

SG_KANTONSGERICHT BO.2015.53 vom 25. Oktober 2016

Sg Kantonsgericht, 2016-10-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_BO.2015.53

FR: SG_KANTONSGERICHT BO.2015.53 du 25 octobre 2016

IT: SG_KANTONSGERICHT BO.2015.53 del 25 ottobre 2016

Regeste

Art. 730, Art. 778 i.V.m. Art. 764 Abs. 2 und 3 ZGB (SR 210): Ausschliessliches Wohnrecht. Eigentümer und Wohnrechtsberechtigte stehen als Inhaber von dinglichen Rechten an der gleichen Sache nebeneinander und stehen sich nicht etwa als Gläubiger oder Schuldner gegenüber. Der Eigentümer ist nur berechtigt, aber nicht verpflichtet, aussergewöhnliche Reparaturen vorzunehmen. Der Wohnrechtsberechtigte kann den Eigentümer daher nicht auf Erfüllung verklagen. Ihm steht nur das Selbsthilferecht auf Kosten des Eigentümers zu, wobei der Eigentümer den Verwendungsersatz erst bei Rückgabe der Sache zu leisten hat. Art. 737 ZGB (SR 210): Nach Art. 737 Abs. 3 ZGB, der auch auf das Wohnrecht anwendbar ist, darf der Belastete nichts vornehmen, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert. Sind die Voraussetzungen von Art. 737 Abs. 3 ZGB erfüllt, hat der Wohnberechtigte Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes. Wurden von der Vorinstanz hierzu keine entsprechenden Sachverhaltsfeststellungen getroffen, rechtfertigt dies eine Rückweisung an die Vorinstanz (Kantonsgericht, I. Zivilkammer, 25. Oktober 2016, BO.2015.53).

Volltext

Sachverhalt (Zusammenfassung): A. hat ein ausschliessliches Wohnrecht an einem Wohnhaus, das seinem Bruder B. und dessen Ehefrau C. gehört. Das Wohnhaus ist renovationsbedürftig und A. verlangt von den Eigentümern B. und C. die Vornahme verschiedener Renovationen (Erneuern Boiler, Heizung, Isolation zum Obergeschoss). Die Eigentümer verweigern die Renovationen, da ihrer Meinung nach der Wohnrechtsberechtigte für diese aufzukommen hat. Aus den Erwägungen: I. 1. Die Mutter des Klägers und des Beklagten verfügte mit Testament vom 18. November 1998 "das unentgeltliche Wohnrecht und Mitbenützung des Hauses _____, an meine Söhne A. und D." (bekl.act. 1). Das Wohnrecht wurde am 18. Dezember 2003 zugunsten von D. und A. eingetragen mit Hinweis auf Beleg 1002, ID 16/307 (kläg.act. 3). Aus kläg.act. 5 – offensichtlich ein Auszug aus dem Erbteilakt, der sich wiederum auf den Beleg 16 Nr. 307 bezieht – ergibt sich, dass es sich um ein "lebenslängliches Wohnrecht im Sinne von Art. 776 ff. ZGB am ganzen Wohnhaus auf Grundstück Nr. ___" handelt. Im Servitutenprotokoll ist ebenfalls vermerkt, dass dessen Ausübung im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen zu erfolgen habe. Ausserdem wird festgehalten, dass im Falle des Ausfalls eines der Berechtigten das Wohnrecht vom anderen Berechtigten ohne Einschränkung ausgeübt werden kann (kläg.act. 5). Gemäss den unbestrittenen Aussagen der Beklagten wohnt D. seit dem 2. Februar 2003 im Wohnheim M. in G. Der Kläger wohnt seit diesem Zeitpunkt alleine im Haus (Klageantwort, vi-act. 6; Plädoyernotizen, vi-act. 14). Die Erbschaft wurde am 18. Dezember 2003 geteilt (vgl. bekl.act. 9/1, 13) und das Grundstück wurde von O., B. [Beklagter], P. und A. [Kläger] zu gleichen Teilen zu Miteigentum übernommen. Am 1. April 2004 kaufte der Beklagte den Miteigentumsanteil von O. und die Beklagte die

