

# GR\_GERICHTE ZK1 2024 52 vom 21. November 2024

GR Gerichte, 2024-11-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK1\\_2024\\_52](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2024_52)

FR: GR\_GERICHTE ZK1 2024 52 du 21 novembre 2024

IT: GR\_GERICHTE ZK1 2024 52 del 21 novembre 2024

## Regeste

Aufteilung Unterhaltskosten Grunddienstbarkeit (Kostenbeschwerde) | Sachenrecht

## Erwägungen

### E. 1

Allgemeine Prozessvoraussetzungen

#### E. 1.1

Die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Da mit der Klage letztendlich ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird, handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Die Streitwertgrenze ist angesichts der Kostenschätzung der geplanten Sanierung erreicht (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berufung wurde fristgerecht erhoben (Zustellung des angefochtenen Entscheids am 2. April 2024; Postaufgabe der Berufung am 25. April 2024; 30-tägige Berufungsfrist mit Stillstand während Ostern, Art. 311 Abs. 1 i. V. m. Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO).

#### E. 1.2

Im Berufungsverfahren gilt keine eigentliche Rügepflicht, die Berufung führende Partei muss sich jedoch sachbezogen und substantiiert mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Entscheides auseinandersetzen und darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet hat bzw. welcher Sachverhalt unrichtig festgestellt worden sein soll (Begründungslast; statt vieler: BGE 138 III 374 mit zahlreichen Verweisen). Bei juristischen Laien wird diesbezüglich sehr wenig verlangt. Als Antrag genügt eine Formulierung, aus der sich mit gutem Willen herauslesen lässt, wie das Rechtsmittelgericht entscheiden soll. Was die Begründung der Anträge betrifft, reicht es aus, wenn auch nur rudimentär zum Ausdruck kommt, weshalb der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Berufung führenden Partei unrichtig sein soll. Diese Anforderungen sind vorliegend erfüllt. Der Berufungskläger stellt einen sinngemässen Antrag und rügt eine unrichtige Rechtsanwendung sowie eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts (act. A.1). Die Berufung ist daher auch formgerecht (zur Beschwerde vgl. nachstehend E. 3).

### E. 2

Funktionelle Zuständigkeit im Besonderen

#### E. 2.1

Der Berufungskläger erhob seine Klage ohne eine Klagebewilligung beizulegen. Nachdem die Vorinstanz die (aus anderen Gründen verbesserte) Klage der

#### E. 2.2

Vor Einleitung des Entscheidungsverfahrens ist ein Schlichtungsversuch zu unternehmen, wenn weder ein Ausnahme- (Art. 198 ZPO) noch ein Verzichtstatbestand (Art. 197 ff. ZPO) vorliegt. Gelingt es den Parteien nicht, sich im Schlichtungsverfahren zu einigen, so stellt die Schlichtungsbehörde eine Klagebewilligung aus, die den Kläger während dreier Monate zur Einreichung der Klage beim Gericht berechtigt (Art. 209 ZPO). Die Klagebewilligung ist als Beilage mit der Klage einzureichen (Art. 221 Abs. 2 lit. b bzw. Art. 244 Abs. 2 lit. b ZPO). Da es sich um eine Prozessvoraussetzung handelt, prüft das Gericht von Amtes wegen (eingeschränkte Untersuchungsmaxime), ob eine (gültige) Klagebewilligung vorliegt (Art. 59 Abs. 2 f. ZPO; BGE 139 III 273 E. 2.1; vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28.6.2016, BBl 2006 7221 ff., S. 7333). Ist die Klagebewilligung nicht ungültig, sondern fehlt sie, so ist gestützt auf Art. 132 ZPO eine Nachfrist anzusetzen, innert der die mangelhafte Eingabe verbessert, d. h. die fehlende Klagebewilligung im Sinne einer Beilage bzw. Urkunde nachgereicht werden kann. Fehlt hingegen wie vorliegend das Schlichtungsverfahren, wurde mithin trotz Schlichtungsobligatorium direkt beim Gericht geklagt, so fehlt die funktionelle Zuständigkeit des Gerichts (ebenfalls eine Prozessvoraussetzung), und es ist unklar, ob und gestützt worauf (Art. 132 ZPO oder Art. 63 ZPO analog) eine Nachfristansetzung zur Verbesserung bzw. Nachholung des Schlichtungsverfahrens zulässig ist oder ob ein sofortiges Nichteintreten zu ergehen hat (vgl. BGer 4A\_437/2021 v. 25.3.2022 E. 1.2 m. H.; Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO; Roger Morf, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], ZPO Kommentar, 3. Aufl. 2023, N 22 zu Art. 59 ZPO). Diese Frage muss vorliegend nicht beurteilt werden. Genauso kann offengelassen werden, ob es in der vorliegenden Konstellation genügt, wenn die funktionelle Zuständigkeit im für Prozessvoraussetzungen grundsätzlich massgeblichen Zeitpunkt (Sachurteil) gegeben ist, oder, abweichend davon, bereits im Zeitpunkt der Klageeinreichung oder innert Nachfrist vorliegen muss. Das Eintreten auf die Klage bei

## **E. 5**

/ 25 Gegenseite zur Stellungnahme zugestellt hatte, setzte sie ihm unter Verweis auf Art. 132 ZPO eine einmonatige Nachfrist zur Nachreichung der Klagebewilligung an (RG act. V.8). Der Berufungskläger reichte daraufhin beim Vermittleramt Engadina Bassa/Val Müstair ein Schlichtungsgesuch ein (RG act. II.3, Feststellung Ziffer 1). Nach Abschluss des Schlichtungsverfahrens stellte das Vermittleramt dem Berufungskläger eine Klagebewilligung aus, die er anschliessend im bereits beim Regionalgericht eröffneten Verfahren einreichte. Das Regionalgericht trat auf die Klage ein und fällte ein Urteil in der Sache, ohne den Umstand anzusprechen, dass der Berufungskläger die Klage ohne vorgängiges – im vorliegenden Fall zwingendes – Schlichtungsverfahren direkt beim Gericht eingereicht hatte. Keine der beidseits nicht anwaltlich vertretenen Parteien thematisiert diesen Punkt.

### **E. 5.1**

Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur noch beschränkt zugelassen. Sie dürfen nur berücksichtigt werden, wenn sie sofort vorgebracht werden und es sich entweder um Tatsachen und Beweismittel handelt, die nach dem Zeitpunkt, in dem Tatsachen und Beweismittel vor erster Instanz letztmals vorgebracht werden konnten (Novenschanke), entstanden sind (echte Noven), oder dann um solche, die in diesem Zeitpunkt schon bestanden (unechte Noven), jedoch trotzdem, und auch bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt, nicht früher vorgebracht werden konnten (Art. 317 ZPO). Die

vorbringende Partei hat die Zulässigkeit der Noven darzulegen und bei unechten Noven insbesondere zu erklären, weshalb es nicht möglich war, diese im erstinstanzlichen Verfahren rechtzeitig geltend zu machen.

## **E. 5.2**

Beide Parteien stellen diverse Tatsachenbehauptungen im Zusammenhang mit einem Ladegerät des Elektroautos des Berufungsklägers auf, die sie vorinstanzlich noch nicht getätigt haben. Keine Partei legt die Zulässigkeit dieser neuen Vorbringen dar, weshalb sie nicht zu berücksichtigen sind. Im Übrigen handelt es sich um Tatsachen, die für den geltend gemachten Klageanspruch (Art. 741 ZGB) nicht rechtserheblich sind.

