

GR_GERICHTE ZK1 2022 172 vom 14. August 2023

GR Gerichte, 2023-08-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2022_172

FR: GR_GERICHTE ZK1 2022 172 du 14 août 2023

IT: GR_GERICHTE ZK1 2022 172 del 14 agosto 2023

Regeste

Löschung und Verlegung von Dienstbarkeiten | Berufung ZGB Sachenrecht

Erwägungen

E. 1

Der angefochtene Entscheid ist ein erstinstanzlicher Endentscheid, der grundsätzlich mit Berufung anfechtbar ist (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Aus den gestellten Rechtsbegehren ergibt sich kein Streitwert, hingegen nennen die Berufungskläger in der Klagebegründung (RG act. I/1 Rz. A./2) einen Streitwert von über CHF 30'000.00. Dazu haben sich weder die Vorinstanz noch die Berufungsbeklagten geäußert. Gemäss Art. 91 Abs. 2 ZPO ist auf die Parteien abzustellen, wenn sich diese einig sind und der genannte Betrag nicht offensichtlich unrichtig ist. Das Bundesgericht hat in BGE 142 III 145 E. 5.2 die grundsätzliche Massgeblichkeit des Parteiwillens betont, auch wenn damit eine gewisse Einflussnahme auf die Verfahrensart und die sachliche Zuständigkeit möglich sei. Dabei muss es i.S.v. Art. 91 Abs. 2 ZPO – jedenfalls bei anwaltlich vertretenen Parteien – auch genügen, dass die eine Partei einen Streitwert nennt und die andere Partei diesem nicht widerspricht. Auf die Berufung ist somit einzutreten.

E. 1.6

m Höhe, mit diversen Trittschwellen und unterschiedlichen Türschlössern. Beide Zugänge seien länger als der Weg nach der Verlegung, führten über mehr Stufen und durch mehr Türen, teilweise mit Trittschwellen (act. A.1 Rz. 40). Die direkte Anbindung der oberen Wohnung, ohne durch den privaten Raum des Un-

E. 2

Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt – jedenfalls grundsätzlich – voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfechtet, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzt und mittels präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden

erhoben wurden beziehungsweise aus welchen konkreten Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll (statt vieler BGE 138 III 374 E. 4.3.1 m.w.H.). Das Berufungsgericht ist jedenfalls nicht gehalten, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vor der zweiten Instanz vorliegen. Abgesehen von offensichtli-

E. 7

/ 35 chen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (vgl. BGE 144 III 394 E. 4.1.4; 142 III 413 E. 2.2.4; je m.w.H.). 3. Die Vorinstanz ist auf die Klage nicht eingetreten. Nichteintretensentscheide sind zu fällen, wenn Prozessvoraussetzungen fehlen (Art. 59 Abs. 1 ZPO e contra; Tanja Domej, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021, N 7 zu Art. 59 ZPO; BGE 141 III 395 E. 2.2). Bei gegebenen Prozessvoraussetzungen entscheidet das Gericht in der Sache und heisst die Klage gut oder weist sie ab oder heisst sie teilweise gut und weist sie im Übrigen ab (Miguel Sogo/Georg Nägeli, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021, N 3 zu Art. 236 ZPO). 4. Zunächst ist näher auf die Bestimmung von Art. 742 ZGB einzugehen. Sie bezieht sich auf die Verlegung einer Grunddienstbarkeit von einem Teil eines Grundstückes auf den anderen Teil desselben Grundstückes. Die Verlegung kann ohne Zustimmung des Berechtigten und gegen seinen Willen gerichtlich angeordnet werden, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die neue Stelle für die Ausübung nicht weniger geeignet ist als die alte, sodass die Interessen des Dienstbarkeitsberechtigten nicht beeinträchtigt werden. Dazu gehört auch, dass die Verlegung dem Berechtigten keine Kosten verursachen darf (Peter Liver, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten [Art. 730 und 792], Grunddienstbarkeiten, 2. Aufl., Zürich 1980, N 5 zu Art. 742 ZGB). Ein grundloses Beharren auf den ursprünglichen Verhältnissen, obwohl die neue Stelle nicht weniger geeignet ist, widerspricht Treu und Glauben (Liver, a.a.O., N 12 zu Art. 742 ZGB). Und eine geringe, kaum erhebliche Vermin- derung der Bequemlichkeit bei einem ungleich grösseren Vorteil des Belasteten muss in Kauf genommen werden (Liver, a.a.O., N 32 zu Art. 742 ZGB). Was die Verlegung auf ein anderes als das bisher belastete Grundstück anbelangt, werden zwei Varianten erwähnt, ein anderes Grundstück des Belasteten selbst und die

E. 7.1

Die Vorinstanz ist auf alle Rechtsbegehren nicht eingetreten und damit er- ging ein prozesserledigender Entscheid. Allerdings hat sie dann den Fall auch noch aus materieller Sicht geprüft und ist zum Schluss gekommen, dass sie die Klage, hätte sie sie entscheiden

müssen, abgewiesen hätte (act. B.1 E. 17). Enthält ein Nichteintretensentscheid auch eine materielle Eventualbegründung, so muss gemäss BGE 139 II 233 E. 3.2 (vgl. auch OGer ZH LB190028 v. 4.7.2019 E. 2.2-2.4) in der Berufung auch dazu Stellung genommen werden, was die Parteien auch getan haben. Trotzdem liegt aber kein Sachentscheid vor, sondern eben eine sog. Eventualbegründung (vgl. BGer 4D_24/2019 v. 15.4.2019; BGer 5A_592/2019 v. 30.7.2019 E. 2 bzw. KGer GR ZK1 19 23 v. 16.4.2019; in ZK1 19 144 v. 9.7.2021 E. 4.2 bezeichnete das Kantonsgericht eine Eventualbegründung als "Obiter dictum", womit es zum Ausdruck brachte, dass diese über die für den Prozessausgang tragende Begründung hinausgeht). Eventualbegründungen sind meistens relativ knapp gehalten und sollen aufzeigen, dass eine Klage (oder ein Rechtsmittel) nicht bloss aus formellen Gründen "gescheitert" ist, sondern dass sie auch inhaltlich nicht hätte gutgeheissen werden können. Wird ein Nichteintretensentscheid weitergezogen und kommt die Rechtsmittelinstanz – so wie hier – zum Ergebnis, dass die erste Instanz auf die Klage hätte eintreten müssen, so kann eine Eventualbegründung dazu dienen, dass die Rechtsmittelinstanz keinen Rückweisungsentscheid fällen muss, sondern dass sich aufgrund der Eventualbegründung – wenn sie genügend detailliert und aussagekräftig ist – der Fall direkt durch die Rechtsmittelinstanz erledigen lässt (BGE 139 II 233 E. 3.2; 136 III 534 E. 2; 134 IV 119 E. 6.4; BGer 5A_1037/2018 v. 28.12.2018 E. 4.2, 5A_375/2018 v. 4.5.2018 E. 4.2).

E. 7.2

Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz in ihrer Eventualbegründung nicht nur detailliert und sehr ausführlich argumentiert und begründet, sondern hat auch ein Beweisverfahren mit Augenschein (vgl. act. B.1 S. 52; RG act. VII/1) durchgeführt. Dass im Hinblick auf Eventualbegründungen der gleiche Aufwand betrieben wird wie für eine Hauptbegründung, ist unüblich, ganz besonders, dass Beweis erhoben wird. Wird der Nichteintretensentscheid nämlich nicht angefochten oder angefochten und von der Rechtsmittelinstanz bestätigt, rechtfertigt sich der für die Eventualbegründung betriebene erhebliche Aufwand mit allenfalls zusätzlichen Kosten und entsprechender Verfahrensdauer im Rahmen des laufenden Verfahrens nicht. Im vorliegenden Fall ermöglicht es die Eventualbegründung, die die gleiche Dichte wie die Begründung eines Hauptpunktes hat, allerdings, dass das Kantonsgericht direkt einen Sachentscheid fällen kann, zumal dem Kantonsgericht im Berufungsverfahren volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen zukommt

E. 7.3

Bei den Akten liegt das Protokoll des Augenscheins vom 26. Januar 2022 (RG act. VII/1). Die Vorinstanz ist (im Rahmen ihrer detaillierten Eventualbegründung) zu folgendem Ergebnis gelangt: Der Augenschein vor Ort habe deutlich gezeigt, dass der Waschraum/die Waschküche, durch die der Zugang zum Keller Nr. 1 (des Berufungsbeklagten 1) erfolgen sollte, mit 5.42 m² Grundfläche sehr eng sei. Da die Zulässigkeit der Verlegung bereits in E. 5 verneint wurde, ist auf die weiteren Erwägungen nicht einzugehen.

E. 7.4

Hinsichtlich des Kellers Nr. 2 (der Berufungsbeklagten 2 und 3) würden die Berufungskläger – so die Vorinstanz – geltend machen, dass die Zugänglichkeit gewahrt sei, obwohl eine kurze Wegstrecke im Aussenraum (d.h. im Freien) zurückgelegt werden müsse. Das Raumvolumen des Kellers Nr. 2 sei identisch, habe dreimal mehr Fensterfläche,

die Raumhöhe sei über dem ganzen Raum nutzbar; der verlangte neue Eingang wäre raumhoch und schwellenfrei, während derzeit eine Eingangstür von nur 1.55 m und eine Schwelle von 38 cm Höhe bestehe (vgl. act. B.1 E. 11). Die Berufungsbeklagten 2 und 3 würden kritisieren, dass vermasste Pläne fehlen und die Kostenübernahme nicht im Rechtsbegehren enthalten sei; behauptet sei nur das, was sich aus den Rechtsschriften ergebe. Die Masse und Dimensionen seien erst anlässlich des Augenscheins erhoben worden, was die fehlenden Behauptungen nicht heilen könne. Unterschiedlich sei die Zugänglichkeit: Aktuell gebe es zwei Möglichkeiten: Entweder über die Aussenrampe zur "J. _____" oder innerhalb des Hauses. Zum Erreichen des neuen Kellers müsse stets aus dem Haus gegangen werden, sodass dem Wetter entsprechende Kleider und Schuhe angezogen und gegebenenfalls Schnee geschauelt werden müsste. Letzteres würden die Berufungskläger allerdings unter Hinweis auf die Beheizung der Aussentreppe in Abrede stellen. Die Aussentreppe ist nach der Vorinstanz deutlich schmaler und steiler als die bisher zur Verfügung stehende Innentreppe. Der bisherige Kellerraum Nr. 2 sei quadratisch, der neue erheblich weniger breit (act. B.1 E. 11). Kopfsteinpflaster, das beim (bisherigen) Weg über die Aussenrampe von Schnee und Eis befreit werden müsse, gebe es –

E. 7.5

Die Vorinstanz hält in ihrem Entscheid weiter die divergierenden Ansichten der Parteien fest: Die Berufungskläger hielten die Verlegung des Abstellplatzes für Fahrräder und Kinderwagen, der von sämtlichen Berufungsbeklagten benützt werden könne, als Vorteil, sei doch der bisherige Ort nur durch diverse Türen mit zum Teil weniger als 1.60 m Höhe, mit verschiedenen Türschlossern und unterschiedlich hohen Trittschwellen zu erreichen (act. B.1 E. 12). Die Berufungskläger würden positiv erwähnen, dass die zu benützende Aussentreppe beheizt und deshalb stets schneefrei sei, anders als die derzeit benützte und häufig vereiste Rampe mit Kopfsteinpflaster, die zur "J. _____" führe. Die Berufungsbeklagten beanstandeten nebst der ungünstigeren Raumaufteilung insbesondere den Zugang über die enge und steile Treppe, was mit Fahrrädern und Kinderwagen eine Zumutung sei, ganz besonders bei winterlichen Verhältnissen (act. B.1 E. 12).