beiden Miteigentumsanteile (je $\frac{1}{4}$) von P. und A. (bekl.act. 9/1, 9/2). Seither haben die Beklagten Miteigentum zu je $\frac{1}{2}$ am Grundstück. Bereits im Jahr 2007 kam es gemäss den Ausführungen der Beklagten zu einem Verfahren betreffend Beschränkung des Wohnrechts. Die Beklagten verfolgten die Klage nach der Vermittlung jedoch nicht weiter (Verhandlungsprotokoll, vi.act. 15). [...] Anlässlich einer Begehung des Hauses vom 4. April 2014 in Anwesenheit der Beiständin sowie von Baufachleuten schätzten letztere die "minimalsten Arbeiten" im Haus auf Fr. 30'000.00 (kläg.act. 4), wobei der Ersatz des Boilers für die Küche, die Instandstellung der Heizung (Gastherme wieder montieren) sowie eine Wärmedämmung der Räume im Erdgeschoss gegenüber dem Dachraum inkl. Installation einer neuen Türe im Erdgeschoss gegenüber dem Treppenhaus erwähnt wurden. Da in der Folge mit den Beklagten keine Einigung erzielt wurde, wandte sich der Kläger am 5. Dezember 2014 an das Vermittleramt und verlangte, die Beklagten seien zu verpflichten, umgehend die Renovationsarbeiten gemäss einem Gutachten des Architekturbüros Z. AG umzusetzen. [...] [II.] III. 1.a) Der Kläger verlangt von den Beklagten, den Boiler für die Küche zu ersetzen und normal fliessendes Wasser in der Küche sicherzustellen, die Heizung/Gastherme in der Garage wieder zu montieren und eine funktionierende Heizung sicherzustellen und schliesslich, eine Wärmedämmung der Räume im Erdgeschoss gegenüber dem Dachraum anzubringen inkl. Installation einer neuen Türe im Erdgeschoss gegenüber dem Treppenhaus (Berufung, S. 2). Er stützt sich hierbei auf das im Grundbuch zu seinen Gunsten eingetragene Wohnrecht und die spezifische Regelung zum Wohnrecht in Art. 776 ff. ZGB, welche bezüglich Unterhalt und Lastenverteilung in Art. 778 ZGB abschliessend sei. Der Kläger bringt aufgrund der vorwiegend rechtlichen Begründung der Vorinstanz fast ausschliesslich Einwendungen gegen diese vor und macht eine unrichtige Rechtsanwendung im Sinne von Art. 310 lit. a ZPO geltend. Insbesondere beanstandet er eine unzulässige Herbeiziehung des Nutzniessungsrechts. Er ist der Ansicht, dass die Begründung der Vorinstanz in einem wesentlichen Punkt auf Art. 765 Abs. 3 ZPO basiere, der auf das Wohnrecht nicht analog anwendbar sei (Berufung, S. 6 f.). b) Die Beklagten liessen sich im Berufungsverfahren nicht mehr vernehmen, nachdem sie im Verfahren vor dem Kreisgericht die Klageabweisung verlangt hatten und die Klage durch die Vorinstanz abgewiesen wurde. Damit beanstanden sie insbesondere auch die Erwägung der Vorinstanz, wonach es sich beim zu Gunsten des Klägers eingetragenen Wohnrecht um ein ausschliessliches Wohnrecht handle, nicht. 2. Gemäss Art. 776 Abs. 1 ZGB besteht das Wohnrecht in der Befugnis, in einem Gebäude oder in einem Teile eines solchen Wohnung zu nehmen. Das Wohnrecht ist unübertragbar und unvererblich (Art. 776 Abs. 2 ZGB) und umfasst im Gegensatz zur Nutzniessung nicht den vollen Genuss der Sache, was eine gewerbliche Nutzung ausschliesst. Subsidiär verweist jedoch Art. 776 Abs. 3 ZGB auf die Bestimmungen des Nutzniessungsrechts. In Art. 778 ZGB ist die Lastenverteilung geregelt. Demnach trägt bei einem ausschliesslichen Wohnrecht der Berechtigte die Lasten des gewöhnlichen Unterhalts (Abs. 1). Hat er jedoch nur ein Mitbenutzungsrecht, so fallen die Unterhaltskosten dem Eigentümer zu (Abs. 2). Ein ausschliessliches Wohnrecht liegt dann vor, wenn der Berechtigte die Wohnung oder einzelne abgeschlossene Räume allein, d.h. unter Ausschluss des Eigentümers, benutzen darf (Leemann, Berner Kommentar, N 1 ff. zu Art. 776 ZGB sowie N 2 zu Art. 778 ZGB; BSK ZGB II-Mooser, Art. 776 N 2). Aus dem Grundbucheintrag ergibt sich keine Ein- bzw. Beschränkung des Wohnrechts (kläg.act. 3). Dem dazugehörigen Beleg lässt sich vielmehr entnehmen, dass das Wohnrecht "am ganzen Wohnhaus" besteht (vgl. kläg.act. 5). Mit der Vorinstanz ist daher davon auszugehen, dass es sich bei dem zu beurteilenden Wohnrecht somit um ein ausschliessliches im Sinne von