## **E. 6**

/ 25 direkter Klageeinleitung und Nachholen des Schlichtungsverfahrens stellt zumindest nicht einen derart schwerwiegenden Mangel dar, als dass der angefochtene Entscheid nichtig wäre. Das Fehlen der sachlichen oder funktionellen Zuständigkeit wird zwar grundsätzlich als schwerwiegender Mangel bezeichnet, der praxisgemäss zur Nichtigkeit eines Entscheids führt. Vorliegend handelt es sich jedoch um eine spezielle Form der funktionellen Zuständigkeit. Denn es besteht kein Verhältnis wie zwischen Erst- und Rechtsmittelinstanz; die Klagebewilligung ist nicht Anfechtungsobjekt, das sachlogisch bereits zu Beginn vorliegen müsste. Ferner kommt dem Regionalgericht auf dem vorliegenden Gebiet (Klage gestützt auf Art. 741 ZGB) allgemeine Entscheidungsgewalt zu. Schliesslich wäre die Annahme der Nichtigkeit nicht mit der Rechtssicherheit vereinbar. Unter diesen Voraussetzungen gelten auch trotz sachlicher oder funktioneller Unzuständigkeit ergangene Entscheide bloss als anfechtbar (BGE 137 III 217 E. 2.4.3; BGer 5A\_977/2018 v. 22.8.2019 E. 4 f.; gleicher Schluss aber bzgl. Fehlen der Beilage und ungültiger Klagebewilligung: Nadja Erk, Prozessvoraussetzungen, Eine Untersuchung der Prozessvoraussetzungen im Zivilverfahrensrecht unter Berücksichtigung des Schiedsverfahrensrechts, Basel 2022, S. 625 Ziff. 4.2 und S. 630 Ziff. 5.2). Vorliegend wurde der Entscheid zwar angefochten, jedoch rügt keine Partei das Eintreten der Vorinstanz bei im Zeitpunkt der Klageeinleitung fehlender (aber später vorliegender) Klagebewilligung bzw. funktioneller Zuständigkeit. Es stellt auch keine Partei einen entsprechenden Antrag auf Nichteintreten. Im Zusammenhang mit dem (altrechtlichen) gesetzlichen Schlichtungsobligatorium qualifizierte das Bundesgericht den verspäteten Einwand des fehlenden Schlichtungsversuchs als rechtsmissbräuchlich und hielt fest, es stelle überspitzten Formalismus dar, diesen Punkt von Amtes wegen aufzugreifen (BGer 4C.347/2000 v. 6.4.2001 E. 2b; François Bohnet, Caractère impératif de la tentative de conciliation préalable prescrite par l'art. 274a CO. Moyen tiré du défaut de conciliation constitutif d'un abus de droit lorsqu'il es invoqué au stade des conclusions en cause, in: DB 13/2001 35 N 24; OGer ZH LZ190026 v. 4.6.2020 E. 4 f.; OGer ZH NP210006 v. 29.3.2021 E. 3.3; vgl. ferner BGer 4P.67/2003 v. 8.7.2003 E. 4 und BGE 145 III 436 E. 4 in fine). Entsprechend kann vorliegend erst recht kein Nichteintreten mehr ergehen und es ist auf die Berufung auch unter diesem Aspekt einzutreten. 3. Vereinigung der Verfahren Der Berufungskläger erhob gegen den Entscheid vom 14. September 2023 neben der Berufung (ZK1 24 51) gleichentags auch eine selbständige Kostenbeschwerde (ZK1 24 52). In der Kostenbeschwerde beantragt er hauptsächlich die Neuverteilung der Kosten für den Fall der Gutheissung der Berufung (E. 12). Die eng mit-

## **E. 6.1**

Der Berufungskläger rügt, die Vorinstanz hätte gestützt auf Art. 741 ZGB einen Verteilschlüssel für die Unterhaltskosten festlegen müssen, unabhängig davon, ob aktuell oder erst zu einem späteren Zeitpunkt Unterhaltsarbeiten anstünden. Insofern sei die Frage nach dem aktuellen Unterhalt nicht Gegenstand der Klage (act. A.1).

### **E. 6.2**

Die Vorinstanz erwog unter Bezug der Klagebegründung, der Berufungskläger klagt auf Ermächtigung zur Ersatzvornahme einerseits für eine Sanierung und andererseits für die jährliche Schneeräumung und Entsorgung sowie jeweils auf die Festlegung des von den Berufungsbeklagten zu zahlenden Teils der für diese Arbeiten anfallenden Kosten (act. B.1, E. 14). Die Klage auf Ermächtigung zur Ersatzvornahme für die Sanierung wies die Vorinstanz mangels Dringlichkeit der Sanierung "zum jetzigen Zeitpunkt" ab. Im Sinne einer Eventualbegründung erwog sie, dass im Falle einer Gutheissung kein Verteilschlüssel hätte festgelegt werden können, da der beweisbelastete Berufungskläger die Interessen der berechtigten und verpflichteten Partei an der Benützung des zu sanierenden Vorplatzes nicht genügend substantiiert dargelegt habe. Das Begehren im Zusammenhang mit der Schneeräumung und Entsorgung sei der Höhe und dem Inhalt nach ebenfalls nicht genügend substantiiert begründet worden und "im Übrigen" verspätet (act. B.1, E. 15 f.).

### **E. 6.3**

Der Berufungskläger stellte vorinstanzlich das folgende Rechtsbegehren: "Antrag einer gerichtlichen Festlegung eines verbindlichen Verteilschlüssels der Unterhaltskosten, gemäss ZGB Art. 741 Abs. 2, zwischen den Berechtigten sowie den Belasteten gemäss Dienstbarkeitsvertrag Tgb. N. \_\_\_\_\_ in der Gemeinde M. \_\_\_\_\_" (RG act. I.1). In der Klagebegründung und in der Replik geht der Berufungskläger speziell auf die Sanierung der Zufahrt (Stützmauer und Verbundsteinplatz) ein und beziffert deren Kosten, wobei er das Gericht bittet "auch die Frage bezüglich dieser Unterhaltsarbeiten zu klären, da ansonsten ein erneuter Gang zum Gericht vorprogrammiert" sei (RG act. I.1 bzw. I.2, letzter Absatz; RG act. I.5, 6. und 8. Absatz). In der Triplik erwähnt er zudem jährliche Unterhaltskosten für die Schneeräumung und Entsorgung (RG act. I.7, 2. Absatz).

### **E. 6.4**

Dem Wortlaut des Rechtsbegehrens nach beantragt der Berufungskläger die Festlegung eines verbindlichen Verteilschlüssels, ohne dies auf die eine Sanierung oder Schneeräumung und Entsorgung zu beschränken. Eine derartige Beschränkung, wie von der Vorinstanz ausgelegt, ist zumindest bei der Schneeräumung und Entsorgung abwegig. Hätte der Berufungskläger nicht eine

### **E. 6.5**

Eine Ersatzvornahme beantragt der Berufungskläger nicht. Er erwähnt eine solche auch nicht in der Begründung. Die Vorinstanz erklärte nicht, woraus sie auf ein Begehren auf Ersatzvornahme schloss, sondern erwog bloss unter Verweis auf die fehlende anwaltliche Vertretung des Berufungsklägers, dass von einem solchen Begehren "mit grösster Wahrscheinlichkeit" auszugehen sei (act. B.1, E. 14). Die vorgängige richterliche Ermächtigung zur Ersatzvornahme ist nicht der einzige Weg, über den der Berufungskläger in der vorliegenden Situation vorgehen kann, sodass argumentiert werden könnte, es müsse aufgrund dessen sowie des Umstands, dass es sich um eine nicht anwaltlich vertretene Laienpartei handelt, davon ausgegangen werden, er strebe implizit eine Ersatzermächtigung an. Um die Unterhaltskosten nach Art. 741 ZGB verteilen zu können,

kann der dienst- barkeitsbelastete Gläubiger dem unterhaltsleistungspflichtigen Dienstbarkeitsbe- rechtigten beispielsweise auch eine Nachfrist nach Art. 107 OR zur Vornahme der Unterhaltshandlung ansetzen, bei deren unbenutztem Verstreichen er auf die nachträgliche Leistung verzichten und die Kosten der Ersatzvornahme als Scha- denersatzbestandteil geltend machen kann (Wolfgang Wiegand, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Aufl., Basel 2020, N 8 zu Art. 98 OR). Auch wenn die Ersatzvornahme der ein- zige Weg wäre, müsste eine entsprechende Auslegung des Rechtsbegehrens (auch bei einer Laieneingabe) eine Stütze in den begründenden Ausführungen finden (vgl. BGer 4A\_555/2022 v. 11.4.2023 E. 2.7: Das Bundesgericht verlangt, dass sich das Begehren "ohne weiteres und in eindeutiger Klarheit" aus der Be- gründung ergibt). Das ist vorliegend nicht der Fall. Auch Hinweise auf eine Leis-