E. 7.6

Nach der Meinung der Berufungskläger ist der Massstab, den die Vorinstanz an die Vergleichbarkeit des Zugangs zum Keller Nr. 1 stellt, zu streng, ja unrealistisch. Primär würden die engen Gegebenheiten in der Waschküche/Waschraum genannt, der ungehinderte Zugang zum Keller sei äusserst umständlich, wenn überhaupt möglich. Erwähnt werde auch, dass die Waschküchentüre immer erst geschlossen werden müsse, bevor durch die neu zu erstellende Eingangstüre in den Keller gelangt werden könne. Sämtliche Gegenstände,

E. 7.7

Mit Blick auf die obige E. 5 brauchen die Argumente, die den Zugang via Durchbruch in den Keller Nr. 1 betreffen (act. A.1 Rz. 35), vom Kantonsgericht nicht weiter geprüft zu werden, wobei anzumerken ist, dass die Vorinstanz die herrschende Enge und die erheblichen Schwierigkeiten bei der späteren Benützung des neu vorgesehenen Zugangs anschaulich und gut nachvollziehbar schildert. Weil der Zugang zum Keller Nr. 1 gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 aus Rechtsgründen entfällt (vgl. E. 5), könnten nur noch die Ausführungen zur Variante von Bedeutung sein, bei der (über das Grundstück der Berufungskläger) durch einen neuen abzugrenzenden Zugang zum Keller Nr. 1 gelangt

werden könnte (act. A.1 Rz. 36). Diesbezüglich kritisieren die Berufungskläger insb. die Protokollierung und die Tatsache, dass 13 am Augenschein teilnehmende Personen, die "sich auf den Füßen herumgestanden" seien, kein objektives Bild zugelassen hätten. Die Vorinstanz habe die Wege auf dem Plan für möglich gehalten und die völlige Änderung der Beurteilung nach dem Augenschein sei unerklärlich. Es handle sich um ein "Benützungsrecht am Keller Nr. 1" und der Keller als solcher stehe dem Berufungsbeklagten 1 unverändert zur Verfügung, abgeändert würde lediglich der Zugang (orange Fläche auf dem Plan RG act. II/3). Erstaunlich sei, dass das Protokoll keine negativen Feststellungen enthalte, wenn doch die Nachteile erst anlässlich des Augenscheins zu Tage getreten seien (act. A.1 Rz. 36).

E. 7.8

Hinsichtlich Verlegung des Kellers Nr. 2, wie sie in beiden Rechtsbegehren Ziff. 2 und 3 verlangt wird, verweisen die Berufungskläger erneut auf die Replik Ziff. 12 (RG act. I/4 Rz. 12), die die Masse festhalte sowie auf das identische Volumen des ursprünglichen und des neuen Kellers (act. A.1 Rz. 39). Insbesondere werde kritisiert, dass der Zugang von aussen erfolge und die Aussentreppe steil und schmal sei. Bisher gebe es zwei Zugänge: via Aussentrampe in die "J._____" und via das interne Treppenhaus. Diese Zugangssituation sei nicht besser geeignet. Der Zugang im Hausinnern führe durch diverse Türen, z.T. mit weniger als

E. 8

/ 35 Verlegung auf das Grundstück eines Dritten. Dabei ist auch die Verlegung auf ein anderes eigenes Grundstück des Belasteten zulässig (Liver, a.a.O., N 37 ff. zu Art. 742 ZGB). Für die Verlegung auf das Grundstück eines (zustimmenden) Dritten sind die Ansichten geteilt. Liver (a.a.O., N 45 zu Art. 742 ZGB) hält der ablehnenden Haltung des Bundesgerichts Folgendes entgegen: "Wenn sich der Nachbar verpflichtet, das Wegrecht durch Belastung seines Grundstückes zu übernehmen und der Berechtigte es auf diesem Grundstück ebenso vorteilhaft und bequem ausüben kann, ist nicht einzusehen, warum er nicht zur Verlegung der Ausübung sollte verurteilt werden können". Nicht erwähnt ist die Möglichkeit der Verlegung der Ausübung der Dienstbarkeit auf das Grundstück des Berechtigten selber. Weil es stets um die Ausübung einer Berechtigung geht, muss – jedenfalls mit Blick auf Art. 742 ZGB – die Verlegung auf das eigene Grundstück des Berechtigten selbst entgegen seinem Willen unzulässig sein (mit Blick auf ein Notwegrecht wäre das allerdings wohl anders). 5.1. Mit Rechtsbegehren Ziff. 1 verlangten die Berufungskläger vor erster Instanz, es sei festzustellen, dass die Berufungskläger berechtigt seien, das Benützungsrecht am Keller Nr. 1 insofern zu verlegen, als der Zugang neu ausschliesslich über die im eingereichten Plan (RG act. II/2) rot schraffierte Fläche erfolge. Die rot schraffierte Fläche führt von der Waschküche des Stockwerkeigentums des Berufungsbeklagten 1 in den ihm mit der Dienstbarkeit zur Benutzung zugewiesenen Keller Nr. 1, wofür ein neuer Durchgang zu schaffen wäre. Auf dem eingereichten Plan (RG act. II/2) präsentiert sich die Situation folgendermassen: Die Vorinstanz hat erwogen, dass die Berufungskläger mit der Verlegung des Zugangs die Änderung eines Rechtsverhältnisses mit Vollstreckung dieser Änderung im Grundbuch anstreben, was sich allerdings nicht mit einer Feststellungsklage

E. 8.1

Was die Verlegung des Kellers Nr. 2 anbelangt, beanstandet die Vorinstanz, dass die Masse und Dimensionen erst anlässlich des Augenscheins substantiiert vorgebracht worden seien. Die Berufungskläger weisen darauf hin, dass die Flächenmasse sowie das Volumen in Ziff. 12 der Replik angegeben worden seien, was ausreiche. Der von den Berufungsklägern beantragte Augenschein habe die Masse bestätigt. Die seit Anbeginn bei den Akten liegenden Klagebeilagen 2 und 3 seien vermasste Pläne, und die Fläche sei mit je 13.5 m² identisch. Es wäre zudem nicht erforderlich, dass der Grundriss bzw. die Flächen der beiden Keller identisch seien, solange der neue Keller Nr. 2 für den vorgesehenen Gebrauch nicht weniger geeignet sei (act. A.1 Rz. 39). Derzeit könne der Keller Nr. 2 sowohl via Aussenrampe zur "J._____" als auch via das interne Treppenhaus erreicht werden. Auf dem letztgenannten Weg würden aber erschwerte Verhältnisse bestehen: diverse Türen mit z.T. weniger als 1.6 m, mit unterschiedlichen Türschlössern und diversen Trittschwellen. Beide heutigen Erschließungswege seien aber länger, der jetzige Aussenzugang sogar massiv länger (act. A.1 Rz. 40). Die direkte Anbindung der Wohnung der Berufungsbeklagten 2 und 3 sei ein nicht unwesentlicher Vorteil. Der Eingang zum neuen Keller sei raumhoch, schwellenfrei (gegenüber der nur 1.55 m hohen Eingangstüre im aktuellen Keller Nr. 2 mit einer rund 38 cm hohen Eingangsschwelle). Der Weg zum Keller Nr. 2 führe zwar eine kurze Wegstrecke draussen im Freien der Fassade entlang, die auch im Winter und bei Regen problemlos begangen werden könne. Auch bei den beträchtlichen Schneehöhen (Winter 2018/19) sei die Treppe schneefrei geblieben dank Dach-

E. 8.2

Wenn die Vorinstanz festhalte, dass es ein Nachteil sei, dass die Abstellfläche für Fahrräder und Kinderwagen nicht mehr über zwei Wege erreichbar sei, von aussen her via die "J._____" und über das Hausinnere, treffe dies nicht zu. Die Möglichkeit, das Treppenhaus durch das Hausinnere zu benutzen, sei keine reale Möglichkeit, weil sperrige und schwere Gegenstände dort praktisch nicht transportiert werden könnten. Die Vorinstanz habe ausgeführt, dass es "gerade bei sperrigen und schweren Gegenständen einen gewichtigen Unterschied mache, ob diese zu ihrem Abstellplatz geführt bzw. gerollt werden können, oder ob diese über eine schmale Treppe hinabgeführt und hinaufgehievt resp. getragen werden müssen" (act. A.1 Rz. 44). Der Berufungskläger A._____ habe demonstriert, dass das Hinauf- und Hinunterbringen des Fahrrades problemlos möglich sei (Protokoll Augenschein RG act. VII/1 S. 5). Die Treppe zur neuen Abstellfläche habe einen Rampenstreifen für Fahrräder und Kinderwagen (act. A.1 Rz. 44, in RG act. I/1 Rz. 40 war er erst vorgesehen; vgl. auch RG act. I/3 Rz. 38). Fahrräder und Kinderwagen könnten am neuen Ort gut platziert werden. Die Grundrissfläche sei quasi identisch. Die neue Abstellfläche sei länglicher und von der länglichen Seite her zugänglich, was das Abstellen/Aufhängen mehrerer Fahrräder begünstige (Protokoll Augenschein RG act. VII/1 S. 6) und die Türe sei raumhoch (statt nur auf 1.6 m). Im Winter und bei Schnee und Eis würden Kinderwagen und Fahrräder in der Regel nicht benützt. Die neu geschaffene, schneefreie und rutschfeste Treppe sei besser und gefahrloser begehbar als der heutige 40 % steile (im Winter schneebedeckte) Zugang über (vereiste) Pflastersteine. Die Vorinstanz habe denn in E. 12 auch ausgeführt, "[...] dass der Zugang zum neuen Abstellplatz wohl ausgeklügelt und umsichtig gebauert worden [sei], insbesondere die [...] eingebaute beheizte Treppe und das für die Zufahrt des Nachbarn einklappbare Geländer". Kellerräume würden heutzutage vermehrt über den Aussenraum erschlossen. Es sei nicht nachvollziehbar, warum die Vorinstanz den "neuen Abstellplatz im Vergleich von Dimension, Erreichbarkeit, Benützbarkeit und vor allem Zugang mit dem aktuellen

Abstellplatz in der 'J._____' erhebliche Nachteile [...] aufweist und damit deutlich weniger geeignet ist" (act. A.1 Rz. 45). Der Berufungskläger