Art. 778 Abs. 1 ZGB handelt. Demnach hat der Kläger als Berechtigter die Kosten für den gewöhnlichen Unterhalt zu übernehmen, wohingegen die Kosten für die aussergewöhnlichen Reparaturen ("Hauptreparaturen") grundsätzlich den Beklagten als Eigentümer obliegen (CHK-Ch. Thurnherr, N 1 zu Art. 778 ZGB; BK-Leemann, N 2 f. zu Art. 778 ZGB). 3. Die Regelung der Lastenverteilung beim Wohnrecht in Art. 778 ZGB ist abschliessend und lässt für eine Heranziehung der Art. 764 ff. ZGB und insbesondere Art. 765 Abs. 1 ZGB keinen Raum (BSK ZGB II-Mooser, Art. 778 N 2 f.; Heinz, Das dingliche Wohnrecht, S. 76; vgl. schon BGE 52 II 124 E. 2). Soweit Baumann in Bezug auf die Unterhaltspflicht auf Art. 764 Abs. 1 ZGB verweist (Baumann, Zürcher Kommentar, N 9 zu Art. 778 ZGB m.w.H.), ist nicht die Lastenverteilung an sich betroffen, sondern lediglich Inhalt und Umfang des gewöhnlichen Unterhalts (vgl. Heinz, a.a.O., S. 75). 4. Gemäss übereinstimmender Lehre sind die Art. 764 Abs. 2 und 3 ZGB zur Nutzniessung auf das Wohnrecht anwendbar, wohingegen Art. 764 Abs. 1 (mit obiger Präzisierung) und Art. 765 ZGB nicht herangezogen werden dürfen (CHK-Ch. Thurnherr, N 1 zu Art. 776 ZGB; BSK ZGB II-Mooser, Art. 776 N 16 f.; ZK-Baumann, N 34 f. zu Art. 776 ZGB; BK-Leemann, N 20 zu Art. 776 ZGB; vgl. jedoch Heinz, a.a.O., S. 85, wonach zumindest Art. 765 Abs. 3 ZGB Anwendung auf das Wohnrecht finde, diese Bestimmung jedoch nur geringe Bedeutung auf das Wohnrecht habe, weil der Wohnberechtigte oft nicht in der Lage sein dürfte, die geforderten Leistungen zu erbringen, und er auch wenig Interesse haben dürfte, dem Eigentümer Geld vorzuschüssen, da er es zu Lebzeiten nicht zurückfordern könne). Art. 764 Abs. 2 ZGB sieht vor, dass der Nutzniesser den Eigentümer zu benachrichtigen hat, wenn wichtigere Arbeiten oder Vorkehrungen zum Schutz des Gegenstandes nötig werden. Schafft der Eigentümer keine Abhilfe, so steht dem Nutzniesser gemäss Art. 764 Abs. 3 ZGB das Recht zu, sich auf Kosten des Eigentümers selbst