## **E. 7**

/ 25 einander verbundenen Verfahren sind in einem Entscheid abzuhandeln. Die selbständig eingereichte Berufung und Kostenbeschwerde sind zu vereinigen (Art. 125 lit. c ZPO; vgl. KGer GR ZK1 21 101 / 102 v. 10.11.2022 E. 1.1). 4. Ausstand 4.1. Der Berufungskläger macht sinngemäss einen Ausstandsgrund geltend (Art. 47 ff. ZPO). Es sei ihm anlässlich der Hauptverhandlung nicht bewusst gewe- sen, dass die Kinder von Richter Orlando Zegg die Schule besuchen würden, in der E.\_\_\_\_\_, der Vertreter der Berufungsbeklagten, als Schulleiter und Lehrer tätig sei (act. A.1). Die Berufungsbeklagten halten dagegen, die beiden würden privat nichts miteinander zu tun haben und die Kinder von Richter Orlando Zegg würden nicht den Unterricht des Vertreters der Berufungsbeklagten besuchen. Die Beru- fungsbeklagten verweisen ferner auf die für die Schulleitung und Lehrpersonen geltenden Standes- und Verhaltensregeln (act. A.2). 4.2. Der Berufungskläger erhebt die Ausstandseinrede zum ersten Mal mit der Berufung. Vorinstanzlich erhob er keine Einwände gegen die Zusammensetzung des Gerichts (RG act. VII.1, S. 2). Er führt zwar nicht näher aus, wann er genau von dem als Ausstandsgrund gerügten Umstand Kenntnis erlangt habe, immerhin dürfte dies seinen Aussagen zufolge jedenfalls nach der Hauptverhandlung vom 14. September 2023 geschehen sein. Der angefochtene Endentscheid erging un- mittelbar im Nachgang zur Hauptverhandlung und trägt das Urteilsdatum dersel- ben. Wird ein Ausstandsgrund erst nach der Fällung des erstinstanzlichen Ent- scheids, aber vor Ablauf der Rechtsmittelfrist entdeckt, so ist dieser mit Berufung oder Beschwerde und nicht mit Revision geltend zu machen (vgl. BGE 147 I 173 E. 4.1; 139 III 466 E. 3.4; 139 III 120 E. 2; 138 III 702 E. 3.4; je mit Hinweisen). Ob der angerufene Ausstandsgrund vorliegend während der Rechtsmittelfrist oder während der Begründungszeit (Mitteilung des unbegründeten Entscheids am 15. September 2023; Mitteilung des begründeten Entscheids am 28. März 2024) entdeckt wurde, ist letztlich irrelevant, da der Endentscheid von der Vorinstanz bereits gefällt worden war. Der Einwand betreffend Ausstand ist somit nicht ver- spätet. In dieser Konstellation ist ausnahmsweise die Rechtsmittelinstanz (iudex ad quem) zuständig, anstelle des in der Regel zuständigen iudex ad quo (vgl. auch Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung [Verbes- serung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung v. 26.2.2020, BBl 2019 2697 ff., S. 2732 f.). 4.3. Befangenheit eines Richters, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder ihrer Vertretung, stellt einen Ausstandsgrund dar

### **E. 7.1**

Feststellungsklagen sind gegenüber Forderungs- und Gestaltungsklagen grundsätzlich subsidiär. Eine Feststellungsklage kann jedoch trotz Möglichkeit einer Leistungsklage zulässig sein, wenn es darum geht, nicht nur die fällige Leistung zu erhalten, sondern die Gültigkeit des ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses auch für dessen künftige Abwicklung feststellen zu lassen (BGer 4A\_589/2011 v. 5.4.2012 E. 4.1 mit Verweis auf BGE 84 II 685 E. 2).

### **E. 7.2**

Der Berufungskläger beantragt die Festlegung eines Verteilschlüssels für Unterhaltskosten generell und im Speziellen für Sanierung, Schneeräumung und Entsorgung. Eine Forderungsklage ist nicht möglich, da die dafür anfallenden Kosten zwar geschätzt, jedoch nicht definitiv beziffert werden können (auch nicht während des Verfahrens) da sie sich laufend weiterentwickeln (Art. 85 Abs. 2 ZPO; vgl. AppGer VD HC 2023 865 v. 1.1.2021 E. 3.3). Im Übrigen bestünde auch bei Annahme der Möglichkeit einer Forderungsklage ein selbständiges Feststellungsinteresse daran, nicht für jede Unterhaltssache eine erneute Festlegung eines Verteilschlüssels gerichtlich erwirken zu müssen und einen solchen allgemeingültig festgelegt zu haben (Bestand eines solchen Anspruches dahingestellt). Mit anderen Worten ist die Fortdauer der Rechtsungewissheit, wer in welchem Umfang die Unterhaltskosten zu tragen hat, unzumutbar, womit ein Feststellungsinteresse gegeben ist und auf die Feststellungsklagen einzutreten ist.

### **E. 8**

/ 25 (Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO). Die Rechtsprechung nimmt Voreingenommenheit und Befangenheit an, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Dabei ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken. Für die Ablehnung wird nicht verlangt, dass der Richter tatsächlich befangen ist (BGE 140 III 221 E. 4.1 m. w. H.; vgl. auch PKG 2013 Nr. 10 E. 4a). 4.4. Bei objektiver Betrachtung gibt es vorliegend keine Anhaltspunkte für eine Befangenheit des Richters Orlando Zegg. Seine Kinder besuchen nicht den Richter bei E.\_\_\_\_\_, dem Vertreter der Berufungsbeklagten; er ist lediglich ihr Schulleiter. Diese indirekte Verbindung zwischen Richter und Parteivertretung weist nicht die erforderliche Intensität und Enge auf, um einen Ausstandsgrund zu begründen. Auch wenn sie die Nähe einer persönlichen Bekanntschaft, einer Nachbarschaft oder eines Duverhältnisses erreichen sollte, was nicht erstellt ist, würde dies nicht als Ausstandsgrund genügen. Die Rüge des Berufungsklägers ist unbegründet. 5. Noven

### **E. 9**

/ 25 6. Auslegung des Rechtsbegehrens

### **E. 10**

/ 25 allgemeingültige Feststellung des Verteilschlüssels gewollt, sondern bloss eine auf die Schneeräumung und Entsorgung beschränkte, hätte er Schneeräumung und Entsorgung nicht erstmals in seiner Tripplik und nur am Rande bzw. in einem Satz erwähnt. Auch eine Beschränkung des Rechtsbegehrens auf die Sanierung lässt sich aus den Rechtsschriften des Berufungsklägers nicht ableiten. In seiner Klage geht er nur im letzten der vier begründenden Absätze auf die Sanierung ein (RG act. I.1-2). Auch die Berufungsbeklagten

zwischen den klägerischen Anträgen auf Festlegung eines allgemeinen Verteilschlüssels und der konkreten Sanierung: Sie anerkennen einen Verteilschlüssel von 1:99 (unter der Bedingung eines Rückbaus der Aufschüttung), erklären sich aber nicht gewillt, sich an der konkreten Sanierung zu beteiligen (RG act. I.3). Dem Willen des Berufungsklägers ist daher eher Ausdruck verliehen, wenn sein Begehren nicht beschränkt ausgelegt wird, sondern als Begehren auf Festlegung eines allgemeingültigen Verteilschlüssels für die Unterhaltskosten, einschliesslich der Sanierungskosten und – durch Klageänderung in der Tripplik erweitert – der Schneeräumungs- und Entsorgungskosten.

### **E. 10.1**

Die Vorinstanz erwog, der Berufungskläger habe die Höhe der für Schneeräumung und Entsorgung anfallenden Kosten nicht genannt und diese auch nicht anderweitig substantiiert. Er habe die Aufteilung der Schneeräumungs- und Entsorgungskosten im Übrigen erst nach dem Aktenschluss und damit verspätet geltend gemacht, weshalb er damit nicht zu hören sei. Da der Berufungskläger seinen Substantiierungs- und Beweispflichten nicht nachgekommen sei, sei die Klage auch in diesem Punkt abzuweisen (act. B.1, E. 16 in fine und Dispositivziffer 1).

