

# ZH\_GERICHTE LB170048 vom 1. November 2017

Zh Gerichte, 2017-11-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_gerichte\\_LB170048](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_gerichte_LB170048)

FR: ZH\_GERICHTE LB170048 du 1 novembre 2017

IT: ZH\_GERICHTE LB170048 del 1 novembre 2017

## Regeste

Dienstbarkeit

## Erwägungen

### E. 1

Eigentumsübertragung Übertragung des obbezeichneten Grundstücks ins Eigentum von A.\_\_\_\_\_, geb. tt.10.1967.

#### E. 1.1

Die im Jahre 1967 geborene Beklagte 1 ist die Tochter der im Jahre 1942 geborenen Klägerin. Der Beklagte 2 ist mit der Beklagten 1 verheiratet und daher der Schwiegersohn der Klägerin.

#### E. 1.2

Die Klägerin war Alleineigentümerin der Liegenschaft Kat.-Nr. 2, E.\_\_\_\_\_- Strasse 1, in F.\_\_\_\_\_ (vgl. Urk. 84). Bis zu dessen Tode hatte sie mit ihrem damaligen Ehemann in diesem Hause gelebt. Im August 1988 zog ihr heutiger Lebenspartner, D.\_\_\_\_\_, in das Haus E.\_\_\_\_\_-Strasse 1 (Urk. 15 Rz 11; Urk. 19 S. 8). Im Jahre 1997 liess die Klägerin einen Anbau zum Hause E.\_\_\_\_\_-Strasse

##### E. 1.2.1

Gemäss dem über Internet öffentlich zugänglichen GIS-Browser des Kantons Zürich ([www.maps.zh.ch](http://www.maps.zh.ch)) weist das Grundstück Kat.-Nr. 2 eine Fläche von 1059 m<sup>2</sup> auf und präsentiert sich wie folgt (rosa: Gebäude; grau: Strasse, Trottoir; blau: Gewässer/Wasserbecken; gepunktet: unterirdisches Gebäude):

- 5 -

##### E. 1.2.2

Die Hausteile E.\_\_\_\_\_-Strasse 1 und E.\_\_\_\_\_-Strasse 1a weisen die einheitliche Versicherungsnummer 3 auf. Infolge der Hanglage ist der Hausteil E.\_\_\_\_\_-Strasse 1 ungefähr ein Geschoss tiefer gelegen als der Hausteil E.\_\_\_\_\_-Strasse 1a (vgl. Urk. 16/4 Blatt 4 und 5). Der Hausteil E.\_\_\_\_\_-Strasse 1a verfügt über ein Obergeschoss (Wohngeschoss mit Terrasse), ein Hochparterre (Schlafzimmer) sowie ein Eingangsgeschoss. Im Hausteil E.\_\_\_\_\_-Strasse 1 befindet sich ein Hochparterre, ein Eingangsgeschoss sowie ein Kellergeschoss. Die unterste Liftstation des Hauses E.\_\_\_\_\_-Strasse 1a befindet sich auf der Höhe des Kellergeschosses des Hauses E.\_\_\_\_\_-Strasse 1 und ist mit diesem über einen Vorraum verbunden; zwischen Vorraum und dem Haus E.\_\_\_\_\_-Strasse 1 befindet sich eine abschliessbare Türe (Urk. 16/2/3). Südwestlich schliesst sich das tiefer gelegene Garagengeschoss an. Dieses umfasst einen

Garagen- sowie einen Tankraum. Vor dem Garagentor befindet sich ein Vorplatz mit insgesamt vier, d.h. zweimal je zwei hintereinander liegenden Aussenparkplätzen (vgl. Urk. 16/4, Urk. 5/3 und Urk. 16/5).

- 6 -

### **E. 1.2.3**

Mit Ausnahme des Zugangs zum Aufzug im Kellergeschoss des Hausteils E.\_\_\_\_\_-Strasse 1 sind die beiden Hausteile baulich voneinander getrennt: Der Hausteil E.\_\_\_\_\_-Strasse 1a bietet eine selbständige Wohneinheit und weist eine Küche (Obergeschoss) und Nasszellen (WC im Obergeschoss, Dusche und WC sowie Badewanne und WC im Hochparterre) sowie eigene Kellerräumlichkeiten mit Waschküche im Eingangsgeschoss auf (Urk. 16/4). Für beide Hausteile gibt es nur eine einzige Heizung und nur einen einzigen dazugehörigen Tankraum, die sich beide im Haus 1 befinden. Die Hausteile verfügen je über eine separate Haustür auf derselben Ebene (Prot. II S. 16 unten; Eingangsgeschoss, ca. 462.5 m.ü.M.). Vom Vorplatz bzw. vom Garagentor aus (ca. 456.5 m.ü.M.) führt ein Fussweg im Freien über insgesamt 34 Treppenstufen westlich um das Haus zu den Haustüren und damit in das jeweilige Eingangsgeschoss (Prot. II S. 16; vgl. Urk. 16/5/2, Urk. 16/4 Blatt 3): Der Zugang weist zwischen Garagenvorplatz und den Eingangstüren vier Treppenblöcke (drei zu neun Stufen und einer zu sieben Stufen) auf, die jeweils auf einen Absatz führen (vgl. Prot. II S. 15 f.).