E. 8.3

Der Berufungsbeklagte 1 beanstandet, dass sich die Berufungskläger nicht bzw. nicht genügend mit dem vorinstanzlichen Entscheid auseinandergesetzt hätten (act. A.2 Rz. 12, 14). Der Fussweg sei nicht nur der Zugang zu den Kellern, sondern stelle auch den Weg zum Haus der Berufungsbeklagten sicher (act. A.2 Rz. 7). Mit der vorgeschlagenen Lösung werde nur ein Teilgehalt der Dienstbarkeit berücksichtigt, nämlich der Zugang zu den Kellern Nr. 1 und 2 (act. A.2 Rz. 8 f.). Weil sich die Berufungskläger nicht zur Fusswegdienstbarkeit (Zugang zur Parzelle Nr. I._____) äussern würden, würde diese bestehen bleiben, selbst wenn die Klage gutgeheissen würde (act. A.2 Rz. 9). Das Ziel, den Kellerkorridor frei von fremden Augen zu halten, lasse sich dann nämlich gar nicht erreichen (act. A.2 Rz. 10). Der Berufungsbeklagte 1 weist darauf hin, dass die Berufungskläger neu behauptet hätten, dass es keine Rolle spiele, ob die Verlegung erst durch neue äussere Umstände bedingt sei; das sei unzutreffend (act. A.2 Rz. 18). Ebenso neu sei die unsubstantiierte Behauptung gewichtiger öffentlicher Interessen (act. A.1 Rz. 27), die gleichermassen unzulässig sei (act. A.2 Rz. 17). Die Vorinstanz habe überzeugend die erheblichen Nachteile der Verlegung begründet und belegt und sie als unzumutbar erkannt (act. A.2 Rz. 23). Die Grösse der neu geschaffenen Flächen sei nicht belegt. Die in der Replik genannten Masse seien reine Behauptungen, die mittels Augenschein nicht verifiziert werden könnten. Ohne Massangaben in den Plänen sei das lediglich eine Behauptung und kein Beweis; dafür wären vermasste Pläne erforderlich (act. A.2 Rz. 25). Fahrrad und Kinderwagen könnten derzeit ohne Mühe über die "J._____" ins Haus gerollt werden. Wenn die Berufungskläger ausführten (act. A.1 Rz. 44), dass Fahrräder und Kinderwagen problemlos hinauf- und hinuntergebracht werden könnten, stehe das in diametralem Widerspruch zum vorinstanzlichen Urteil, wo u.a. ausgeführt werde, dass es nahezu unmöglich sei, die Fahrzeuge auf dem schmalen Rampenbrett am Rande der schmalen Treppe zu rollen, sodass sie teilweise getragen werden müssten (Mountainbike wiegen ca. 15-30 kg). Das sei auch für einen erwachsenen Mann mühsam und umständlich, wie die Vorführung anlässlich des Augenscheins gezeigt habe (act. A.2 Rz. 27). Was an dieser vorinstanzlichen Einschätzung falsch

E. 8.4

Nach den Berufungsbeklagten 2 und 3 sind die Ausführungen der Vorinstanz zur prekären Erschliessung des Zugangs zum neuen Keller Nr. 2 korrekt und es werde ein neuerlicher Augenschein durch das Kantonsgericht beantragt (act. A.3 Rz. 27a). Mit Blick auf die Gleichwertigkeit habe das Bundesgericht die Verlegung eines Wegrechts verweigert, weil die mittlere Steigung der Zufahrt von 10 % auf 11.8 % erhöht worden sei (BGer 5C.91/2004 v. 5.8.2004 E. 5.2.1; act. A.3 Rz. 27b). Heute könnten die Abstellfläche und der Keller Nr. 2 je stufenlos erreicht werden (act. A.3 Rz. 27c). Der heutige Keller Nr. 2 habe einen Grundriss von 2.2 x 3.4 m, der neue von 6 x 1-1.25 m, was als Form ungeeignet sei (act. A.3 Rz. 27d). Es bestehe bei Benützung der Aussentreppe im Sommer wie im Winter Sturzgefahr. Dem Berufungskläger A._____ seien bei der einmaligen Demonstration die Strapazen anzusehen gewesen; die Lösung müsse ausserdem alltags-tauglich sein (act. A.3 Rz. 28). Die Kosten der Verlegung müssten Zug um Zug bezahlt werden (act. A.3 Rz. 30); würde über die Kosten nicht entschieden, sei unklar, welche Kosten übernommen würden (act. A.3 Rz. 30b). Die Voraussetzungen der Verlegung seien nicht gegeben (act. A.3 Rz.

31). Der Fussweg habe gemäss Klagebeilage 8 (RG act. II/8) einen doppelten Inhalt und diene nicht nur als Zugang zum Keller Nr. 2 und der Abstellfläche, sondern auch als Zugang zu den Wohnungen der Berufungsbeklagten (act. A.3 Rz. 37); das Interesse, diese über das Untergeschoss zu erreichen, bleibe bestehen (act. A.3 Rz. 38; RG act. VII/5 Rz. 1 f.). Der von den Berufungsklägern erwähnte Anspruch auf Löschung gemäss Art. 736 Abs. 1 ZGB bestehe nicht. Die Berufungskläger hätten in den Rechtsbegehren denn auch die Löschung gar nicht verlangt (vgl. RG act. I/1 Rz.

E. 9

/ 35 erreichen lasse, sodass es am Feststellungsinteresse fehle, was zum Nichteintreten auf die Klage führen müsse (act. B.1 E. 4 S. 47 f.). 5.2. Beim Rechtsbegehren von Ziff. 1 handelt es sich nach den Berufungsklägern um einen Mix aus Feststellungs- und Leistungsbegehren: Letztendlich gehe es um die Verlegung der Dienstbarkeit, stehe doch explizit: "... die Dienstbarkeit [...] insofern zu verlegen, als [...]" (act. A.1 Rz. 17). Der Titel zu Ziff. II.A. der Klageschrift laute: "Zum Feststellungsbegehren ...", was auf ein Feststellungsbegehren hindeute. Die Berufungskläger hätten jedoch bezwecken wollen, dass die Dienstbarkeit "Benützungsrecht am Keller Nr. 1" verlegt werde. Dafür brauche es jedoch bauliche Massnahmen, sodass kein Gestaltungsbegehren gestellt werden könne. Die Bauarbeiten könnten allerdings auch nicht beginnen, ohne dass die Berechtigung zur Verlegung feststehe, wie sich auch aus dem Entscheid des Handelsgerichts Zürich HG130158 vom 20. Mai 2016 E. 1.3 ergebe (act. A.1 Rz. 18). Auch wenn die Voraussetzungen für eine Feststellungsklage nicht erfüllt seien, so könne ein als Feststellungsklage formuliertes Begehren nach richtiger Auslegung eine Leistungsklage enthalten (BGE 105 II 149 E. 2c, wo eine gerichtliche Feststellung verlangt wurde, dass der Beklagte der Klägerin CHF X schulde und zu bezahlen habe). Werde Feststellung des Bestehens der Schuld und der Zahlungspflicht verlangt, so könne damit in guten Treuen nichts anders als eine Leistungsklage gemeint sein. Das Rechtsbegehren Ziff. 1 der Berufungskläger sei so auszulegen, dass mittels Leistungsklage auf Abgabe der Willenserklärung der Berufungsbeklagten geklagt worden sei, und zwar in dem Sinn, dass der Vorschlag der Berufungskläger auf Verlegung der Dienstbarkeit angenommen werde. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Berufungskläger ein Begehren stellen wollten, das in dieser Form unter keinen Umständen gutgeheissen werden könne (act. A.1 Rz. 19). Das Rechtsbegehren bloss nach dem Wortlaut auszulegen, sei überspitzt formalistisch und wider Treu und Glauben; die gebotene Ausübung der Fragepflicht habe die Vorinstanz unterlassen (act. A.1 Rz. 20). 5.3. Für den neuen Zugang zu Keller Nr. 1 soll der Weg durch die Waschküche des Berufungsbeklagten 1 und damit durch sein Stockwerkeigentum als Sonderrecht (Art. 712b Abs. 1 ZGB) führen. Das ist ganz offensichtlich nicht das Grundstück der dienstbarkeitsbelasteten Berufungskläger, auf dem sie bauliche Massnahmen planen und ausführen können. Und um den Keller Nr. 1 gemäss dem Plan (RG act. II/2) betreten und diesen benützen zu können, ist ein Durchbruch durch die Wand der Waschküche des Berufungsbeklagten 1 gegen aussen erforderlich. Versucht man das Begehren der Berufungskläger zu verstehen, so wollten sie damit einen Gerichtsentscheid erhalten, dass eine solche Verlegung

E. 9.1

Im vorinstanzlichen Urteil sind die Verhältnisse in der "J. _____" anschaulich geschildert. Und die Schilderung beruht auf dem durchgeführten Augenschein, an dem das vollständige Kollegialgericht sowie die Aktuarin teilgenommen haben. Das Protokoll des Augenscheins

(RG act. VII/1) wird von den Berufungsklägern kritisiert; im Protokoll vom 26. Januar 2022 seien kaum negative Feststellungen bezüglich der neuen Situation festgehalten, obschon gemäss Erwägungen der Vorinstanz die Nachteile erst anlässlich des Augenscheins zu Tage getreten sein sollen (act. A.1 Rz. 36, 45). Diese Beanstandung beruht auf der Begründung des vorinstanzlichen Entscheids (vgl. z.B. act. B.1 S. 52 oben), wo z.B. hinsichtlich des abzuschirmenden Zugangs zum Keller Nr. 1 (Variante) steht, dass sich die Problematik der verlangten Lösung erst anlässlich des Augenschein faktisch und eindrücklich gezeigt habe. Richtig ist, dass Folgerungen, die die Vorinstanz auf Grund des Augenscheins gezogen hat, sich nicht aus dem Protokoll des Augenscheins ergeben. Das muss aber auch so sein: Was ein Kollegialgericht aus einem Augenschein folgert, kann nicht im Protokoll stehen, weil das Kollegium zuerst diskutieren und einig werden muss, welche Schlüsse es als Kollegium daraus zieht. Und das steht anlässlich des Augenscheins noch nicht fest.

9.2.1. Für das Kantonsgericht ist das augenfällige und entscheidende Argument der Zugang über die Aussentreppe, welcher für den Keller Nr. 2 und die Abstellfläche von Bedeutung ist. Diesbezüglich ist zu rekapitulieren: Die Treppe ist draussen im Freien und damit der Witterung ausgesetzt, auch wenn es ein Vordach gibt und sie im Winter beheizt werden kann. "Trockenen Fusses" wäre das Untergeschoss nicht mehr erreichbar. Während die Berufungsbeklagten derzeit noch situativ, je nach dem Zweck ihres Ganges, nach den mitgeführten Gegenständen und je nach Witterung wählen können, welchen Weg sie nehmen wollen (via eine interne Treppe oder von aussen her via den breiten Eingang zur "J.____"), wären sie nach der Verlegung ausschliesslich auf die Aussentreppe angewiesen. Während bei der mit der Klage verlangten neuen Lösung Fahrräder und Kinderwagen immer via eine Treppe transportiert werden müssten, besteht bisher als Alternative für sperrige Gegenstände und vor allem für Fahrräder und Kinderwagen ein breiter, wenn auch steiler Zugang, der problemlos Platz bietet, die Fahrzeuge rollend zu befördern. Die Berufungskläger erwähnen, dass die breite und steile, mit Pflastersteinen belegte Zufahrt zur "J.____" im Winter schneebedeckt und vereist sei, was ihre Brauchbarkeit in winterlichen Verhältnissen erschwere, während die Treppe dank dem Vordach und der Rinnenheizung schneefrei sei, was angesichts des in die Duplik der Berufungsbeklagten 2 und 3 einkopierten Fotos (RG act. I/6 S. 6) zumindest relativiert wird (vgl. auch die Bilder RG act. III/8). Die Gegenseite entgegnet, dass der Weg zur Aussentreppe auch über 28 / 35 Pflastersteine, die gleichermassen vereist sein könnten, führe. Schliesslich wird seitens der Berufungskläger ins Feld geführt, dass Fahrräder und Kinderwagen im Winter kaum gebraucht würden. Das mag ein statistisches Argument sein, trifft gegebenenfalls aber für alle aussenliegenden Zugänge zu.