### **E. 10.2**

Soweit es sich bei der blossen Erwähnung der Schneeräumungs- und Entsorgungskosten in der Tripplik um ein Begehren handelt, stellt dies eine Klageänderung dar (E. 6.4). Eine solche ist nach Eintritt der Novenschanke nicht per se unzulässig, sondern untersteht bloss den Voraussetzungen von Art. 230 ZPO. Die Voraussetzungen der Klageänderung (Art. 227 und Art. 230 ZPO) sind zwar als Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen, die klagende Partei hat jedoch darzulegen, dass sie erfüllt sind (vgl. LGVE 2015 I Nr. 9 E. 2.3.1). Der Berufungskläger unterlässt dies, weshalb auf das Begehren auf Festlegung eines

### **E. 11**

/ 25 tungsklage (ein vorgängig oder gleichzeitig erstrittenes Leistungsurteil wäre Voraussetzung für eine Ersatzermächtigung) finden sich in der Begründung keine. Es obliegt nicht dem Gericht, eine fehlende anwaltliche Beratung zu ersetzen oder eine aufgrund fehlender Rechtskenntnis nicht erfolversprechende Prozessstrategie anzupassen (vgl. BGer 5D\_83/2017 v. 27.11.2017 E. 1.3 und BGer 5A\_235/2017 v. 14.8.2017 E. 1.4); weder die allgemeine noch die verstärkte (Art. 247 ZPO) richterliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO) stellen hierfür eine Grundlage dar; beides bezieht sich auf die Sachverhaltsfeststellung. Das Rechtsbegehren des Berufungsklägers kann daher vorliegend nicht so ausgelegt werden, als dass es ein Begehren auf Ermächtigung zur Ersatzvornahme umfasse und erst recht nicht dahingehend, als dass es ein Leistungsbegehren und ein Begehren auf Ermächtigung zur Ersatzvornahme umfasse. Es bleibt daher beim Begehren auf Festlegung eines allgemeingültigen Verteilschlüssels für die Unterhaltskosten, einschliesslich der Sanierungs-, Schneeräumungs- und Entsorgungskosten (vgl. KGer GR PZ 03 110 v. 22.9.2003 E. 3, in dem KGer GR ZK 02 39 v. 14.10.2002 als analoger, auf Feststellung des Verteilschlüssels beschränkter Fall beschrieben wird). 7. Feststellungsinteresse

### **E. 11.1**

Für die auf Art. 741 ZGB gründenden Ansprüche muss einerseits eine Dienstbarkeitsvorrichtung (E. 11.5) vorliegen und andererseits Unterhalt (E. 11.12) in Frage stehen. Liegen beide Elemente vor, ist die Interessenlage (E. 11.13) zu prüfen und ein

entsprechender Verteilsschlüssel festzulegen.

### **E. 11.2**

Im Zivilprozess hat diejenige Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen (Art. 8 ZGB). Es oblag deshalb dem Berufungskläger, die unter die Dienstbarkeitsvorrichtung, den Unterhalt und die Interessenlage zu subsumierenden Tatsachen zu behaupten und, sofern diese von den Berufungsbeklagten bestritten werden, auch zu beweisen. Darin liegt die Funktionsweise der vorliegend geltenden Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Sie bedeutet, dass das Gericht sein Urteil nur auf Tatsachen gründen darf, die entweder übereinstimmend behauptet wurden, unbestritten blieben oder bewiesen wurden. Der Berufungskläger irrt daher, wenn er davon ausgeht, er könne es dem Gericht überlassen, die der Interessenlage zugrundeliegenden Tatsachen zu erforschen. Er hatte, als behauptungs- und beweisbelastete Partei, diese dem Gericht zu unterbreiten und das unabhängig davon, ob er als Laie oder mit anwaltlicher Vertretung prozessiert.

### **E. 11.3**

Der Berufungskläger rügt, die Vorinstanz habe einen gefälschten Grundbuchauszug als Beweismittel zugelassen (act. A.1 und A.3). Die Berufungsbeklagten erwidern, sie hätten lediglich zum besseren Verständnis bzw. zur Darstellung der Dienstbarkeitsfläche einen markierten Planausschnitt eingereicht. Diese erfasse weder das auf dem belasteten Grundstück stehende Gebäude noch den klar eingezeichneten Garten (act. A.2 und A.4). Die Rüge des Berufungsklägers geht an der vorinstanzlichen Begründung vorbei; die Vorinstanz wies die Klage nicht gestützt auf die von der Dienstbarkeit betroffene Fläche bzw. deren Darstellung im Planausschnitt, sondern aus anderen Gründen (siehe E. 6.2) ab. Bei letzterem handelt es sich im Übrigen nicht um eine Fälschung, sondern schlicht um die kartographische Darstellung der von den Berufungsbeklagten aufgestellten Parteibehauptung.

### **E. 11.4**

Der Berufungskläger moniert ferner, es gehe aus den amtlichen Dokumenten nicht hervor, dass nur die von den Berufungsbeklagten auf dem Planausschnitt markierte Fläche belastet sei (act. A.1). Die Berufungsbeklagten brachten vor-

### **E. 11.5**

Um den Bestand einer Dienstbarkeitsvorrichtung beurteilen zu können, ist vorfrageweise der Inhalt der Dienstbarkeit und ihr umstrittener räumlicher Umfang festzustellen (E. 11.6). Für die Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit ist der Grundbucheintrag massgebend, soweit sich Rechte und Pflichten daraus deutlich ergeben (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Nur wenn der Wortlaut unklar ist, darf im Rahmen des Eintrags auf den Erwerbgrund zurückgegriffen werden (Art. 738 Abs. 2 ZGB). Ist der Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit (oder ihre Ausübung) nicht aufgrund des Grundbucheintrags oder des Erwerbgrundes gemessen (räumlich und/oder funktionell begrenzt), so liegt eine ungemessene Dienstbarkeit vor, deren Inhalt und Umfang (wie der Verlauf eines Wegrechts) sich – begrenzt durch den Zweck – nach den Bedürfnissen des berechtigten Grundstücks bestim-

### **E. 11.6**

Es liegt kein Grundbuchauszug bei den Akten. Gemäss Dienstbarkeitsvertrag vom 24. Dezember 1993 war die Dienstbarkeit bloss als "Fuss- und Fahrwegrecht" im Grundbuch einzutragen (RG act. II.1). Der räumliche Umfang der Dienstbarkeit erschliesst sich daraus nicht, weshalb auf den Dienstbarkeitsvertrag abzustellen ist. Dieser spricht mehrfach von "dienstbarkeitsbelasteter Landfläche", jedoch ohne diese zu definieren, weder als das gesamte belastete Grundstück erfassend noch auf einen Teil von diesem beschränkt. Auch auf dem angehefteten Planausschnitt ist keine "dienstbarkeitsbelastete Landfläche" eingezeichnet. Der Planausschnitt zeigt jedoch einen durch eine gestrichelte Linie abgegrenzten Bereich, der gemäss Behauptung der Berufungsbeklagten aus einem Garten bestand. Die Berufungsbeklagten stellten jedoch nicht in Abrede, dass der Platz zuletzt vor der Errichtung der Dienstbarkeit baulich verändert worden war, es den Garten mithin im Zeitpunkt der Errichtung der Dienstbarkeit nicht mehr gab. Die frühere Bodenbeschaffenheit ist jedoch immerhin insofern von Bedeutung, als sie Hinweise auf die räumliche Ausdehnung des vorbestehenden Wohnheitsrechts gibt. Das Fuss- und Fahrwegrecht wurde gemäss Dienstbarkeitsvertrag ausdrücklich unter Verweis auf die Anmeldung eines Wohnheitsrechts im Zuge der Reinigungsarbeiten betreffend die Einführung des eidgenössischen Grundbuches für das Gebiet der Gemeinde M. \_\_\_\_\_ eingeräumt. Der Umstand, dass sich vor Errichtung der Dienstbarkeit auf dem belasteten Grundstück auch ein Garten befunden hatte, legt nahe, dass sich das Wohnheitsrecht nur auf den anderen, von der Berufungsbeklagten beschriebenen und vom Berufungskläger jeweils freigelassenen Bereich entlang der Garage bezog. Soweit dies nicht als ausgelegtes gemessenes Fuss- und Fahrwegrecht betrachtet werden kann, so ist es zumindest Ausdruck der im Zeitpunkt der Errichtung der Dienstbarkeit bestehenden Bedürfnisse des berechtigten Grundstückes, nämlich des Fortbestands des bisherigen Wohnheitsrechts nach Einführung des eidgenössischen Grundbuches in der Form eines eingetragenen Fuss- und Fahrwegrechts. Der von diesem Ausübungsinteresse erfasste Drittel des gesamten Grundstückes entlang der Garage vom Wiesenweg her grenzt daher den Umfang der Dienstbarkeit ab.

