Art. 229 ZPO). Andererseits

kann sich ein Zurückhalten von Noven auch als treuwidrig erweisen, weil die Gegenpartei über das prozessuale Vorgehen im Allgemeinen bzw. über Vorbringen tatsächlicher Natur im Besonderen im Ungewissen gelassen wird. Bei all dem ist jedoch zu beachten, dass ein Zuwarten nur dann unzulässig ist und zur Verwirkung des Novenrechts führt, wenn es als grundlos bzw. verschuldet erscheint (Leuenberger, a.a.O., N 9 zu Art. 229 ZPO; Pahud, a.a.O., N 16 zu Art. 229 ZPO; vgl. auch Willisegger, a.a.O., N 34 zu Art. 229 ZPO, wonach das Novum «bei der nächsten prozessualen Gelegenheit, bei der die Partei sich äussern kann oder das Wort zur Erstattung eines Parteivortrages erhält», vorzutragen sei). Dies ist – da vom Gesetz keine Frist zur Geltendmachung des Novums genannt wird – in Würdigung der konkreten Umstände (u.a. auch des Verfahrensstandes) nach Ermessen zu entscheiden (Pahud, a.a.O., N 16 zu Art. 229 ZPO). Praxis und Doktrin neigen dazu, als Grundsatz eine Frist von 10 Tagen zu statuieren (vgl. statt vieler Leuenberger, a.a.O., N 9a zu Art. 229 ZPO m.w.H.; Pahud, a.a.O., N 16 zu Art. 229 ZPO). Nach dem zuvor Dargelegten kann es sich dabei aber nur um einen Grundsatz handeln; Ausnahmen bleiben mithin vorbehalten. Der Klägerin ist kein Vorwurf zu machen, wenn sie innert der ihr angesetzten Frist ihre Stellungnahme einreichte und darin eine Klageänderung vornahm. Die Möglichkeit zur Stellungnahme innert dieser Frist stellte die nächste prozessuale Gelegenheit dar, bei der sie sich äussern konnte. Die Klägerin war somit nicht dazu verpflichtet, vorab in einer Eingabe

PKG 2017 1

## **E. 15**

ausschliesslich die Feststellungen des Gutachters als Noven in den Prozess einzuführen und die Klageänderung vorzunehmen. Auch unter diesem Aspekt erweist sich die vom Kläger vorgenommene und von der Vorinstanz zugelassene Klageänderung als rechtmässig. ee) Der Berufungskläger bringt ausserdem vor, die Klägerin habe ihre Klageänderung nicht als solche deklariert. Das ist zwar richtig, vermag aber an der Zulässigkeit der Klageänderung nichts zu ändern. Die Stellungnahme des Klägers vom 21. Oktober 2015 ist als Prozesshandlung nach den hierfür geltenden Grundsätzen auszulegen. Dabei ist zunächst das Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV) zu beachten. Im Weiteren gilt als anerkannt, dass Prozesshandlungen nach Treu und Glauben – d.h. danach, wie sie vernünftigerweise verstanden werden durften und mussten – auszulegen sind (vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 4D\_73/2011 vom 3. November 2011, E. 2.1 m.w.H.). Dies gilt namentlich auch für Rechtsbegehren (vgl. Florian Mohs, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2015, N 3 zu Art. 84 ZPO mit Verweis auf BGE 137 III 617 E. 6.2). Insofern ist nicht auf die korrekte Bezeichnung einer Prozesshandlung, sondern auf deren (materieller) Gehalt abzustellen. Entgegen der Auffassung des Berufungsklägers bedeutet dies, dass eine Klageänderung nicht als solche bezeichnet werden muss, sofern erkennbar ist, dass eine solche von der Klägerin gewollt war. In ihrer Stellungnahme vom 21. Oktober 2015 führte die Klägerin aus, die im Gutachten vorgeschlagene Baugrubensicherung werde «selbstverständlich so umgesetzt». Diese Erklärung erweist sich als eindeutig und vorbehaltlos, sodass kein Zweifel daran bestehen konnte, dass die Klägerin mit der erwähnten Stellungnahme den Beklagten nicht mehr zur Duldung der ursprünglichen, sondern nunmehr der vom Gutachter empfohlenen Baugrubensicherung verpflichten wollte und damit eine Klageänderung vornahm. ff) Mit dem Verweis auf das Gutachten bzw. die darin vorgeschlagene Variante der Baugrubensicherung war das Rechtsbegehren im Übrigen

auch genügend bestimmt (vgl. hierzu auch BGE 137 III 617 E. 6.2). Für den Beklagten (wie auch für das Gericht) war klar erkennbar, welches Konzept der Baugrubensicherung Thema des Prozesses war bzw. zur Duldung wozu der Beklagte verpflichtet werden sollte. Das gilt auch bezüglich der Tatsache, dass die Erdanker nach Beendigung des Bauvorhabens zwar im Boden belassen, sie jedoch entspannt werden sollten. Es trifft zwar zu, dass es insofern nicht darum gehen kann, eine (temporäre) Verankerung vorübergehend einzubringen; vielmehr sollte die Verankerung nur vorübergehend gespannt sein. Dies geht denn auch aus dem Gutachten klar hervor, sodass sich entgegen der Auffassung des Berufungsklägers nicht sagen lässt, der entsprechende Antrag der Klägerin sei undurchführbar bzw. ergebe keinen Sinn. Daran vermag im Übrigen auch nichts zu ändern, dass sich das Gut-

1 PKG 2017

#### **E. 16**

achten letztlich bloss um die Machbarkeit der darin vorgeschlagenen Baugrubensicherung äusserte. Denn die Dimensionierung der überarbeiteten Baugrubensicherung ist hinreichend klar, sodass auch abgeschätzt werden konnte bzw. kann, ob und – wenn ja – inwieweit das Grundstück des Beklagten dadurch in Anspruch genommen wird (vgl. dazu unten Erwägung 8 f.). Dies gilt umso mehr, als sich die planerischen Grundlagen der von den Experten vorgeschlagenen Baugrubensicherung im Anhang zum Gutachten befinden. Mehr ist für das vorliegende Verfahren nicht zu verlangen. Die darüberhinausgehende Prüfung der geplanten Baugrubensicherung wird Gegenstand des (zurzeit sistierten; vgl. BG act. II.12) Baubewilligungsverfahrens sein. Dort wird darauf zu achten sein, dass die mit dem Gutachten gelieferten Vorgaben umgesetzt und – wo nötig – konkretisiert werden. Der Subeventualantrag des Berufungsklägers, es seien aussagekräftige und vollständige bzw. abschliessende Pläne der geplanten Baugrubensicherungsrichtungen (Ansicht sowie Schnittplan; Angabe der Art, Zahl, Lage und Laufmeter der Sicherungsmittel) vorzulegen, ist deshalb abzuweisen. d) Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die von der Klägerin vorgenommene Klageänderung prozessual zulässig war. Die Vorinstanz hat damit zu Recht auf das geänderte Begehren der Klägerin abgestellt und die Duldung der im Gutachten vorgeschlagenen Baugrubensicherung beurteilt. Daran ändert sich auch im Berufungsverfahren nichts. ZK1 16 138 Urteil vom 23. Januar 2017 (Mit Urteil 5A\_245/2017 vom 4. Dezember 2017 hat das Bundesgericht die gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten war)

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