9.2.2. Die Aussentreppe wird als schmal und steil beschrieben. Die Strapazen der Beförderung von Fahrrad und Kinderwagen seien dem Berufungskläger A.____ anlässlich der Demonstration am Augenschein anzusehen gewesen (act. A.3 Rz. 44), sei es doch nahezu unmöglich, den Kinderwagen und die Fahrräder nur rollend hinab und hinauf zu befördern, und das Gewicht der Fahrzeuge müsse teilweise mitgetragen werden. Dass das umständlich und mühsam sei, sei am Berufungskläger A.____ unschwer erkennbar gewesen (act. A.2 Rz. 27). Eine Lösung müsse alltagstauglich sein, weil Kinderwagen mehrmals täglich gebraucht würden. Was heute bequem gehe, sei beim neuen Abstellplatz eine erhebliche Erschwernis (act. A.3 Rz. 28). Die Treppe sei lediglich 750 mm breit. Ein Handlauf fehle und könne auch nicht nachträglich angebracht werden, weil der begehbare bzw. befahrbare Teil der Treppe dann noch schmaler würde, ja so schmal, dass sie gar nicht mehr begehbare bzw. befahrbar wäre (act. A.2 Rz. 31). Es sei nahezu unmöglich, das schmale Rampenbrett am Rande der

Treppe so zu benützen, dass das jeweilige Gefährt rollend transportiert werden könne. Der Berufungskläger A._____ habe mit enormem Kraftaufwand ein E-Bike die Treppe hinuntergetragen. Die Vorführung habe gezeigt, wie gefährlich ein solcher Transport sei (act. A.2 Rz. 29).

E. 9.3

Im vorinstanzlichen Entscheid wird ausgeführt (act. B.1 E. 12 S. 57 f.), dass "der Augenschein [...] deutlich gezeigt habe, dass es gerade mit sperrigen und schweren Gegenständen, wie Fahrrädern oder Kinderwagen einen gewichtigen Unterschied macht, ob diese zu ihrem Abstellplatz geführt oder gerollt werden können wie aktuell, oder ob diese über eine schmale steile Treppe hinabgeführt werden können wie aktuell, oder ob diese über eine schmale steile hinabgeführt oder hinaufgehievt resp. getragen werden müssen. Auch wenn es, wie anlässlich des Augenscheins gesehen ein schmales Rampenbrett am Rande der schmalen Treppe gibt, ist es einer Person alleine nahezu unmöglich den Kinderwagen und die Fahrräder nur rollend hinab und hinauf zu befördern. Das Gewicht von Fahrrädern (heutiges Mountain/e-bike wiegt ca. 15-30 kg) und Kinderwagen muss teilweise mitgetragen werden, was selbst für einen erwachsenen Mann mühsam und umständlich ist, wie anlässlich der Vorführung am Augenschein durch die klagende Partei (Josef A._____) unschwer zu erkennen war [...]. Isoliert betrachtet und angesichts der dort herrschenden Platzverhältnisse, ist der Zugang zum neuen

29 / 35 Abstellplatz wohl ausgeklügelt und umsichtig gebaut worden, insbesondere die von den klagenden Parteien 1 und 2 eingebaute beheizte Treppe und das für die Zufahrt des Nachbarn einklappbare Geländer (vgl. Erw. 11; act. III/2; 3 BB 2, 3; act. II/5: KB 5). Die vorgängig getätigten Ausführungen im Zusammenhang mit den Gegebenheiten vor Ort haben aber gezeigt, dass der neue Abstellplatz im Vergleich von Dimension, Erreichbarkeit, Benutzbarkeit und vor allem Zugang mit dem aktuellen Abstellplatz in der 'J._____' erhebliche Nachteile für die beklagte Partei 1, 2 und 3 aufweist und damit offensichtlich deutlich weniger geeignet ist, um als neuer Abstellplatz zu dienen".

E. 9.4

Die Berufungskläger halten dem entgegen, dass die Wahlmöglichkeit praktisch schon heute ausgeschlossen sei, weil Kinderwagen und Fahrrad nicht durch das Hausinnere hinauf- und hinuntergetragen werden könnten. Die Vorinstanz erwähne, dass es "gerade bei sperrigen und schweren Gegenständen einen gewichtigen Unterschied mache, ob diese über eine schmale steile Treppe hinabgeführt und hinaufgehievt resp. getragen werden müssen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz hat der Kläger Dr. A._____ anlässlich des Augenscheins demonstriert, dass das Hinauf- und Hinunterbringen eines Fahrrades ohne Probleme möglich ist (siehe Protokoll zum Augenschein vom 26. Januar 2022, S. 5)" (act. A.1 Rz. 44).

E. 9.5

Für das Kantonsgericht ist die Einschränkung des Zuganges zum Keller Nr. 2 und zur Abstellfläche auf eine steile Treppe von 750 mm ein offensichtlicher Nachteil und steht der Gleichwertigkeit des Ersatzes entgegen. Ohne dass sich die Vorinstanz und die Parteien dazu geäußert haben, ist daran zu erinnern, dass Treppen – und das ist gerichtsnotorisch und allgemein bekannt – ganz generell eine Gefahr und die Ursache für viele Unfälle sind. Der Berufungskläger A._____ hat anlässlich des Augenscheins sein E-Bike auf der als neuen Zugang vorgesehenen Aussentreppe in den Keller hinunter transportiert (act. A.1 Rz. 44),

und nach den Berufungsklägern ist dies problemlos verlaufen. Zum körperlichen Zustand von Herr A. _____ wird nichts gesagt. Aber allein schon die Tatsache, dass er ein Mann ist und daher statistisch kräftiger als Frauen, relativiert die Demonstration. Die Vorinstanz und die Berufungsbeklagten erwähnen, dass dem Berufungskläger anzusehen gewesen sei, dass der Transport anstrengend, ja eine Strapaze gewesen sei. Auch wenn in Betracht gezogen wird, dass die Berufungsbeklagten diejenigen Argumente besonders hervorheben, die ihnen nützen, hat immerhin auch die Vorinstanz diesen Aspekt deutlich betont, was stark gegen die Alltagstauglichkeit der Lösung spricht. Und die Berufungskläger haben die körperliche Anstrengung beim Transport nicht grundsätzlich bestritten, auch nicht, dass das Rollen

30 / 35 der Gefährte nicht immer möglich sei (offenbar ist das Rampenbrett nur auf einer Seite angebracht, während Kinderwagen Räder auf zwei Seiten haben). Das Argument, dass der Gebrauch der jetzigen internen Treppe für grosse und sperrige Gegenstände nicht geeignet ist, ist durchaus nachvollziehbar; allerdings gibt es ja auch kleinere Gegenstände, für die die interne, der Witterung nicht ausgesetzte Treppe durchaus brauchbar ist. Gerade das zeigt ja den Wert, der die Existenz von zwei Zugängen für die Berufungsbeklagten hat, nämlich dass sie situativ wählen können, welcher Weg für das, was sie tun wollen, besser geeignet ist. Am Augenschein hat insbesondere der Berufungsbeklagte 1 das Fehlen eines Handlaufes an der neuen Aussentreppe bemängelt und der Berufungskläger A. _____ hat die nachträgliche Anbringung für den Fall, dass dies gewünscht sei, anlässlich des Augenscheins zugesichert. Dass bei einer Breite der Treppe von 750 mm dafür realistischerweise kein Platz vorhanden ist, wie der Berufungsbeklagte 1 geltend macht, ist sehr naheliegend, verengt doch ein solcher Handlauf den Raum für den Transport von Fahrrädern und Kinderwagen noch zusätzlich. Die Würdigung der Situation, wie sie die Vorinstanz vorgenommen hat, überzeugt das Kantonsgericht: Die neue Lösung auf dem verlegten Zugang zu Keller Nr. 2 und zum Abstellplatz für Fahrräder und Kinderwagen ausschliesslich via die schmale Aussentreppe wurde zu Recht als nicht gleichwertig erkannt, ohne dass bei dieser Beurteilung das klappbare Geländer (act. A.1 Rz. 47) eine besondere Rolle spielt. Die von den Berufungsbeklagten namhaft gemachten Vorteile, insbesondere der direkte Zugang in den Keller (act. A.1 Rz. 35, 41), der kürzere Weg mit weniger Hindernissen und die höheren Eingangstüren wiegen die Nachteile nicht auf. Auch das Interesse der Berufungskläger an der Verlegung – insbesondere der Weg vom und zum durchaus möglichen Wellness – in leichter Bekleidung zurückzulegen, vermag die Ungleichwertigkeit nicht in Frage zu stellen, ebenso wenig wie die Schliess- und anderen Nachbarschaftsprobleme, die möglicherweise einer (hier nicht vorzunehmenden) Klärung bedürfen, jedoch die fehlende Gleichwertigkeit nicht in einem anderen Licht erscheinen lassen.

E. 9.6

Erweist sich damit die Situation für die Berufungsbeklagten nach der Verlegung als deutlich schlechter, brauchen die weiteren Argumente, die die Parteien vorbringen, nicht näher erörtert zu werden: Ob die Form des neuen Kellers Nr. 2 eine Verschlechterung der Nutzungsmöglichkeiten bedeutet, ob die Fahrräder und der Kinderwagen unten an der neuen Treppe problemlos gewendet werden können, ob sich die höhere und schwellenlose Eingangstür zum neuen Keller Nr. 2 für den Gebrauch als positiv auswirke und ob die sperrigen Gegenstände im alten Keller besser "eingefädelt" werden können, ob es eine Rolle spielt, dass der neue Zugang kürzer wäre als die bisherigen, ob auf der alte Fläche