### **E. 11.7**

Art. 741 ZGB erfasst nur Vorrichtungen, die zur Ausübung der Dienstbarkeit "gehören". Dem italienischen und französischen Wortlaut der Bestimmung nach erfasst der Artikel Vorrichtungen, die für die Ausübung der Dienstbarkeit notwendig sind ("Se per l'esercizio della servitù sono necessarie delle opere, spetta all'avente diritto il mantenerle" und "Le propriétaire du fonds dominant entretient les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude."). Galland ist der Ansicht, es sei Notwendigkeit in dem Sinne erforderlich, dass die Vorrichtung für die Ausübung der Dienstbarkeit unabdingbar sei (Cyril Galland, *Le contenu des servitudes foncières: aspects de droits réels et obligations de faire rattachées à la servitude*, in: Gauch [Hrsg.], *Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg*, Genf 2013, N 1055; vgl. auch AppGer VD HC 2023 865 v. 1.1.2021 E. 6.2). Gemäss Liver sei dies nicht der Fall, sondern es genüge, wenn die Vorrichtung der Ausübung der Dienstbarkeit diene (Peter Liver, *Die Grunddienstbarkeiten*, Art. 730-792 ZGB, Zürcher Kommentar, Zürich 1980, N 20 zu Art. 741 ZGB). Die herrschende Lehre formuliert, die Vorrichtung müsse die Ausübung der Dienstbarkeit ermöglichen, fördern oder sichern (Hans Leemann, *Die beschränkten dinglichen Rechte: Art. 730-918 ZGB*, Bern 1925, N 3 zu Art. 741 ZGB; Etienne Petitpierre, in: Geiser/Wolf [Hrsg.], *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, 7. Aufl., Basel 2023, N 4 zu Art. 741 ZGB; Göksu, a.a.O., N 2 zu Art. 741 ZGB mit Verweis auf Michel Pelliccio, in: Kren

Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser [Hrsg.], ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021, N 5 zu Art. 741 ZGB, und Christina Schmid-Tschirren, in: Böhler/Jakob [Hrsg.], Kurzkommentar Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018, N 4 zu Art. 741 ZGB jeweils mit Verweis auf Urs Neuen-schwander, Die Leistungspflichten der Grundeigentümer im französischen Code Civil und im schweizerischen ZGB unter besonderer Berücksichtigung des Nachbarrechts, Zürich 1966, S. 552).

#### **E. 11.8**

Nach Art. 737 Abs. 1 ZGB ist der Dienstbarkeitsberechtigte befugt alles zu tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit nötig ist (*adminicula servitutis*). Das bedeutet im Umkehrschluss, dass der Dienstbarkeitsberechtigte zu Handlungen – auch Unterhaltshandlungen – die nicht nötig sind, nicht befugt ist. Der Dienstbarkeitsberechtigte darf mangels Befugnis somit weder für die Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit nicht nötige Vorrichtungen bauen noch an einer dafür zwar nötigen Vorrichtung unnötige Unterhaltshandlungen vornehmen. Art. 741 ZGB erweitert den Kreis zulässiger Handlungen (*adminicula servitutis*) nicht. Er erhebt bloss einen Teil der zur (Erhaltung und) Ausübung der Dienstbarkeit nötigen Handlungen, nämlich den Unterhalt, zu einer Pflicht (Art. 741 Abs. 1 ZGB). Das Tessiner Appellationsgericht wies eine Klage ab, mit der Begründung, ein asphaltierter Weg sei nicht als ein für die Ausübung der Dienstbarkeit notwen-

#### **E. 11.9**

Typische Dienstbarkeitsvorrichtungen für Fuss- und Fahrwegrechte sind Wege und Strassen (BGE 91 II 181 E. 5a; 124 III 289). Vorliegend besteht wie erwähnt kein eigentlicher Weg oder eine Strasse auf dem belasteten Grundstück, auf den oder die sich das Fuss- und Fahrwegrecht in offensichtlicher Weise bezieht. Die Vorinstanz bejahte das Vorliegen einer Dienstbarkeitsvorrichtung trotzdem, ohne zu erwähnen, worin diese besteht, und ohne zu prüfen, inwiefern sie zur Ausübung der Dienstbarkeit gehört bzw. nötig ist (act. B.1, E. 8). Dies ist nachzuholen.

#### **E. 11.10**

Der Verbundstein ausserhalb des von der Dienstbarkeit erfassten Bereichs und die Stützmauer sind zur Ausübung des Fuss- und Fahrwegrechts (auch als Gesamtkonstruktion) von vornherein nicht erforderlich und daher keine Vorrichtungen im Sinne von Art. 741 ZGB (vgl. KGer GR ZK1 09 33 v. 7.6.2010 E. 4c/ca dritter Absatz). Der Verbundsteinbelag innerhalb des von der Dienstbarkeit erfassten Bereichs ist sodann zwar nicht unabdingbar zum Begehen und Befahren des

#### **E. 11.11**

Die Aufschüttung ist zur Ausübung der Dienstbarkeit nicht notwendig, sondern allenfalls sogar hinderlich. Der Berufungskläger hat als Eigentümer des dienstbarkeitsbelasteten Grundstücks bloss eine Duldungspflicht, ihm obliegt keine positive Pflicht zur Vereinfachung der Ausübung der Dienstbarkeit, indem er eine bei Einräumung der Dienstbarkeit bereits bestehende Erschwerung ihrer Ausübung beheben bzw. in casu die Aufschüttung abtragen müsste. Inwiefern die Berufungsbeklagten hierzu trotz Bestands der Aufschüttung im Zeitpunkt der Errichtung der Dienstbarkeit auf eigene Kosten gestützt auf Art. 737 ZGB berechtigt wären, ist vorliegend nicht zu beantworten. Die Aufschüttung stellt jedenfalls keine Dienstbarkeitsvorrichtung dar.

### **E. 11.12**

Art. 741 ZGB erfasst gemäss herrschender Lehre nur den Unterhalt von Dienstbarkeitsvorrichtungen. Nicht erfasst ist die Erstellung, die "ausserordentliche" Reparatur, der Ersatz oder die Erneuerung von Dienstbarkeitsvorrichtungen (Pellascio, a.a.O., N 6 zu Art. 741 ZGB). Art. 741 ZGB enthält daher keine Aussage darüber, wem bei geteiltem Interesse am Bestand einer Vorrichtung, deren Kauf und Erstellung obliegt. Dazu ist weder der eine noch der andere verpflichtet. Der Eigentümer des berechtigten Grundstücks kann die Vorrichtung auf eigene Kosten erstellen (Art. 737 Abs. 1 ZGB), genauso kann dies der Eigentümer des belasteten Grundstücks auf eigene Kosten tun (Art. 641 Abs. 1 ZGB). Dabei kann keiner vom jeweils anderen – abweichende Vereinbarung vorbehalten – eine Beteiligung an den Kosten verlangen, selbst wenn die Vorrichtung auch dem anderen Grundeigentümer dient (Maria Consuelo Argul, in: Pichonnaz/Foëx/Piotet [Hrsg.], Commentaire romand, Code Civil II, Basel 2016, N 4 zu Art. 741 ZGB). Steht die Vorrichtung aber einmal, so verpflichtet Art. 741 Abs. 1 ZGB den Grundeigentümer des berechtigten Grundstücks diese zu unterhalten. Die Unterhaltungspflicht weist dabei eine Doppelnatur auf: Einerseits besteht sie in einer Verwaltungs- bzw. Handlungspflicht (Verpflichtung zu einem Tun), welche die Instandhaltung der Dienstbarkeitsvorrichtungen betrifft (Abs. 1), andererseits aus einer Kostentragungspflicht, welche die Unterhaltskosten betrifft (Abs. 1 und 2). Gemäss gesetzlicher Regelung trifft den Dienstbarkeitsberechtigten die Handlungs- und die Kostentragungspflicht, den Dienstbarkeitsbelasteten bloss eine Beitragspflicht, soweit er an der Dienstbarkeitsvorrichtung ebenfalls ein Interesse hat (Galland, a.a.O.,