zu helfen. Der Eigentümer ist jedoch gesetzlich nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt, aussergewöhnliche Reparaturen vorzunehmen (BK-Leemann, N 6 zu Art. 764 ZGB; CHK-Ch. Thurnherr, N 2 f. zu Art. 764 ZGB; BSK ZGB II-Müller, Art. 764 N 6). Die Vornahme von Handlungen durch den Belasteten gehört in der Regel nicht zum Inhalt einer Dienstbarkeit; es geht vielmehr um ein Dulden (vgl. Art. 730 Abs. 3 ZGB zur Grunddienstbarkeit). Eigentümer und Wohnberechtigte stehen als Inhaber von dinglichen Rechten an der gleichen Sache nebeneinander und stehen sich nicht etwa als Gläubiger oder Schuldner gegenüber (Heinz, a.a.O., S. 67 und 84). Mithin besteht keine Verpflichtung dazu, das Wohngebäude in wohnfähigem Zustand zu erhalten. Hierzu bedürfte es einer vertraglichen Vereinbarung mit rein obligatorischer Wirkung (Heinz, a.a.O., S. 30, 84 f.), die es vorliegend aber nicht gibt. Der Nutzniesser/Berechtigte kann den Eigentümer somit nicht auf Erfüllung verklagen. Ihm steht nur das Selbsthilferecht auf Kosten des Eigentümers zu (ZK-Baumann, N 40 und 43 zu Art. 764-765 ZGB; explizit für das Wohnrecht auch Simonius/Sutter, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band II: Die beschränkten dinglichen Rechte, S. 122 N 100; Heinz, a.a.O., S. 78). Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz ist das Wahlrecht zwischen der Kostenbevorschussung durch den Nutzniesser, dem ja auch der (Netto)-Ertrag an der Sache zufällt, und der Verwertung von Nutzniessungsgütern auf das Wohnrecht nicht anwendbar, da sich dieses auf Art. 765 Abs. 3 ZGB stützt (relativierend dazu – wie vorstehend erwähnt – Heinz, a.a.O., S. 85 f.). Das Selbsthilferecht bleibt davon jedoch unberührt, da es sich selbständig aus Art. 764 Abs. 3 ZGB ergibt, wobei der Eigentümer den Verwendungsersatz erst bei Rückgabe der Sache zu leisten hätte (vgl. Art. 753 ZGB; BSK ZGB II-Müller, Art. 764 N 6). Die Beklagten können folglich gestützt auf Art. 778 Abs. 1 i.V.m. Art. 764 Abs. 2 und 3 ZGB nicht zur