ebenfalls 3 Velos

E. 10

/ 35 grundsätzlich zulässig ist. Das ergibt sich recht deutlich aus dem Satz in RG act. I/1 Rz. 17: "Die Kläger haben aber ein rechtlich geschütztes Interesse an der gerichtlichen Feststellung, ob gestützt auf Art. 742 ZGB für den Zugang zum Keller Nr. 1 ein entsprechender Verlegungsanspruch besteht. Vor einer solchen Feststellung mit den erforderlichen Bauarbeiten für die Verlegung zum Zugang zu Keller Nr. 1 zu beginnen, wäre unsinnig". Dem ist aus rechtlicher Sicht hinzuzufügen: es wäre nicht nur unsinnig, sondern auch unzulässig, weil es sich um eigenmächtige Eingriffe der Berufungskläger in das Eigentum des Berufungsbeklagten 1 handeln würde und ihnen der Berufungsbeklagte 1 auch keinen Zutritt gewähren müsste. Zum Recht der Berufungsbeklagten 2 und 3 an der Aussenwand/-hülle vgl. unten E. 5.7. Wie sich aus E. 4 ergibt, muss sich der Berufungsbeklagte 1 als Dienstbarkeitsberechtigter die Inanspruchnahme seines eigenen Grundes für die Verlegung des Zugangs zum Keller Nr. 1 nicht gefallen lassen, weil Art. 730 Abs. 1 ZGB die Berechtigung zur Nutzung von fremdem Grund gibt. Daraus ist zu folgern, dass eine Verlegung auf das eigene Grundstück des Berechtigten gegen seinen Willen unzulässig ist. Dass die Verlegung im bisherigen Verfahren weder von den Parteien noch von der Vorinstanz unter diesem Aspekt erörtert wurde, ist nicht entscheidend. Dass die Waschküche im Eigentum des Berufungsbeklagten 1 steht, ist allseits unbestritten und den Berufungsklägern war ja auch klar, dass der Umsetzung ihres Planes ohne gerichtliche Ermächtigung Grenzen gesetzt sind. Der Unterschied der Sichtweisen besteht darin, dass das Kantonsgericht davon ausgeht, es sei auch dem Gericht verwehrt, die Verlegung gegen den Willen des Grundeigentümers und Dienstbarkeitsberechtigten anzuordnen, während die Berufungskläger dies bei gleicher Ausgangslage offenbar für möglich halten. Wenn das Kantonsgericht diese Möglichkeit verneint, fällt es keinen sog. unzulässigen Überraschungsentscheid (vgl. dazu Paul Oberhammer/Philipp Weber, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021, N 4 ff. zu Art. 56 ZPO), was einen vorgängigen zusätzlichen Hinweis i.S.v. Art. 56 ZPO erfordern würde. Gemäss BGE 130 III 35 E. 5 kann das Gericht das Recht anwenden, ohne zuvor die Parteien auf die sich stellenden Rechtsprobleme hinzuweisen. Eine Ausnahme macht das Bundesgericht dort, wo das Gericht beabsichtigt, seinen Entscheid auf eine Bestimmung oder ein Prinzip abzustützen, an die oder das bisher niemand gedacht hatte und mit dessen Erheblichkeit vernünftigerweise nicht gerechnet werden musste (BGer 4P.260/2000 v. 2.3.2001 E. 6a). Das ist hier nicht der Fall, da es bei der Anwendung von Art. 742 ZGB bleibt.

E. 10.1

Werden die Dienstbarkeiten zu Keller Nr. 2 und zum Abstellplatz nicht verlegt, so muss auch nicht entschieden werden, ob sich die Bedeutung des "Fussweg mit besonderer Unterhaltsregelung" durch das Untergeschoss des Eigentums der Berufungskläger im Zugang dazu erschöpft (so die Berufungskläger, vgl. RG act. I/1 Rz. 31) oder ob ihm zusätzlich eine Bedeutung für den Zugang zu den Eigentumswohnungen der Berufungsbeklagten zukommt (vgl. RG act. I/4 Rz. 16). An der Hauptverhandlung haben die Berufungskläger (RG act. VII/3 S. 19 ff. Ziff. 2.3) den bereits verschiedentlich zuvor erwähnten Anspruch auf Löschung des Fusswegrechts i.S.v. Art. 736 ZGB (Abs. 1: "Hat eine Dienstbarkeit für das berechtigte Grundstück alles Interesse verloren, so kann der Belastete ihre Löschung verlangen"; Abs. 2 teilweise Ablösung bei herabgesetztem

Interesse) neu mit den Rechtsbegehren Ziff. 4 formuliert (vgl. vorne Sachverhalt C). Nach den Berufungsklägern gibt es eine selbständige Erschliessung der Parzelle Nr. I. _____ (RG act. VII/3 S. 20: Erschliessung über ein altes Fuss- und Fahrweg- recht aus dem Jahr 1957 über die Nordseite der Parzelle), und der Weg über den Keller sei damit lediglich ein zweiter Zugang. Die Beteuerungen der Berufungsbe- klagten am verbleibenden Interesse seien nicht massgeblich, sondern es sei ein objektiver Massstab anzulegen: Den zweiten Zugang ab der Ostseite des Keller- geschosses brauche es deshalb nicht. Erwähnt werden dann noch Divergenzen betreffend Schliessung der Verbindungstüre und die Auswirkungen der COVID-19- Pandemie (RG act. VII/3 S. 20). Die Klageänderung sei gemäss Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO ohne weiteres zulässig. Eine allfällige Feststellung der Entschädigung für die Teilablösung sei gleichzeitig zu beurteilen.

E. 10.2

Was die Klageänderung anbelangt, ist gemäss Art. 230 Abs. 1 ZPO diese in der Hauptverhandlung nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind und wenn sie auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruhen. Und die Berufungskläger halten diese noch für möglich. Der Frage ist jedoch nicht weiter nachzugehen, weil die Vorinstanz dieses Begehren nicht in ihr Urteil aufgenommen und auch keinen Entscheid dazu gefällt hat. Das beanstan- den die Berufungskläger soweit ersichtlich nicht, sodass sich das Kantonsgericht

E. 10.3

Abschliessend drängt es sich auf, noch näher auf Rechtsbegehren Ziff. 3 bzw. die Variante bezüglich Keller Nr. 1 bzw. dessen Zugang einzugehen. Anders als in Rechtsbegehren Ziff. 2 haben die Berufungskläger die Verlegung des Fuss- weges zu Keller Nr. 1 in Rechtsbegehren Ziff. 3 nicht separat verlangt, weil dieser Weg nur über das Grundstück der Berufungskläger führe. Mit Blick auf den Plan, der als Klagebeilage 3 (Kellergeschoss Variante; RG act. II/3) eingereicht wurde (vgl. auch den einkopierten Plan auf S. 15 dieses Entscheides), lässt sich diese Sachdarstellung allerdings nicht nachvollziehen. Dort hat zwar der orange gestri- chelte Zugang seinen Ausgangspunkt erst ab dem Grundstück der Berufungsklä- ger, jedoch gibt es aufgrund des Planes eigentlich nur eine Möglichkeit, wie der Berufungsbeklagte 1 an diesen Ausgangspunkt gelangen kann, nämlich wiederum durch eine (wohl noch zu erstellende andere) Türe aus seiner Eigentumswohnung heraus. Die Parteien haben sich zu diesem Punkt nicht geäussert und die Vor- instanz hält die Verhältnisse, wie sie nach der noch vorzunehmenden Abtrennung des Zuganges sein werden, als zu eng und die Verlegung daher als unzulässig, wozu die Berufungskläger nicht näher Stellung nehmen. Sie nennen ihrerseits die grosse Anzahl der am Augenschein Teilnehmenden als Ursache dafür, dass die Verhältnisse unübersichtlich gewesen seien. Gerade im Zusammenhang mit dem Varianten-Zugang zum Keller Nr. 1 ist jedoch nicht ersichtlich, warum dort beson- dere Enge geherrscht haben sollte, ist doch der abgeschlossene Zugang (Ab- schirmung) noch gar nicht gebaut (act. A.1 Rz. 36; aus dem Protokoll des Augen- scheins [RG act. VII/1 S. 4] ergibt sich, dass der geplante Verlauf der noch zu er- stellenden Abschirm-Wand am Boden aufgezeichnet wurde). Schliesst sich das Kantonsgericht mangels zweckdienlicher Einwendungen der Berufungskläger der Vorinstanz an, dass der abgeschirmte Zugang zu eng ist und ist gemäss Plan in Klagebeilage 3 (RG act. II/3) davon auszugehen, dass die Zutritts-Variante zum Keller Nr. 1 via das Stockwerkeigentum des Berufungsbeklagten 1 und unter Ein- bezug der Aussenhülle der Stockwerkeigentümerwerkergemeinschaft führen müsste, so ist

auch diesbezüglich die Klage und die Berufung abzuweisen. Anzumerken ist, dass hier das gleiche gilt wie vorstehend hinsichtlich des Fuss- wegrechts: Ist es das erklärte Ziel der Berufungskläger, dass die Berufungsbeklag- ten die "J. _____" nicht mehr betreten können, damit ihre Privatsphäre gewahrt wird (und dass auch weitere Reibungspunkte im Zusammenleben der Parteien eliminiert werden) und ergibt sich dies auch aus den Rechtsbegehren (Ziff. 2 und 3), die "als Gesamtpaket" gestellt werden, ist die Klage ohnehin insgesamt abzu- weisen, wenn die Berufungskläger in einem Punkt bzw. mit einem Rechtsbegeh-

E. 11

/ 35 5.4. Die Berufungskläger haben formell ein Feststellungsbegehren gestellt. Wird auf ein Feststellungsbegehren mangels Feststellungsinteresse nicht eingetreten, wie das die Vorinstanz bezüglich Ziff. 1 getan hat, so wird damit nicht bindend über den eingeklagten Anspruch als solchen entschieden, es wird kein Sachent- scheid gefällt (Domej, a.a.O., N 12 zu Art. 59 ZPO). Entsprechend wird die Ansicht vertreten, dass bei Fehlen einer Prozessvoraussetzung kein Sachentscheid erge- hen darf (Domej, a.a.O., N 12 zu Art. 59 ZPO; Walther J. Habscheid, Schweizeri- sches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990, Rz. 366 m.H.). Die Berufungskläger verweisen auf ZK1 19 144 vom 9. Juli 2021 E. 4.2. Danach dürfe sich die Rechtsmittelinstanz nur um den Nichteintretensentscheid und nicht auch um den Sachentscheid kümmern. In ZK1 19 144 steht: "Steht end- gültig fest, dass es an einer Prozessvoraussetzung fehlt, darf nicht zur Sache ver- handelt werden und ergeht ein Nichteintretensentscheid (BGE 140 III 159 E. 4.2.4 m.w.H.). Aus prozessökonomischen Gründen sollte deshalb die Prüfung hinsicht- lich jeder Prozessvoraussetzung sobald als möglich und vor der materiellen Be- handlung der Klage erfolgen (BGE 140 III 159 E. 4.2.4). Wenn die Vorinstanz zum Schluss kommt, das Rechtsbegehren sei zu unbestimmt, darf sie auf die Klage nicht eintreten und entsprechend kein Urteil in der Sache fällen. Möglich wäre nur, im Sinne eines Obiter dictum festzuhalten, dass selbst im Fall, da auf die Klage eingetreten würde, diese in der Sache abzuweisen wäre". Der Entscheid betraf die Bestimmtheit des Rechtsbegehrens. Wenn nicht klar ist, was in welchem Umfang eingeklagt wird, kann darüber auch kein Sachentscheid gefällt werden. Der vorlie- gende Fall ist insoweit anders gelagert, als es hier um das Verhältnis zwischen Feststellungs- und Leistungsklage geht. Im Zusammenhang mit einem Feststel- lungsbegehren hielt das Bundesgericht in BGE 85 II 73 E. 1 fest: "Ob [...] ein Feststellungsbegehren statthaft sei, liess die Vorinstanz dahingestellt, weil sie zum Schlusse kam, die Klage sei ohnehin abzuweisen. In der Tat braucht die Frage, ob der Anspruch [...] mit einer Feststellungsklage oder mit der (eventuell erhobenen) Leistungsklage geltend gemacht werden könne, nicht entschieden zu werden, weil ein solcher Anspruch überhaupt nicht besteht". Adrian Zingg, in: Güngerich (Koor- dination), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012, N 39 zu Art. 60 ZPO, hält eine Abweisung dann für statthaft, wenn die Prüfung des schutzwürdigen Interesses aufwändig wäre und die Unbegründetheit der Klage offensichtlich ist. Dem kann nach Ansicht des Kantonsgerichts gefolgt werden, denn anders als bei der Bestimmtheit des Rechtsbegehrens geht es bei der Frage der Zulässigkeit der Feststellungsklage nicht darum, welches Recht überhaupt zu beurteilen ist, sondern darum, ob für die Feststellung des eingeklag- ten Rechts ein schutzwürdiges Interesse besteht. Wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass das eingeklagte Recht gar nicht besteht, so ist die Frage, wie es gel-