### **E. 11.13**

Der Berufungskläger rügt, die Vorinstanz habe die von der Gegenseite im Rahmen eines Baueinspracheverfahrens getätigte Aussage, wonach der Schafstall ohne das Fuss- und Fahrwegrecht "praktisch wertlos" sei, nicht berücksichtigt. Das Gesetz weise ausdrücklich auf die Interessen hin und nicht auf den aktuellen Gebrauch des Fuss- und Fahrwegrechts, welches unbestrittenermassen zurzeit nicht ausgeübt werde, da der Schafstall momentan leer stehe. Die derzeitige Nichtausübung der Dienstbarkeit sei nur eine Momentaufnahme, die sich ändern könne; es sei nicht auf die aktuelle Nutzung, sondern die Interessenlage abzustellen (act. A.1). Die Vorinstanz erwog im Sinne einer Eventualbegründung, der Berufungskläger hätte die tatsächlichen Interessen an der Benützung des Vor-/Parkplatzes darlegen müssen, jedoch nicht aufgezeigt, wie die Berufungsbeklagten das Fuss- und Fahrwegrecht konkret ausüben würden (act. B.1, E. 16).

### **E. 11.14**

Dient die Vorrichtung auch den Interessen des Belasteten, so tragen der Belastete und die Berechtigten die Unterhaltslast im Verhältnis ihrer Interessen. In der Lehre wird dieses Interesse unterschiedlich konkretisiert. Neben dem Errichtungsakt als erster Auslegungshilfe, werden unter anderem das Verhältnis der Werterhöhungen des belasteten und berechtigten Grundstücks, das faktische Mass der Benutzung der Dienstbarkeitsvorrichtung, ihre örtliche Lage, der Zeitpunkt ihrer Erstellung (vor oder erst bei der Begründung der Dienstbarkeit) und die näheren Umstände im Zeitpunkt der Erstellung angeführt (Leemann, a.a.O., N 4 zu Art. 741 ZGB; Liver, a.a.O., N 54 zu Art. 741 ZGB; Galland, a.a.O., N 1101 ff. [der jedoch nicht auf effektive Nutzung, sondern Nutzungsmöglichkeit abstellt]; PKG 1957 Nr. 39 E. 3). Das Gericht befindet über die Beitragshöhe nach pflichtgemässen Ermessen (Art. 4 ZGB).

### **E. 11.15**

Mit Blick auf die Interessen am Verbundsteinbelag ist dem Dienstbarkeitsvertrag vorliegend nichts zu entnehmen. Zum Verhältnis der Werterhöhungen des belasteten und berechtigten Grundstückes, die sich aus der Sanierung ergeben, wurden keine Behauptungen aufgestellt. Die Berufungsbeklagten erklärten bloss, 1 % der Sanierungskosten würden 10 % des Werts des Schafstalls ausmachen (RG act. I.6). Der Berufungskläger führte mehrfach die im Baueinspracheverfahren getätigte Aussage von E.\_\_\_\_\_ an, wonach der Schafstall ohne das Fuss- und Fahrwegrecht praktisch wertlos sei, da es keinen anderen Zugang gebe. Daraus ergebe sich das Interesse der Berufungsbeklagten. Zum faktischen Mass der Benutzung der Dienstbarkeitsvorrichtung erklärte der Berufungskläger vorinstanzlich, das belastete Grundstück werde von seiner Seite als Zufahrt zur Garage und gelegentlich als Parkplatz genutzt, 60 Tage im Jahr mit einem Fahrzeug, 30-40 Tage im Jahr mit zwei Fahrzeugen und seit dem Kauf im Jahr 2019 an weniger als 10 Tagen mit drei Fahrzeugen (RG act. I.1-2, I.5 und I.7). Die Berufungsbeklagten argumentieren, ihre Nutzung des belasteten Grundstückes sei minimal. Die Dienstbarkeit könne aufgrund der Aufschüttung nicht mehr zu landwirtschaftlichen Zwecken genutzt werden, da bereits der Raum auf dem berechtigten Grundstück aus tierschutzrechtlichen Gründen nicht zur Schafhaltung genutzt werden könne. Auch die Nutzung als Abstellraum für landwirtschaftliche Maschinen oder Geräte sei aufgrund der Aufschüttung stark eingeschränkt oder gar unmöglich. Der Parkplatz werde vom Berufungskläger an 100 Tagen im Jahr genutzt und zudem von einer Dauermieterin aus seinem Haus sowie durch R.\_\_\_\_\_; ihre eigene Nutzung liege hingegen bei null Tagen (RG act. I.3, I.6).

### **E. 11.16**

Das Gericht legt keinen allgemeingültigen Verteilschlüssel für alle künftigen Unterhaltsarbeiten fest, sondern bloss einen solchen für die anstehende Sanierung der Dienstbarkeitsvorrichtung, weshalb die hypothetische zukünftige Wiederübung der Dienstbarkeit bzw. die Nutzungsmöglichkeit ausser Betracht bleiben kann. Entsprechend spricht das Argument, es handle sich bloss um eine Momentaufnahme, nicht gegen die Berücksichtigung der faktischen Nutzung zur Bestimmung der Interessenlage. Angesichts der übereinstimmend dargelegten Verhältnisse der Nutzung der Dienstbarkeitsvorrichtung, wonach das Fuss- und Fahrwegrecht von den Berechtigten unbestrittenermassen aktuell nicht genutzt wird (act. A.1, S. 2 3. Absatz), liegt bloss ein Interesse des Berufungsklägers an der Dienstbarkeitsvorrichtung vor. Der Verteilschlüssel für die Sanierungskosten ist entsprechend auf 0:100 zulasten des Berufungsklägers festzulegen bzw. die Berufung insoweit gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und der erwähnte Verteilschlüssel festzustellen.

### **E. 12**

/ 25 8. Sachlegitimation 8.1.1. Der Berufungskläger ist nicht Alleineigentümer des dienstbarkeitsbelasteten Grundstückes, sondern hält dieses zusammen mit seiner Ehefrau K.\_\_\_\_\_ in hälftigem Miteigentum. Es ist zu prüfen, wem der geltend gemachte materiellrechtliche Anspruch zusteht und demzufolge befugt ist, den vorliegenden Prozess zu führen, mithin, wer aktivlegitimiert ist (E. 8.1.3). Vorab ist zu prüfen, wer sich in welcher Form am Prozess beteiligte (E. 8.1.2). 8.1.2. Der Berufungskläger reichte vorinstanzlich eine Klage in eigenem Namen ein (RG act. I.1). Ohne von der Vorinstanz hierzu aufgefordert worden zu sein, reichte er innert der Nachfrist zur Nachreichung der