Vornahme der beantragten Sanierungsarbeiten verpflichtet werden. 5.a) Zu prüfen ist, ob sich der Anspruch des Klägers aus einer anderen rechtlichen Grundlage herleiten lässt. In Frage kommt Art. 737 ZGB, der auch auf das Wohnrecht Anwendung findet (BGE 88 II 331 E. 6; CHK-Ch. Thurnherr, N 1 zu Art. 776 ZGB; BSK ZGB II-Mooser, Art. 776 N 17). Demnach darf der Belastete nichts vornehmen, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert (Art. 737 Abs. 3 ZGB). Gegen eine allfällige unzulässige Behinderung kann sich der Berechtigte mit der actio confessoria zur Wehr setzen (BSK ZGB II-Petitpierre, Art. 737 N 11 f.), wobei nur die erhebliche Beeinträchtigung unzulässig ist. Die Erheblichkeit beurteilt sich aufgrund einer Interessenabwägung, womit bei überwiegenden Interessen des Belasteten selbst weitreichende Beschränkungen der Dienstbarkeit möglich werden (CHK-T. Göksu, N 6 zu Art. 737 ZGB). Ein Handeln oder Tun lässt sich mit der actio confessoria grundsätzlich nicht geltend machen (Liver, Zürcher Kommentar, N 182 zu Art. 737 ZGB). Hat der Dienstbarkeitsberechtigte aber auf seinem Grundstück irgendwelche baulichen oder sonstigen Vorkehrungen getroffen, die die Ausübung der Dienstbarkeit erschweren oder verunmöglichen, ist er verpflichtet, den früheren Zustand wieder herzustellen. Dies stellt jedoch nicht eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen dar, sondern ist die Rechtsfolge der Verletzung der Dienstbarkeitsverpflichtung, die in Art. 737 Abs. 3 ZGB gesetzlich festgelegt ist (ZK-Liver, N 217 zu Art. 730 ZGB). In diesem Sinne können die klägerischen Rechtsbegehren auch gestützt auf Art. 737 Abs. 3 ZGB geprüft werden. b) Zu beurteilen sind auch in diesem Zusammenhang die Erneuerung des Boilers zur Sicherstellung von normal fliessendem Wasser in der Küche, das Wiedereinsetzen der Gasheizung bzw. die Sicherstellung einer funktionierenden Heizung, die Isolation zum Obergeschoss und das Einsetzen einer Türe zum Obergeschoss. Im Berufungsverfahren hat sich der Kläger nicht mehr im Einzelnen damit befasst, da sich auch der vorinstanzliche Entscheid nicht zu diesen Sachverhaltsfragen geäußert hat. Er beantragt aber die Vervollständigung des Sachverhalts, entweder durch die Berufungsinstanz oder nach einer Rückweisung durch die Vorinstanz, und verweist auf seine entsprechenden Ausführungen und Beweisofferten im Verfahren vor der Vorinstanz (Berufung, S. 2 und 7). c/aa) In Bezug auf die Heizproblematik brachte der Kläger in der Klage vor, dass seit über drei Jahren die Heizung nicht in Betrieb und der Kachelofen demontiert worden sei (Klage, S. 3). An Schranken hielt er fest, dass sich anlässlich der Besichtigung durch das Architekturbüro die demontierte Gasheizung im Heizungsraum befunden habe, die wieder installiert werden solle. Diese sei jetzt jedoch nicht mehr vorhanden. Es sei aufgrund der Beurteilung durch das Architekturbüro jedoch davon auszugehen, dass die abmontierte Heizung/Gastherme funktionstüchtig gewesen sei (Plädoyernotizen, S. 4). Der Kläger beantragte im Hinblick auf den gesamten dargelegten Sachverhalt einen Augenschein und ein Gutachten sowie eine Befragung der Beklagten "bezüglich der verschwundenen abmontierten Heizung/Gastherme" (Plädoyernotizen, S. 6). In seiner "Replik" vom 22. Juni 2015 führte der Kläger präzisierend und auf Aussagen der Beklagten an der Hauptverhandlung reagierend aus, dass anfänglich mittels Kachelofen im Erdgeschoss geheizt worden sei. Dieser Kachelofen sei dann später durch den Einbau einer Gasheizung ersetzt worden ("Replik", S. 4). Ausserdem nahm er Bezug auf verschiedene von den Beklagten im Anschluss an die abgebrochene Hauptverhandlung eingereichte Beweismittel, so das Schreiben des Feuerschutzamtes vom 16. Januar 2004 mit Verweis auf eine Meldung des Kaminfegers vom 12. Januar 2004 (bekl.act. 19 und 20) und das Schreiben des Beklagten vom 2. Februar 2004 (bekl.act. 21). Der Kläger bemängelte, dass aus diesen Belegen nicht hervorgehe, ob es sich dabei um den Kachelofen im Erd- oder