E. 12

/ 35 tend zu machen ist, hypothetisch und der Schutz der beklagten Partei und die Prozessökonomie rechtfertigen mit Blick auf den zitierten Bundesgerichtsentscheid die Abweisung der Klage. 5.5. Anzumerken ist schliesslich, dass die Berufungskläger mit der Berufung das Feststellungsbegehren in ein Leistungsbegehren umgedeutet und in der Sache entschieden haben wollen, damit die Verlegung als solche beurteilt wird, sodass Vorbehalte gegen dieses Vorgehen widersprüchlich wären. Auch der Berufungsbeklagte 1 ersuchte an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung um einen materiellen Entscheid (RG act. VII/2 S. 7). Die inhaltliche Beurteilung einer Klage, der Sachentscheid, kann zu einer Gutheissung oder zu einer Abweisung führen. Mangels Zulässigkeit der Inanspruchnahme des Grundstückes des Berufungsbeklagten 1 ist die Klage hinsichtlich Ziff. 1 des Rechtsbegehrens abzuweisen. Das Dispositiv des vorinstanzlichen Entscheides ist in diesem Sinne anzupassen, und entsprechend ist dann auch die Klage abzuweisen. 5.6. Ohne dass es nach dem Gesagten drauf ankommt, ist kurz zu untersuchen, wie es sich mit den Klagearten und der von den Berufungsklägern verlangten Umdeutung der Feststellungsklage in eine Leistungsklage verhält. Ohne gerichtliche Ermächtigung können bauliche Massnahmen auf dem Grundstück des Berufungsbeklagten 1 nicht vorgenommen werden. Zutreffend ist ebenfalls, dass es wegen der noch vorzunehmenden baulichen Massnahmen (Wanddurchbruch) nicht möglich ist, ein Gestaltungsbegehren zu stellen (RG act. I/1 Rz. 25). Mit einem (gutheissenden) Gestaltungsurteil würde die Verlegung bereits vollzogen, was ohne Einzelheiten für die Regelung des Weges und des Zutrittes zum Keller Nr. 1 nicht möglich ist. Im vorinstanzlichen Verfahren schrieben die Berufungskläger (RG act. I/1 Rz. 17), wie bereits vorstehend zitiert: "Die Kläger haben aber ein rechtliches geschütztes Interesse an der gerichtlichen Feststellung, ob gestützt auf Art. 742 ZGB für den Zugang zum Keller Nr. 1 ein entsprechender Verlegungsanspruch besteht. Vor einer solchen Feststellung mit den erforderlichen Bauarbeiten für die Verlegung des Zugangs zum Keller Nr. 1 zu beginnen, wäre unsinnig". In der Berufung machen sie geltend, dass das von ihnen gestellte Feststellungsbegehren gegebenenfalls in ein Leistungsbegehren umzudeuten sei, wofür es in der bundesgerichtlichen Praxis Beispiele gebe. Was das Verhältnis zwischen Leistungs- und Feststellungsklagen anbelangt, wird davon ausgegangen, dass die Möglichkeit eines Leistungsbegehrens das Feststellungsbegehren ausschliesst und das erforderliche Feststellungsinteresse gesondert nachzuweisen ist (BGE 144 III 175 E. 4.3). Bei gleichem bzw. besserem Rechtsschutz ist die Feststellungsklage subsidiär (BGE 135 III 378 E. 2.2; BGer 4A_170/2022 v. 25.7.2022 E. 3.1). Nach den

E. 12.1

Bleibt es dabei, dass die Berufungsbeklagten obsiegen, so ist der erstinstanzliche Entscheid betreffend Kosten und Entschädigungen zu bestätigen. Bezüglich der vorinstanzlichen Entschädigung machen die Berufungskläger zwar geltend, dass im Schlichtungsverfahren keine Parteientschädigungen gesprochen werden dürften. In E. 20 halte die Vorinstanz fest, dass der Berufungsbeklagte 1 in der Zeit vom 4. März 2019 bis zum 9. Oktober 2020 für Rechtsanwalt Cavegn ein Aufwand von CHF 6'569.70 geltend mache. Das Schlichtungsbegehren sei am 21. Februar 2019 eingereicht worden und die Klage datiere vom Oktober 2019. Der Aufwand vom 4. März bis im Oktober 2019 (Erhalt der Klage) dürfe daher nicht entschädigt werden und die Entschädigung sei zu kürzen. Entsprechend sei auch die Entschädigung an die Berufungsbeklagten 2 und 3 zu kürzen,

weil diese entsprechend dem Berufungsbeklagten 1 entschädigt worden seien (act. B.1 E. 22). Die Ansicht, dass den Berufungsbeklagten für ihre Bemühungen im Zusammenhang mit dem Schlichtungsverfahren keine Parteientschädigung auszurichten ist (Art. 113 Abs. 1 ZPO), ist an sich richtig, in der vorliegenden Konstellation hingegen nicht zutreffend. Kommt es nämlich zur Ausstellung der Klagebewilligung und danach zu einem Prozess, so werden die Kosten zur Hauptsache geschlagen (Art. 207 Abs. 2 ZPO) und zusammen mit den übrigen Prozesskosten verteilt (Botschaft zur ZPO von 2006 S. 7332). Im Rahmen seines Sachentscheids kann dann das erstinstanzliche Sachgericht für das Schlichtungsverfahren eine Parteientschädigung zusprechen (BGE 141 III 20 E. 5.3; Christine Möhler, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], OFK Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2015, N 4 zu Art. 207 ZPO, Viktor Rüegg/Michael Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur schweizerischen ZPO, 3. Aufl., Basel 2016, N 2a zu Art. 113 ZPO).

E. 12.2

Auch im Berufungsverfahren sind die Berufungskläger kostenpflichtig und haben sie die Berufungsbeklagten 1 sowie 2 und 3 zu entschädigen. Die Gerichtskosten belaufen sich angesichts des verursachten Aufwands und des Streitinteresses auf CHF 10'000.00 (vgl. Art. 15 Abs. 2 EGzZPO [BR 320.100] i.V.m. Art. 10 VGZ [BR 320.210]). Da die Berufungsbeklagten keine Honorarnote eingereicht

E. 13

/ 35 Berufungsbeklagten 2 und 3 hätte mit einer Leistungsklage auf Abgabe von entsprechenden Willenserklärungen zur Abänderung der Dienstbarkeit Zug um Zug mit der Entschädigung geklagt werden müssen (act. A.3 Rz. 11). Das in dieser Situation theoretisch am besten passende Leistungsbegehren ist nach Ansicht des Kantonsgerichts eine Klage auf Dulden der Verlegung (vgl. Marc Weber, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 25 zu Art. 85 ZPO). Allerdings hätten die Berufungskläger auch damit ihr Ziel, zu wissen, ob sie die Umgestaltung an die Hand nehmen können, nicht erreicht, weil es ohne zusätzliche Anträge und Anordnungen zur Vornahme der Vorbereitung des Durchbruchs und seiner Ausgestaltung sowie der baulichen Massnahmen bezüglich Verlegung nicht entschieden werden kann. Die Berufungskläger haben richtig erkannt, dass sie für die baulichen Massnahmen die Stockwerkeigentumseinheit des Berufungsbeklagten 1 nicht ohne weiteres in Anspruch nehmen können (RG act. I/1 Rz. 25). Planung und Umsetzung der Verlegung würden Zutritt zur Waschküche des Berufungsbeklagten 1 erfordern. Während erforderliche bauliche Massnahmen bei der Verlegung auf dem eigenen Grundstück des Belasteten ohne weiteres geplant und umgesetzt werden können, wie es die Berufungskläger an anderer Stelle ja auch getan haben, ist dies bei der Schaffung eines Durchgangs von der Waschküche zum Keller Nr. 1 ohne freiwillige Mitwirkung des Berufungsbeklagten 1 bzw. einer konkreten diesbezüglichen gerichtlichen Anordnung nicht möglich. Im Ergebnis liesse sich auch mit einem blossen Begehren auf Duldung der Verlegung (eine Leistungsklage) nicht mehr erreichen als mit der Feststellung, dass die Verlegung zulässig ist, weil in beiden Fällen die Frage des Zutritts und des Eingriffs in die Bausubstanz sowie die bauliche Ausgestaltung des Durchbruchs nicht beurteilt werden könnte. Unabhängig vom Eingriff ins Eigentum ist letztlich nicht ersichtlich, wie überhaupt über die Zulässigkeit der Verlegung entschieden werden kann, wenn die konkrete Ausgestaltung und Ausführung offen gelassen werden. Die Kostenübernahme als

Voraussetzung der Verlegung steht nicht im Rechtsbegehren, sondern ist in der Klageschrift (RG act. I/1 Rz. 25; act. A.1 Rz. 49) zugesichert worden. Ein Begehren um eine gerichtliche Verpflichtung zur Kostenübernahme ist allerdings nicht vergleichbar mit der Zusicherung in einer Rechtschrift, weil eine solche Zusicherung nicht vollstreckbar ist.

5.7. Zwischen den Parteien wird kontrovers diskutiert, ob das Rechtsbegehren in Ziff. 1 nur gegen den Berufungsbeklagten 1 zu richten sei, weil die Waschküche in seinem Sonderrecht stehe, oder ob es sich auch gegen die anderen Berufungsbeklagten 2 und 3 richten müsse, weil der Durchbruch der Aussenwand gemeinsame Teile der Stockwerkeigentümergeinschaft betreffe, was von den Beru-

E. 14

/ 35 fungsklägern bestritten wird (RG act. I/1 Rz. 26, act. A.1 Rz. 37 f.). So wie die Berufungskläger die Klage formuliert haben, richten sich alle Rechtsbegehren gleichermaßen gegen alle Berufungsbeklagten (d.h. auch gegen die Berufungsbeklagten 2 und 3 und damit gegen alle Mitglieder der Stockwerkeigentümergeinschaft), weil in der Klage (und auch den weiteren Eingaben der Berufungskläger) ganz generell und ohne Bezug zu den einzelnen Rechtsbegehren als Gegenpartei alle Berufungsbeklagten genannt sind. Sind alle möglichen Parteien schon im Prozess, ist die Frage der (notwendigen) Streitgenossenschaft ohne Belang, wenn keine abweichenden Anträge gestellt werden, was hier nicht der Fall ist. Tatsächlich ist davon auszugehen, dass alle Berufungsbeklagten vom Durchbruch betroffen sind (RG act. I/3 Rz. 17b; act. A.3 Rz. 17d), weil die Wand der Waschküche des Berufungsbeklagten gleichzeitig eine Aussenwand ist und damit zur Gebäudehülle der Stockwerkeigentümergeinschaft als solcher gehört (Art. 712b Abs. 2 Ziff. 2 ZGB, vgl. Protokoll Augenschein RG act. VII/1 S. 4). Dass die Berufungsbeklagten 2 und 3 z.T. ihre Legitimation diesbezüglich bestreiten (act. A.3 Rz. 17), andererseits aber auch auf die Bedeutung der Aussenwand für alle Stockwerkeigentümer hinweisen (vgl. z.B. Protokoll der Hauptverhandlung RG act. VII/2 Anm. 4; act. A.3 Rz. 17d), ist nicht entscheidend, da die Frage, gegen wen geklagt werden muss, materiell-rechtlicher Natur und von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) zu erörtern ist.