Klagebewilligung eine Vollmacht seiner Ehefrau K.\_\_\_\_\_ nach und erklärte, diese zu vertreten (RG act. I.4; RG act. II.4). Er führte sie in seinen weiteren Eingaben jedoch nicht als Klägerin auf und sprach in seinen begründenden Ausführungen auch weiterhin in der Ich-Form. Die Klagebewilligung listet nur den Berufungskläger als klagende Partei auf (RG act. V.8) und führt K.\_\_\_\_\_ weder als persönlich an der Schlichtungsverhandlung Teilnehmende noch als durch den Berufungskläger vertreten an (Vertretungsmöglichkeit bei ausserkantonalem Wohnsitz; Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO). Zwar wurde die Vollmacht am Tag der Schlichtungsverhandlung ausgestellt, dies ist jedoch ein zu schwaches Indiz dafür, dass der Berufungskläger diese auch bei der Schlichtungsbehörde eingereicht hätte, fehlt doch in der Klagebewilligung jeglicher Hinweis auf ein Vertretungsverhältnis. Aus den Akten ist auch nicht ersichtlich, ob K.\_\_\_\_\_ darum ersuchte, vom persönlichen Erscheinen dispensiert zu werden, ob dem Gesuch ein Entscheid der Schlichtungsbehörde folgte und ihre Abwesenheit der Gegenpartei zur Kenntnis gebracht wurde. Es ist daher davon auszugehen, dass dies nicht der Fall war und der Berufungskläger die Vollmacht seiner Ehefrau erst im gerichtlichen Verfahren beibrachte. Auch wenn man dort gestützt auf die Erklärung, die Ehefrau vertreten zu wollen, und angesichts des Umstandes, dass es sich um eine Laienpartei handelt, über die nur im eigenen Namen und in Ich-Form verfassten Eingaben hinwegsehen würde, ginge es angesichts der fehlenden Parteibezeichnung in der Klagebewilligung und der Unklarheiten hinsichtlich Dispens vom persönlichen Erscheinen zu weit, nachträglich ein Vertretungsverhältnis anzunehmen. Es ist daher der Berufungskläger allein als Kläger zu betrachten. 8.1.3. Die Vorinstanz bejahte die Aktivlegitimation des Berufungsklägers implizit, indem sie festhielt, es komme nicht darauf an, dass K.\_\_\_\_\_ nicht in der Klagebewilligung aufgeführt sei, weil keine notwendige Streitgenossenschaft vorliege (act. B.1, E. 3). Der Berufungskläger stellt wie gesehen ein Begehren auf Feststel-

### **E. 13**

/ 25 lung des Verteilschlüssels und kein Begehren auf Leistung einer Unterhaltszahlung (E. 6). Zwar würden die Teilunterhaltsforderungen beider Miteigentümer auf demselben Rechtsgrund (zu unterhaltende Dienstbarkeitsvorrichtung nach Art. 741 ZGB) basieren und wäre es daher sinnvoll, darüber mit (Rechtskraft-) Wirkung für alle zu entscheiden (vgl. Art. 70 ZPO). Dies allein begründet jedoch keine notwendige Streitgenossenschaft (vgl. BGer 4A\_335/2021 v. 8.11.2021 E. 5.2 f.; zur Teilgläubigerschaft vgl. BGE 140 III 150). Die auf die Parteien beschränkte Rechtskraft und das daraus folgende Spannungsverhältnis besteht in ähnlicher Weise bei Vertretung eines Miteigentümers im Sinne von Art. 648 Abs. 1 ZGB und trotzdem wird (vergleichbar mit dem Fall einer Prozesstandschaft) die Aktivlegitimation des einzelnen Miteigentümers bejaht (Domej/Schmidt, a.a.O., N 6 zu Art. 648 ZGB und Domej, a.a.O., N 16 zu Art. 70 ZPO; Barbara Graham-Siegenthaler, in: Aebi-Müller/Müller [Hrsg.], Berner Kommentar, Das Eigentum, Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654a ZGB, Bern 2022, N 12 ff. und N 21; Tarkan Göksu, in: Arnet/Breitschmid/Jungo [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023, N 3 zu Art. 648 ZGB). Die Aktivlegitimation des Berufungsklägers zur Erhebung der Feststellungsklage ist daher gegeben. 8.2.1. Gesamthandschaften sind auf der Passivseite als notwendige Streitgenossenschaften ins Recht zu fassen, wenn dingliche Rechte gegen sie geltend gemacht werden (Peter Ruggle, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 8 zu Art. 70 ZPO; Sutter-Somm/Seiler, a.a.O., N 8 zu Art. 70 ZPO). 8.2.2. Vorliegend steht das dienstbarkeitsberechtigte Grundstück im

Gesamteigentum dreier Erbengemeinschaften. Aufgrund der realobligatorischen Natur des geltend gemachten Anspruchs besteht eine notwendige Streitgenossenschaft. Es sind daher alle am Rechtsverhältnis Beteiligten ins Recht zu fassen, was der Berufungskläger mit verbesserter Klage auch tat. Die Passivlegitimation ist gegeben. 9. Festlegung eines allgemeingültigen Verteilschlüssels Art. 741 ZGB hält Folgendes fest: Gehört zur Ausübung der Dienstbarkeit eine Vorrichtung, so hat sie der Berechtigte zu unterhalten. Dient die Vorrichtung auch den Interessen des Belasteten, so tragen beide die Last des Unterhalts im Verhältnis ihrer Interessen. Art. 741 ZGB besteht in diesem Umfang in unverändertem Wortlaut seit Erlass des ZGB im Jahr 1907 (damals Art. 732 ZGB; Inkrafttreten 1.1.1912). Mit der Revision von Art. 741 ZGB wurde dem zweiten Absatz ein Satz angefügt, in dem klargestellt wurde, dass eine von der gesetzlichen Unterhaltsre-

### **E. 13.1**

Der Berufungskläger beantragt in seiner Kostenbeschwerde (E. 2), "die gesamten Kosten des Schlichtungsverfahrens" seien auf die Staatskasse zu nehmen und der geleistete Vorschuss sei zurückzuzahlen (act. A.1 [ZK1 24 52]). Die Beschränkung auf die gesamten Kosten des "Schlichtungsverfahrens" dürfte ein offensichtliches Versehen sein, wurde doch dafür keine Parteientschädigung zugesprochen. Gemeint sein dürften die erstinstanzlichen Gerichtskosten inklusive der Pauschale für das Schlichtungsverfahren. Inhaltlich wiederholt der Berufungskläger in seiner Kostenbeschwerde die in der Berufung erhobenen Rügen. Er macht nicht geltend, die vorinstanzliche Kostenverteilung wäre auch bei einem abweisenden Sachentscheid unrichtig. Die Beschwerde erschöpft sich mithin in einer Kostenanfechtung für den Fall der Gutheissung der Berufung. Die Berufung ist vorliegend zwar insofern teilweise gutzuheissen, als ein Verteilschlüssel festgestellt wird, jedoch insofern abzuweisen, als dieser vollständig zulasten des Berufungsklägers festzulegen ist. Materiell unterliegt der Berufungskläger daher vollständig, weshalb die Kostenbeschwerde abzuweisen ist.

### **E. 13.2**

Die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens sowie des Berufungsverfahrens sind nach Massgabe des Verfahrensausgangs zu verteilen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Berufungskläger unterliegt in der Sache weiterhin vollständig. Es bleibt daher bei einer Verteilung und Liquidation der Prozesskosten entsprechend dem vorinstanzlichen Entscheid.

### **E. 13.3**

Die Kosten des vereinigten Berufungs- und Beschwerdeverfahrens sind auf CHF 3'500.00 festzusetzen (Art. 9 f. VGZ [BR 320.210]) und ebenfalls ausgangsgemäss dem Berufungskläger aufzuerlegen. Sie sind mit den von ihm geleisteten Kostenvorschüssen zu verrechnen (Art. 111 ZPO). Mangels Antrags ist den Berufungsbeklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen.

### **E. 14**

/ 25 gelung abweichende Vereinbarung für den Erwerber des berechtigten und den Erwerber des belasteten Grundstücks (als Realobligation) verbindlich ist, wenn sie sich aus den Belegen des Grundbuchs erschliessen lässt (Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht], BBl 2007 5283 ff., S. 5311). Art. 741 ZGB ist somit dispositiv; die Parteien können eine vom Gesetz abweichende, mithin von jeglicher Interessenlage losgelöste

Kostenregelung (beispielsweise fixe Quoten) vereinbaren. Das Gericht kann eine solche nicht anordnen; es ist an die in Art. 741 ZGB vorgeschriebene Verteilung nach Interessenlage gebunden. Dem Kantonsgericht ist keine Entscheidung bekannt, in dem ein Gericht losgelöst von einem konkreten Unterhaltsvorhaben (oder zumindest einem näher bestimmten Inhalt der Unterhaltshandlung) und einer bestimmten Dienstbarkeitsvorrichtung einen Verteilschlüssel festgelegt hätte. Dies widerspräche einer Verteilung der Unterhaltskosten nach Interessen, sind diese doch nicht per se für jede Dienstbarkeitsvorrichtung und jede Unterhaltshandlung gleich. Art. 741 ZGB bietet hierfür keine Grundlage. Soweit das Begehren des Berufungsklägers daher auf die Festlegung eines allgemeingültigen Verteilschlüssels ohne Bezugnahme auf eine konkrete Dienstbarkeitsvorrichtung und Unterhaltshandlung abzielt, ist es abzuweisen. 10. Festlegung eines Verteilschlüssels für Schneeräumungs- und Entsorgungskosten