jenen im Obergeschoss handle. Er selbst gehe davon aus, dass es den Kachelofen im Obergeschoss betreffe. Die aufgeführten Mängel hätten ausserdem mit wenig Aufwand repariert werden können, was offensichtlich auch die Meinung des Kaminfegers gewesen sei. Das Schreiben des Beklagten, der Ofen könne nicht repariert werden, stelle schliesslich nur eine bestrittene Parteibehauptung dar. Es sei nicht ersichtlich, weshalb der Beklagte allfällige Mängel an der nachträglich eingebauten Gasheizung nicht habe beheben lassen und keine nachträgliche Baubewilligung eingereicht habe. Der Kläger monierte, es gehe nicht an, ihm den Kachelofen als einzige Heizquelle auszubauen und dann auch den zwischenzeitlich eingebauten Ersatz wieder zu entfernen ("Replik", S. 6, 8). Der Kläger offeriert in der "Replik" – wohl verspätet – diverse Zeugen, die Angaben zum anfänglichen Ausbauzustand machen könnten (S. 7). bb) Die Beklagten führten in ihrer Stellungnahme vom 21. Februar 2015 aus, dass das Haus nach dem Tod der Eltern nicht isoliert gewesen sei, keinen funktionstüchtigen Ofen gehabt habe und die Geräte (Küche, Boiler) aus dem Jahr 1968 stammten (Klageantwort, S. 2 ff.). An Schranken erklärten sie zunächst, dass das Haus im Jahr 2011 in desolatem Zustand gewesen sei. Hinsichtlich der Heizung räumten sie einen "schwerwiegenden Fehler" ein. Im Jahr 2004 hätten sie im Hinblick auf den geplanten Umbau eine provisorische Gasheizung eingebaut. Die Behörden hätten sie, die Beklagten, aber zurückgepfiffen und gesagt, diese müsse zunächst bewilligt werden. Sie hätten daraufhin mit der Gemeinde vereinbart, dass die Heizung in Anbetracht des geplanten Umbaus vorläufig belassen werden könne. Als sie gesehen hätten, dass sie gar nicht würden bauen können, hätten sie die Heizung wieder rausgenommen. Eine Baubewilligung habe nie bestanden (Verhandlungsprotokoll, S. 2). Zum Kachelofen äusserten sich die Beklagten jedoch nicht explizit. In ihrer "Duplik" vom 11. Juli 2015 bestreiten die Beklagten, dass sie den Gasofen hätten betreiben können. Sie erklären, dass eine nachträgliche Baubewilligung nicht erteilt worden wäre ohne Komplettsanierung des Hauses. Die nötige Sanierung sei vom Kläger blockiert worden und werde von diesem immer noch blockiert. Weiter bestreiten sie, dass es sich beim beanstandeten baufälligen Kachelofen um jenen im Obergeschoss handle. Sie verweisen in diesem Zusammenhang auf die Schätzung von 2002 (bekl.act. 3) und die (verspätet) eingereichten Fotos (bekl.act. 33). Sie führen aus, dass es im Obergeschoss keinen Kachelofen, sondern eine Ofenbank gehabt habe, die vom Holzherd der Küche beheizt worden sei. Der Kachelofen in der Stube im Erdgeschoss sei seit 1990 regelmässig beanstandet worden und es sei eine Renovierung verlangt worden. Das Alter des Kachelofens sei nicht bekannt, doch sei nach ihrem Kenntnisstand die geforderte regelmässige Schamott Auskleidung des Brennraums (alle 15 Jahre) nie durchgeführt worden. Es sei als Wunder zu betrachten, dass mit dem Ofen noch bis ins Jahr 2000 habe geheizt werden können ("Duplik", S. 3). cc) Aus den rechtzeitig eingereichten Akten lassen sich diverse Informationen zur Heizproblematik gewinnen. So finden sich entsprechende Hinweise in den Schätzungsberichten von Q. vom 8. April 2002 (bekl.act., 2 S. 4) und der R. AG vom 28. Juni 2002 (bekl.act. 3, S. 3), dem Schreiben der Gemeinde an die damals noch bestehende Erbgemeinschaft betreffend Behebung von beanstandeten feuertechnischen Mängeln (bekl.act. 19), der Meldung des Kaminfegers vom 12. Januar 2016 (bekl.act. 20), dem Schreiben des Beklagten an die übrigen Eigentümer der Liegenschaft vom 2. Februar 2004 betreffend Kosten für die Reparatur des Ofens (bekl.act. 21), dem Schreiben der Gemeinde vom 8. Februar 2005 an die Beklagten betreffend Aufforderung zur Einreichung einer nachträglichen Baubewilligung (bekl.act. 22), dem Vorbescheid zum Bauvorhaben vom 20. Februar 2004 (bekl.act. 16), dem Schreiben des Denkmalpflegers vom 24. Mai 2004 zum geplanten Bauvorhaben (bekl.act. 18), der