6.1. Mit Rechtsbegehren Ziff. 2 wird die Anweisung an das Grundbuchamt verlangt, die näher genannten Dienstbarkeiten zu verlegen und ins Grundbuch einzutragen, nämlich • das Benützungsrecht an der Abstellfläche im Keller auf die lila schraffierte Fläche • das Benützungsrecht am Keller Nr. 2 auf die gelb schraffierte Fläche • das Fusswegrecht mit besonderer Unterhaltsregelung auf die blau schraffierte Fläche. Mit Rechtsbegehren Ziff. 3 (ein Eventualbegehren, auch bezeichnet als "Variante") wird die Anweisung des Grundbuchamtes verlangt, die näher genannten Dienstbarkeiten zu verlegen und ins Grundbuch einzutragen, nämlich • das Benützungsrecht an der Abstellfläche im Keller auf die lila schraffierte Fläche • das Benützungsrecht am Keller Nr. 2 auf die gelb schraffierte Fläche

E. 15

/ 35 • das Fusswegrecht mit besonderer Unterhaltsregelung auf die blau sowie die orange schraffierte Fläche. Auf dem von den Berufungsklägern eingereichten Plan (RG act. II/3) ist die Situation wie folgt dargestellt: Der Unterschied zwischen dem Hauptbegehren (Rechtsbegehren Ziff. 2) und dem Eventualbegehren (Rechtsbegehren Ziff. 3) besteht hinsichtlich des Fusswegrechts, und zwar dahingehend, dass dieses auf die orange Fläche verlegt werden soll. Bei der Verlegung auf die orange Fläche handelt es sich um den Zugang zum Keller Nr. 1, der – als Variante – nicht über das Grundstück des Berufungsbeklagten 1 führen soll. Ein Blick auf RG act. II/3, der Plan zur "Kellergeschoss

Variante", wirft diesbezüglich allerdings Fragen auf. Darauf wird zurückzukommen sein (vgl. E. 10.3). 6.2.1. Die Vorinstanz führte zu den vorstehenden Begehren aus, dass die verlangten Anweisungen an das Grundbuchamt rein vollstreckungsrechtlicher Natur seien. Zwar erlaube die Zivilprozessordnung, beim Gericht nebst einem Sachentscheid zugleich entsprechende Vollstreckungsanordnungen zu verlangen, allerdings brauche es zunächst einen Sachentscheid, der dann vollstreckt werden könne. Ein solcher Sachentscheid sei von den Berufungsklägern nicht verlangt worden, sodass auf das Rechtsbegehren Ziff. 2 und 3 nicht eingetreten werden könne (act. B.1 E. 3). 6.2.2. Hinsichtlich der Begehren, das Grundbuchamt sei anzuweisen, die Dienstbarkeit zu verlegen, halten die Berufungsbeklagten und die Vorinstanz mit einem

E. 16

/ 35 gewissen Recht fest, dass so, wie das Begehren formuliert ist, an eine Vollstreckungsanordnung gedacht werden kann. Richtig ist aber auch, dass der gesetzliche Verlegungsanspruch i.S. von Art. 742 ZGB zwingend einer gerichtlichen Beurteilung bedarf, wenn keine einvernehmliche Regelung möglich ist, und erst eine gerichtlich angeordnete Verlegung kann alsdann im Grundbuch eingetragen werden. Dabei gilt, dass bei einer Gestaltungsklage die Rechtsänderung bereits mit dem Urteil erfolgt und dass darin der Grundbucheintrag i.S. einer Anweisung ans Grundbuchamt angeordnet werden kann, dass aber auch – weil die Rechtsänderung ja bereits erfolgt ist – die Anmeldung beim Grundbuch den Parteien überlassen werden kann (Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 6. Aufl., Zürich 2022, Rz. 849a). 6.2.3. Die Berufungskläger machen geltend, dass die Verlegung einer Dienstbarkeit auf verschiedenen Wegen erreicht werden könne: mit einer Gestaltungsklage dann, wenn alle Voraussetzungen der Verlegung erfüllt seien. Nach Art. 742 ZGB könne auch im Rahmen einer Leistungsklage die Abgabe einer Willenserklärung verlangt werden, was insbesondere dann das Mittel der Wahl sei, wenn die Zustimmung der Gegenpartei von bestimmten Bedingungen abhängig sei. Es bestehe die Wahl zwischen einer Leistungs- und einer Gestaltungsklage (act. A.1 Rz. 11). Rechtsbegehren seien nach Treu und Glauben auszulegen; massgeblich sei nicht nur der Wortlaut, sondern zu berücksichtigen sei auch die Begründung. Führe die Auslegung nicht zum Ziel, so seien unklare, widersprüchliche, unbestimmte oder offensichtlich unvollständige Rechtsbegehren in Ausübung der Fragepflicht (Art. 56 ZPO) zu klären (act. A.1 Rz. 12). 6.3. Nach dem Berufungsbeklagten 1 ist die Anweisung an das Grundbuch kein Gestaltungsbegehren, weil direkt die Anweisung an das Grundbuchamt verlangt werde. Für die Rechtsgestaltung sei aber nicht das Grundbuchamt, sondern das Gericht zuständig (act. A.2 Rz. 5 f.). Die Berufungsbeklagten 2 und 3 weisen darauf hin, dass eine Abänderung nicht einfach grundbuchamtlich umgesetzt werden könne; es brauche dazu auch das Angebot einer Gegenleistung (act. A.3 Rz. 10b). 6.4. Nach den Berufungsbeklagten 2 und 3 ist die Klageart seit Inkrafttreten der ZPO durch diese geregelt worden. Müsse die Gegenleistung erst angeboten werden oder sei eine andere Bedingung noch in der Schwebe, so sei lediglich eine Leistungsklage (und keine Gestaltungsklage) möglich (act. A.3 Rz. 10a). Eine Abänderung könne nur dann verlangt werden, wenn eine Entschädigung bezahlt werde, was die Berufungskläger gemäss ihrem Rechtsbegehren nicht tun wollten. Das Recht könne nicht einfach entschädigungslos zugesprochen werden. Die Gestaltungsklage sei daher unzulässig. Die Erwägung der Vorinstanz, mit der auf ein

E. 17

/ 35 unzulässiges Vollstreckungsbegehren geschlossen werde, sei daher korrekt (act. A.3 Rz. 10b). Richtigerweise hätten die Berufungskläger mit einer Leistungs- klage auf Abgabe von entsprechenden Willenserklärungen zur Abänderung der Dienstbarkeit Zug um Zug mit der Entschädigung klagen müssen (act. A.3 Rz. 11). Die Klage auf Verlegung nach Art. 742 ZGB sei in der Liste der Gestaltungs- klagen im Basler Kommentar zur ZPO N 10 zu Art. 87 ZPO nicht aufgeführt (act. A.3 Rz. 16).

6.5.1. Wenn die Vorinstanz davon ausgegangen ist, dass nur die Vollstreckung verlangt worden sei, hält sie sich sehr eng bzw. zu eng an den Wortlaut der Be- gehren und hat diese weder ausgelegt noch nachgefragt, wobei Nachfragen bei anwaltlich vertretenen Parteien nach verbreiteter Ansicht einen sehr eingeschränk- te Anwendungsbereich haben (Thomas Sutter-Somm/Benedikt Seiler, in: Sutter- Somm/Seiler [Hrsg.], Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021, N 9 zu Art. 56 ZPO m.w.H.; Christoph Hurni, in: Güngerich [Koordina- tion], Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2012, N 29 zu Art. 56 ZPO; BGE 142 III 462 E. 4.3; BGer 5A_417/2020 v. 27.10.2020 E. 3.2; 4A_284/2017 v. 22.1.2018 E. 3.2).

6.5.2. In der Berufung haben die Berufungskläger darauf hingewiesen, dass sie vor Vorinstanz ein Gestaltungs- urteil erhältlich machen wollten. In der Klagebe- gründung hätten sich die Berufungskläger eindeutig zur Natur ihrer Anträge geäußert, nämlich in Ziff. II.B.: "Zu den Gestaltungs- begehren (Ziff. 2 und 3 der Rechtsbegehren)", was zum Ausdruck bringe, dass es sich um Gestaltungs- klagen handle (act. A.1 Rz. 15). Und in RG act. I/1 Rz. 18 stehe, dass ausser beim Zu- gang zum Keller Nr. 1 (Rechtsbegehren Ziff. 1), der bauliche Massnahmen erfor- dere, die Gestaltungsvoraussetzungen erfüllt seien.

6.6. Bei einem so formulierten Rechtsbegehren, dass das Grundbuchamt anzu- weisen sei, die Dienstbarkeit zu verlegen und ins Grundbuch einzutragen, kann zunächst tatsächlich daran gedacht werden, dass das Grundbuchamt angewiesen werden solle, die Verlegung vorzunehmen. Angesichts der Tatsache, dass das Grundbuchamt keine Sachentscheidungen fällen kann und es auch keine Mög- lichkeit gibt, dass die Zivilgerichte Entscheidungskompetenzen an das Grund- buchamt delegieren und auch kein vollstreckbarer Entscheid vorlag, welcher in einem Vollstreckungsverfahren beigebracht werden müsste, ist die Annahme der Vorinstanz allerdings keineswegs zwingend. Eine andere Frage ist, ob ein Begeh- ren auf Gestaltung dann auch gutgeheissen werden kann.