#### **E. 15**

/ 25 Verteilschlüssels für Schneeräumungs- und Entsorgungskosten nicht einzutreten ist. 11. Festlegung eines Verteilschlüssels für Sanierungskosten

#### **E. 16**

/ 25 instanzlich unter Verweis auf diesen vor, das Fuss- und Fahrwegrecht betreffe nur einen Drittel der Gesamtfläche des belasteten Grundstückes, da daneben ursprünglich ein Garten gewesen sei. Q.\_\_\_\_\_, der damalige Besitzer des belasteten Grundstückes, habe die Zufahrt zum berechtigten Grundstück aufgeschüttet, was eine Nutzung desselben zu landwirtschaftlichen Zwecken verunmöglicht habe (RG act. I.3). Der Berufungskläger stimmte dem insofern zu, als dass der damalige Eigentümer die Aufschüttung vorgenommen habe, präzisierte jedoch, dessen Kinder hätten bestätigt, dass nach der Errichtung der Dienstbarkeit im Jahr 1993 keine baulichen Veränderungen am bestehenden Parkplatz, insbesondere die kritisierte Erhöhung, vorgenommen worden seien. Die beanstandete Höhe habe schon im Zeitpunkt der Errichtung der Dienstbarkeit bestanden und der Grund sei als Parkplatz gekennzeichnet bzw. beschildert gewesen. Der Abstellplatz sei ca. 8.5m tief und breit und es habe neben zwei parkierten Fahrzeugen immer noch Platz für ein weiteres Fahrzeug. Die Berufungsbeklagten würden zur Ausübung der Dienstbarkeit den Abstellplatz und die Stützmauer benötigen und benutzen (RG act. I.5 und RG act. II.5). Die Berufungsbeklagten erklärten, der Grund sei im Grunddienstbarkeitsvertrag nicht als Parkplatz gekennzeichnet gewesen. Den Zeitpunkt des letzten Umbaus stellten sie nicht in Abrede, wiederholten jedoch, es habe ein Garten auf dem Grundstück bestanden, dessen Grenze auf dem Plan klar erkennbar sei. In diesem Zusammenhang reichten die Berufungsbeklagten den erwähnten Planausschnitt ein, mit farbiger Markierung und der Bezeichnung "Fläche Fuss- und Fahrwegrecht" (RG act. III.6). Sie behaupteten, die Zufahrt für das Fuss- und Fahrwegrecht verlaufe zwischen Garten und Garage bzw. entlang der Garage und umfasse höchstens ein Drittel der Gesamtfläche des belasteten Grundstückes. Die Stützmauer des Gartens zur unteren Gasse hin habe nichts mit der Fläche der Dienstbarkeit zu tun (RG act. I.6). Der räumliche Umfang der Dienstbarkeit ist mithin umstritten.

#### **E. 17**

/ 25 men. Ist auch der Erwerbsgrund nicht schlüssig, kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit – im Rahmen des Eintrags – aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (Art. 738 Abs. 2 ZGB; BGer

5A\_873/2018 v. 19.3.2020 E. 2.1, 4.5.1 und 4.5.2 in fine; BGE 139 III 404 E. 7.3; BGer 5D\_103/2016 v. 15.3.2017 E. 3.2; 5A\_602/2012, 5A\_625/2012 v. 21.12.2012 E. 3.5).

#### **E. 18**

/ 25

#### **E. 19**

/ 25 diges Werk zu betrachten, da die zuvor bestehende Auffahrtrampe aus festgestampftem Boden für die Ausübung der Dienstbarkeit genügt habe. Das Bundesgericht erwo in diesem Fall, dass die Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach der Dienstbarkeitsberechtigte aus der asphaltierten Strasse einen wirtschaftlichen Nutzen ziehe (Verkauf des berechtigten Grundstücks zu einem höheren Preis), nicht erkläre, weshalb der Weg eine für die Ausübung der Dienstbarkeit notwendige Vorrichtung darstelle (BGE 132 III 545 E. 3.3). Wertsteigernde Vorrichtungen scheinen daher von Art. 741 ZGB nicht erfasst zu sein. Dies erinnert an die im Miteigentumsrecht sowie per Verweis auch im Stockwerkeigentumsrecht geltende Unterscheidung zwischen notwendigen, nützlichen und luxuriösen Arbeiten. Das Gesetz definiert dort wertsteigernde oder verbessernde Arbeiten als nützlich und Arbeiten, die bloss werterhaltend oder für die Gebrauchsfähigkeit der Sache erforderlich sind, als nötig (Art. 647c ZGB). Angesichts des erwähnten Bundesgerichtsentscheids, der ähnlich zu differenzieren scheint, und mit Blick auf eine einheitliche sachenrechtliche Definition des Begriffs der Notwendigkeit, ist auch für Art. 741 ZGB davon auszugehen, dass dieser bloss solche Vorrichtungen als für die Ausübung der Dienstbarkeit notwendig erachtet, die zum Gebrauch erforderlich sind. Aus diesen Überlegungen sind daher unter Vorrichtungen im Sinne von Art. 741 ZGB Vorrichtungen zu verstehen, die zur Ausübung der Dienstbarkeit "nötig" sind, wie dies im italienischen und französischen Wortlaut zum Ausdruck kommt. Was zur Ausübung der Dienstbarkeit notwendig ist, definiert sich dabei nach dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz (vgl. Schmid-Tschirren, a.a.O., N 7 zu Art. 737 ZGB).

#### **E. 20**

/ 25 Grundstücks, die Befestigung des Grundes bzw. ein Bodenbelag wie der Verbundstein erleichtert jedoch die Ausübung der Dienstbarkeit ähnlich einer befestigten Strasse und erscheint daher notwendig im Sinne von Art. 741 ZGB. Der in dem von der Dienstbarkeit erfassten Bereich des Vorplatzes liegende Verbundsteinbelag stellt die Dienstbarkeitsvorrichtung dar.

#### **E. 21**

/ 25 N 1098 und Fn 1076). Geht es nicht um die (Erst-)Erstellung, sondern die Reparatur, den Ersatz oder die Erneuerung, kann die Abgrenzung zwischen diesen Arbeiten und Unterhaltsarbeiten schwierig sein. Reparatur, Ersatz und Erneuerung können auch einen teilweisen Unterhaltscharakter aufweisen. Diesfalls ist auszuscheiden, welcher Anteil Unterhalt darstellt und nach Art. 741 ZGB zu teilen ist (BGE 127 III 10 E. 4b/bb). Die gelegentliche Erneuerung der Dienstbarkeitsvorrichtung gehört ebenfalls zum Unterhalt, sofern sie zum Erhalt des bisherigen gebrauchsfähigen Zustands erforderlich ist. So gehört beispielsweise bei einer geteerten Strasse auch die gelegentliche Erneuerung des Teerbelags zum Unterhalt (KGer GR ZF 2002 38 v. 14.10.2002 E. 11; vgl. auch OGer AG ZOR.2014.81 v. 24.2.2015: Erneuerung als Unterhalt). Die vorliegend geltend gemachte Sanierung bzw. der Ersatz des Verbundsteinplatzes stellt eine solche gelegentliche Erneuerung und damit Unterhalt im Sinne von Art. 741 ZGB dar.

**E. 22**

/ 25

**E. 23**

/ 25 12. Fazit Das Begehren auf Festlegung eines allgemeingültigen Verteilschlüssels ist abzuweisen (E. 9), auf das Begehren auf Festlegung eines Verteilschlüssels für Schneeräumungs- und Entsorgungskosten ist nicht einzutreten (E. 10) und das Begehren auf Festlegung eines Verteilschlüssels für die Sanierung ist gutzuheissen, wobei der Verteilschlüssel vollumfänglich zulasten des Berufungsklägers festzulegen ist (E. 11). Damit unterliegt der Berufungskläger trotz formeller Teilgutheissung seines Feststellungsbegehrens. 13. Kosten- und Entschädigungsfolgen (Kostenbeschwerde)

**E. 24**

/ 25

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