Kostenschätzung für Renovationen der Z. AG (kläg.act. 4) sowie den beiden Aktennotizen des damaligen Beistands vom 16. und 20. November 2011 und dessen Schreiben vom 20. Dezember 2007 an den Beklagten mit der Aufforderung zur Inbetriebsetzung der Heizung (kläg.act. 8-10). Im Recht liegen schliesslich diverse Fotos (bekl.act. 4-6). Aus den eingereichten Akten erschliesst sich der mit Blick auf Art. 737 Abs. 3 ZGB relevante Sachverhalt jedoch nicht auf Anhieb. d/aa) Hinsichtlich der fehlenden Isolation im Obergeschoss beantragte der Kläger in der Klage neben der Anbringung der Dämmung für die bewohnten Räume ausserdem die Montage einer neuen Türe zum Treppenhaus (Klage, S. 3). Vom Gang im Erdgeschoss führe die Treppe in das 1. und 2. Obergeschoss. Dort habe der Beklagte die Wohnräume inkl. der Wände und festen Installationen herausgerissen. Oberhalb der klägerischen Wohnung befinde sich deshalb ein bis zu den Dachziegeln offener Raum. Zwischen der Wohnung im Erdgeschoss und dem zum Dach offenen Obergeschoss fehle ausserdem eine Türe, zur Abgrenzung gebe es lediglich eine Plastikplatte. Im Hinblick auf den gesamten dargelegten Sachverhalt beantragte der Kläger einen Augenschein und ein Gutachten und verwies auf die an der Hauptverhandlung eingereichten Fotos (Plädoyernotizen, S. 4 ff.; kläg.act. 7). In seiner "Replik" vom 22. Juni 2015 führte der Kläger aus, die Obergeschosse seien noch als bewohnbare Räume ausgebaut gewesen und hätten dementsprechend für eine gewisse Wärmedämmung des Erdgeschosses gegenüber dem nicht isolierten Dach gesorgt (S. 4). Auch hinsichtlich der Wärmedämmung habe der Beklagte aus eigenem Entschluss die Wohnräume im Obergeschoss ausgebaut, sodass nun ein bis zu den Dachziegeln offener und vor der Kälte ungeschützter Raum entstanden sei (S. 8). bb) Die Beklagten bestreiten diese Sachverhaltsdarstellung des Klägers an sich nicht. An Schranken verwiesen sie jedoch darauf, dass das Haus gar nie isoliert gewesen sei (Verhandlungsprotokoll, S. 2). Die Beklagten rechtfertigen die im Haus vorgenommenen Arbeiten damit, dass diese erforderlich gewesen seien, um mit dem Nachbarn die jeweils in das andere Haus führenden Zimmer auszutauschen. Ausserdem habe die Bausubstanz abgeklärt werden müssen, um zu wissen, ob eine Sanierung noch möglich oder ein Totalabriss nötig sei. Das Dach habe neu geschindelt werden müssen, wozu das Täfer, das direkt auf die Dachbalken genagelt gewesen sei, habe entfernt werden müssen ("Duplik", S. 3). cc) Der Kläger wie auch die Beklagten haben zum Zustand des Dachstocks verschiedene Fotos eingereicht (kläg.act. 7; bekl.act. 4, 31.1-31.3). Weitere Beweismittel liegen nicht im Recht, jedoch gelten die Beweisanträge des Klägers (Plädoyernotizen, S. 6) betreffend Augenschein und Gutachten auch für die Wärmedämmung. e) Eine Rückweisung an die erste Instanz kann dann angezeigt sein, wenn der Sachverhalt in wesentlichen Teilen nicht erhoben wurde (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO), beispielsweise weil die Vorinstanz überhaupt kein oder kein vollständiges Beweisverfahren durchgeführt hat bzw. noch verschiedene (zusätzliche) Beweismittel abzunehmen sind. Vorliegend hat die Vorinstanz deshalb keine Sachverhaltserhebungen vorgenommen, weil sie die Angelegenheit mit einer rein rechtlichen Begründung entschied. Diese Begründung erwies sich zwar als richtig, aber unvollständig. Für die Frage, ob allenfalls ein Anspruch auf Wiederherstellung aus Art. 737 Abs. 3 ZGB besteht, ist eine vollständige Sachverhaltserhebung unerlässlich. Es ist jedoch grundsätzlich nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle des erstinstanzlichen Gerichts zu erstellen (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 318 N 35; BGE 138 III 374 E. 4.3.2 a.E.). Neben dem Recht der Parteien auf Wahrung des Instanzenzugs in den prozessentscheidenden Fragen sowie auf ein korrektes Verfahren ist bei einer Rückweisung