E. 18

/ 35 6.7. Richtigerweise wäre das Anliegen der Berufungskläger als Gestaltungs- klage etwa so zu formulieren gewesen: "Das (erstinstanzliche) Gericht wird ersucht, die Verlegung der Dienstbarkeit [...] zu Lasten des Grundstückes [...] und zu Gunsten des Grundstückes [...] gemäss Plan und auf Kosten der klagenden Partei anzuordnen" (vgl. François Bohnet, Actions civiles, Volume I, CC et LP, 2. Aufl., Basel 2019, § 54 N 22). Es genügt auch ein Rechtsbegehren, mit dem die Anord- nung der Verlegung der Dienstbarkeit verlangt wird, ohne dass ein ausdrückliches Ersuchen an das Gericht gestellt werden müsste (vgl. in diesem Sinne auch act. A.3 Rz. 53). Eine Gestaltungs- klage ist nur möglich, wenn keine Gegenleistung zu erbringen ist (vgl. Weber, a.a.O., N 5 zu Art. 87 ZPO), weil damit die Rechtslage unmittelbar umgestaltet wird (Sutter-Somm/Seiler, a.a.O., N 4 zu Art. 87 ZPO). Im Falle von Verlegungen müssen die Voraussetzungen für dieselbe bei der Urteilsfällung be- reits erfüllt sein, z.B. sind entweder keine baulichen Massnahmen erforderlich oder sie sind bereits ausgeführt bzw. abgeschlossen worden (Liver, a.a.O., N 50 zu Art. 742 ZGB). Klar ist, dass die Verlegungskosten zu Lasten des Dienstbarkeits- verpflichteten gehen müssen (vgl. Art. 742 Abs. 1 ZGB: "[...] und die Kosten über- nimmt [...]"), wobei die gesetzlich vorgesehene Pflicht dennoch anzuordnen ist. Zusätzliche Entschädigungen sind

bei der blossen Verlegung nach Art. 742 ZGB im Normalfall nicht zu leisten (zu Ausnahmen vgl. Liver, a.a.O., N 36 zu Art. 742 ZGB). Da die gesetzlichen Voraussetzungen grundsätzlich einen gleichwertigen Ersatz vorsehen, erscheint eine Entschädigung für die Verlegung als solche entsprechend obsolet zu sein. Ist der Ort der Verlegung nicht gleichwertig, ist die Verlegung nicht zu bewilligen. Auf die Frage, ob die hier zu diskutierenden Orte der Verlegung gleichwertig sind, wird zurückzukommen sein (E. 7.3 ff.). 6.8. Die Berufungskläger weisen darauf hin, dass es für die Verlegung die Wahl zwischen Leistungs- und Gestaltungsklage gebe (act. A.1 Rz. 11). Aus dem Rechtsbegehren Ziff. 2 und 3 gehe hervor, dass die Berufungskläger die Verlegung der Dienstbarkeit verlangten (act. A.1 Rz. 14), dass sie die Begehren in der Klagebegründung als Gestaltungsbegehren/Gestaltungsklagen bezeichnet hätten (act. A.1 Rz. 15), dass die notwendigen baulichen Massnahmen bereits ausgeführt seien, sodass die Voraussetzungen für ein Gestaltungsbegehren gegeben seien (act. A.1 Rz. 16). Sind Rechtsbegehren auszulegen, so nicht nur grammatikalisch, sondern nach dem Sinngehalt und unter Beizug der Klagebegründung und unter Berücksichtigung des Vertrauensprinzips. Das Kantonsgericht geht nach dem Gesagten davon aus, dass die Berufungskläger mit den Rechtsbegehren Ziff. 2 und 3 ein Gestaltungsbegehren gestellt haben.

E. 19

/ 35

E. 20

/ 35 (Art. 310 ZPO) und eine Rückweisung nur ausnahmsweise erfolgen sollte (Art. 318 Abs. 1 ZPO). Zu prüfen ist im Folgenden insbesondere, ob die neuen Orte zur Ausübung der Dienstbarkeiten nicht weniger geeignet sind als die bisherigen, was sich nach dem Inhalt des eingeräumten Nutzungsrechts beurteilt. Die Berufungskläger weisen auf die Kriterien hin, welche sich aus BGE 147 III 215 E. 4.5 ergeben: Die wirtschaftliche Gleichwertigkeit und der gleiche Nutzen, verstanden als dieselben Vorteile und Annehmlichkeiten, unerhebliche Nachteile seien hinzunehmen (act. A.1 Rz. 31).

E. 21

/ 35 so die Berufungsbeklagten 2 und 3 – auch im Bereich des neuen beheizten, allerdings schmalen und steilen Treppenabganges. Weil die Vermassung erst beim Augenschein nachgeholt worden sei, könne der Nachweis der gleichen Grösse gar nicht erbracht werden. Derzeit gebe es zwei Möglichkeiten, um zum Abstellplatz (der allen Berufungsbeklagten zur Verfügung steht) zu gelangen: von ihrer jeweiligen Wohnung aus über die Treppe oder ohne Treppe von aussen über die "J._____". Es gebe (nur) ein schmales Rampenbrett am Rande der neuen schmalen Treppe, sodass es nahezu unmöglich sei, Kinderwagen und Fahrräder rollend zu befördern, und diese teilweise getragen werden müssten, was selbst für einen Mann mühsam und umständlich sei. Unten fehle es an Ausweichraum, um Fahrräder und Kinderwagen wenden zu können. Insgesamt sei der neue Abstellplatz im Vergleich von Dimension, Erreichbarkeit und Benutzbarkeit und vor allem wegen des Zuganges deutlich weniger geeignet als der bisherige (act. B.1 E. 12). Die Vorinstanz folgert abschliessend, dass es den Berufungsklägern nicht gelungen sei, das Fehlen eines erheblichen Nachteils für die zu verlegenden Dienstbarkeiten nachzuweisen, weshalb auch das Interesse der Berufungskläger an der alleinigen Nutzung des Kellergeschosses ("J._____") zum "Wellnessen" die Verlegung nicht rechtfertige (act. B.1 E. 13).

E. 22

/ 35 die im Keller gelagert werden wollten, müssten dannzumal zwei Treppenläufe ins Untergeschoss, dann ein paar Tritte hinauf zur Wohnungstüre, dann durch die Wohnungstüre, dann links um die Ecke und dann rechts durch die Waschkücheneingangstüre und in der Waschküche wiederum links durch die offene Waschküchentüre, nach deren Schliessung durch die dahinterliegende neue Türe in den Keller getragen werden (act. A.1 Rz. 34).

E. 23

/ 35 tergeschosses gehen zu müssen, an das Grundstück Nr. F._____ der Berufungskläger, sei für die Berufungsbeklagten 2 und 3 ein wesentlicher Vorteil. Nach Wiederholung der Masse der beiden Türen halten die Berufungskläger fest, dass die Aussentreppe auch bei Regen und im Winter problemlos begehbar sei und dank dem Dachvorsprung und der Rinnenheizung entlang der Treppe schneefrei bleibe. Die längliche Form sei nach der Vorinstanz nicht geeignet, "sperrige" Gegenstände zu lagern. Allerdings werde die Lagerungsmöglichkeit primär durch die Dimension der Eingangstür bedingt. Bei etwa gleicher Breite beider Eingänge sei die Höhe unterschiedlich (neu: 2 m, bisher: 155 cm sowie Trittschwelle von 38 cm). Die Brauchbarkeit des Kellers lediglich für "kleinere, selten gebrauchte Gegenstände", wie die Vorinstanz ausführe, sei unzutreffend, der neue Keller sei gleich nützlich wie der alte. Beide Keller seien entgegen der Vorinstanz rechteckig. Der neue Keller sei trocken, gut belüftet und habe eine dreimal so grosse Fensterfläche und die Raumhöhe sei konstant, was beim bisherigen Keller nicht zutrefte (ins nutzbare Lichtraumprofil eingreifendes Gewölbe). Vor- und Nachteile hielten sich die Waage. Kleinere Verschlechterungen seien hinzunehmen (act. A.1 Rz. 42).

E. 24

/ 35 vorsprung, Geländer und Rinnenheizung entlang der Treppe. Die eine der bestehenden Erschliessungsmöglichkeiten führe ja bereits heute über eine Aussenwegstrecke, jedoch sei dieser Weg massiv länger. Wenn die Vorinstanz erwäge, dass die längliche Form des Kellers nicht ermögliche, "sperrige Gegenstände" zu lagern, sei ihr entgegenzuhalten, dass die Lagerungsmöglichkeiten primär durch die Dimension der Eingangstüre bedingt seien (jetzige Türhöhe rund 1.55 m mit einer Schwelle von 38 cm; neue Türhöhe rund 2 m). Der neue Keller sei gleich nützlich wie der alte (act. A.1 Rz. 41).

E. 25

/ 35 A._____ habe demonstriert, dass 3 Fahrräder und ein Kinderwagen Platz fänden, ohne den Durchgang zu beeinträchtigen. Der Rechtsvertreter der Berufungskläger habe verlangt, die 3 Fahrräder und den Kinderwagen auf die alte Abstellfläche zu verstellen, was abgelehnt worden sei und damit das rechtliche Gehör verletzt habe (act. A.1 Rz. 46). Kleinere Verschlechterungen, hier die Aufklappung des herunterklappbaren Geländers, seien hinzunehmen (act. A.1 Rz. 47). Insgesamt sei von den Berufungsklägern nachgewiesen worden, dass die neuen Orte für die Dienstbarkeiten nicht weniger geeignet seien (act. A.1 Rz. 48).

E. 26

/ 35 sei, würden die Berufungskläger nicht aufzeigen (act. A.2 Rz. 28). Die Demonstration des Berufungskläger A._____ habe den Anwesenden vor Augen geführt, wie gefährlich es sei, ein E-Bike die steile und schmale Treppe hinunterzutragen (act. A.2 Rz. 29). Die Treppe sei 750 mm schmal und habe keinen Handlauf. Ein solcher könne auch nicht montiert werden, weil sonst die Treppe noch schmaler würde. Mit einem Kinderwagen wäre

danach die Überwindung der Treppe völlig illusorisch (act. A.2 Rz. 31).

E. 31

/ 35 und 1 Kinderwagen Platz finden (act. A.1 Rz. 46) etc. Ungeprüft kann auch die Frage bleiben, in welchem Zeitpunkt das Bedürfnis zur Verlegung entstanden ist (Zeitpunkt nach der Begründung der Dienstbarkeit durch die Vorinstanz bejaht [act. B.1 E. 8 S. 49 f.], bestritten durch die Berufungskläger [act. A.1 Rz. 26 f.]) und ob es tatsächlich die für das Kantonsgericht nicht nachvollziehbaren, von den Berufungsklägern auch nicht präzisierten öffentlichen Interessen (act. A.1 Rz. 27; act. A.3 Rz. 21b) gibt.

E. 32

/ 35 nach den eingangs formulierten verfahrensrechtlichen Prinzipien des Berufungsverfahrens (E. 2) damit nicht weiter befassen muss.

E. 33

/ 35 ren unterliegen und es deshalb dabei bleibt, dass die Berufungsbeklagten weiterhin die "J._____" betreten können. 11. Nach dem Gesagten wird die Berufung insoweit gutgeheissen, als die Vorinstanz auf die gestellten Begehren hätte eintreten und diese hätte materiell entscheiden müssen. Die Berufungskläger unterliegen in der Berufung dann allerdings dennoch, weil das Kantonsgericht die Klage nach erfolgter materieller Beurteilung abweist.

E. 34

/ 35 haben, ist der Aufwand ihrer beiden Rechtsvertreter zu schätzen (Art. 2 Abs. 1 HV [BR 310.250]). Mit Blick auf die Komplexität der Sach- und Rechtsfragen sowie unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Prozessstoff bereits aus dem vorinstanzlichen Verfahren bekannt war, ist der Aufwand auf je 16 Stunden pro Rechtsvertretung zu schätzen und für den Berufungsbeklagten 1 mit dem vereinbarten Stundenansatz von CHF 250.00 (RG act. VI/3; Art. 2 Abs. 2 Ziff. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 HV) und für die Berufungsbeklagten 2 und 3 mit dem maximal üblichen Stundenansatz von CHF 270.00 (vereinbart wurden gemäss RG act. VI/4 CHF 280.00 pro Stunde) zu multiplizieren. Zusammen mit der Spesenpauschale (3 %) und der Mehrwertsteuer (7.7 %) beläuft sich die Parteientschädigung somit für den Berufungsbeklagten 1 auf CHF 4'260.00 und für die Berufungsbeklagten 2 und 3 auf CHF 4'792.00.

E. 35

/ 35

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