auch die Prozessökonomie zu berücksichtigen (Seiler, a.a.O., N 1520). Die Berufungsinstanz hat eine Rückweisung nur dann anzuordnen, wenn dies nach Abwägung aller Interessen als geboten erscheint (Seiler, a.a.O., N 1521). Da ein entsprechender Eventualantrag auf Rückweisung seitens des Klägers vorliegt (Berufung, Rechtsbegehren Ziffer 2) und eine Sachverhaltserhebung, wohl mit Augenschein vor Ort, zur Klärung eines allfälligen Anspruchs gestützt auf Art. 737 ZGB unerlässlich ist, ist es gerechtfertigt, die Sache zur Feststellung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Kläger brachte im vorinstanzlichen Verfahren in genügender Weise vor, dass die Mängel hinsichtlich der Heizung und der Isolation ins Obergeschoss/Türe zum Obergeschoss durch den Beklagten verursacht wurden. Hierzu offerierte er einen Augenschein, ein Gutachten sowie zur Heizung die Parteibefragung der Beklagten. Die Ausführungen des Klägers sind weitgehend bestritten und auch die eingereichten Unterlagen tragen nur begrenzt zur Klärung des Sachverhalts bei. Die Vorinstanz hat daher insbesondere den Sachverhalt darüber festzustellen und rechtlich zu würdigen, ob der Beklagte eine funktionierende Heizung (war der Kachelofen im Parterre vor seiner Entfernung noch funktionstüchtig? Wäre die Gasheizung funktionstüchtig und von den Behörden bewilligt gewesen?) und eine allfällig bestandene "Wärmedämmung" zum Obergeschoss entfernt hat bzw. ob der Sachverhalt aus den eingereichten Akten und den offerierten Beweisen überhaupt festgestellt werden kann und wer allenfalls die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hätte. Zu berücksichtigen bleibt dabei der Aktenschluss, der grundsätzlich nach den jeweils ersten Parteivorträgen an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung eingetreten ist (vgl. dazu jedoch E. II.2.b). f) Nicht Gegenstand der Rückweisung sind der Ersatz des Boilers und die Sicherstellung normal fließenden Wassers in der Küche (Rechtsbegehren Ziff. 1.1. erster Spiegelstrich), da diesbezüglich nicht behauptet wurde, dass die Beklagten aktiv die Funktionstüchtigkeit reduziert hätten, wozu im Übrigen auch keinerlei Anhaltspunkte bestünden. In Bezug auf das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 1.1. erster Spiegelstrich (Boiler und fließendes Wasser in der Küche) ist die Klage daher abzuweisen. [IV.]

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