### **E. 1.2.4**

Die beiden Hausteile sind nicht nur über die Aussentreppen, sondern auch durch die Garage über einen Innenzugang erreichbar: Von der Garage führt der Innenzugang nach Passieren einer Türe über zwei Treppenblöcke zu 1 bzw. 5 Stufen (Prot. II S. 12; Urk. 16/2/11-14) in die im Kellergeschoss des Hauses E.\_\_\_\_\_-Strasse 1 gelegene Waschküche (Prot. II S. 12 oben; Urk. 16/2/9-10). Von dort aus gelangt man über eine weitere Stufe durch einen "Vorplatz" (so bezeichnet im Grundriss Urk. 5/3; vgl. Prot. II S. 12, unten links, S. 13 oben und unten sowie S. 14 Mitte) bzw. durch einen Gang zu einer Türe, die in den Hausteil E.\_\_\_\_\_-Strasse 1a bzw. zur untersten Liftstation dieses Hauses führt (Urk. 16/2/2). Hinter dieser Türe befindet sich ein Vorraum und der Zugang zum Aufzug (Prot. II S. 14 unten; Urk. 16/2/3-4). Der Vorraum mit Zugang zum Aufzug ist die einzige Räumlichkeit auf dieser Ebene, die zum Haus E.\_\_\_\_\_-Strasse 1a gehört. Die Kellerräumlichkeiten des Hauses E.\_\_\_\_\_-Strasse 1a befinden sich dagegen ein Stockwerk höher in dessen Eingangsgeschoss (vgl. Urk. 16/4 Blatt 3). Der Aufzug verbindet innerhalb des Hausteils E.\_\_\_\_\_-Strasse 1a die Ebene, auf der sich das Kellergeschoss des Hauses E.\_\_\_\_\_-Strasse 1 befindet, mit dem

- 7 - Eingangsgeschoss (Eingang, Keller), dem Hochparterre (Schlafen) sowie mit dem Obergeschoss (Wohnen) des Hauses E.\_\_\_\_\_-Strasse 1a (Urk. 5/3).

### **E. 1.3**

Unter dem Titel "Teilweiser Erbvorbezug" trat die Klägerin als "veräussernde Partei" mit öffentlich beurkundetem Abtretungsvertrag vom 12. November 2003 (Urk. 5/1; vgl. auch Urk. 84) der Beklagten 1 als "erwerbende Partei" die Liegenschaft Kat.-Nr. 2 (umfassend die Häuser E.\_\_\_\_\_-Strasse 1 und 1a) ab. Der Übernahmewert des gesamten Grundstückes wurde auf Fr. 2'500'000.00 festgesetzt, der durch die Beklagte 1 gemäss Vertrag wie folgt zu tilgen war: - Fr. 800'000.00 durch Übernahme der Kapitalschuld gemäss Schuldbrief; -

Fr. 1'000'000.00 durch Einräumung des der Klägerin gleichentags eingeräumten Wohnrechts; - Fr. 700'000.00 als Erbvorbezug. Vereinbart wurde sodann, dass die Differenz zwischen Übernahmepreis und dem Wert des Vertragsobjektes im Zeitpunkt des Erbanges nicht unter der Ausgleichspflicht stehe. Die Eigentumsübertragung wurde auf "heute, unmittelbar im Anschluss an die Beurkundung dieses Vertrages" festgesetzt. Unter dem Titel "Personaldienstbarkeit" vereinbarten die Klägerin einerseits und die Beklagte 1 andererseits Folgendes: "Die Vertragsparteien vereinbarten folgende Personaldienstbarkeit, welche anlässlich der Eigentumsübertragung im Grundbuch einzutragen ist, den bestehenden, beschränkten dinglichen Rechten ranglich nachgehend:

Lebenslanges Wohnrecht zugunsten der veräussernden Partei zulasten des Vertragsobjektes 'C.\_\_\_\_\_, geb. tt.12.1942, von H.\_\_\_\_\_ ... und I.\_\_\_\_\_ ..., E.\_\_\_\_\_-Strasse 1a, ... F.\_\_\_\_\_, steht gemäss Art. 776 ff. ZGB das lebenslange und unentgeltliche Wohnrecht zu am östlichen Hausteil (E.\_\_\_\_\_-Strasse 1a) des Gebäudes Vers.-Nr. 3. Die Berechtigte hat die Lasten des gewöhnlichen Unterhaltes zu tragen.' Möglichkeit zur Umwandlung in eine Rente Die Wohnrechtsberechtigte hat nach einem Auszug aus der Wohnung (zum Beispiel infolge Umzugs in ein Alters- oder Pflegeheim) das Recht, durch entsprechende Anzeige an die erwerbende Partei und Abgabe der Löschungsbewilligung gegenüber dem Grundbuchamt F.\_\_\_\_\_ auf das Wohnrecht zu verzichten. Für den Auszug sind die Bestimmungen des Mietrechts analog anwendbar.

- 8 - Diesfalls wandelt sich das Wohnrecht in eine lebenslange Rente um, die wie folgt von der erwerbenden Partei zu bezahlen ist: Die Rente beträgt Fr. 5'000.-- (Franken fünftausend) und ist monatlich vorschüssig zu bezahlen. Die Berechtigte verzichtet auf eine Sicherstellung. Die Rentenschuld beginnt pro rata mit dem Datum der Abgabe der Löschungsbewilligung und endet mit dem Tode der Berechtigten. Die Rente ist weder verpfändbar, abtretbar noch verrechenbar. Sie ist seitens der Rentenschuldnerin vererblich. Wenn der Gesundheitszustand der Wohnrechtsberechtigten nach einem Auszug eine Rückkehr als unwahrscheinlich erscheinen lässt, ist die Wohnrechtsberechtigte zur Umwandlung und Abgabe der Löschungsbewilligung verpflichtet." Nach der öffentlichen Beurkundung des Abtretungsvertrages nahmen die Parteien sodann die folgende Grundbuchanmeldung vor (Urk. 5/1 S. 8): "Gemeinde F.\_\_\_\_\_ ZH Grundbuch Blatt ... Kat.-Nr. 2, E.\_\_\_\_\_-Strasse 1/1a

#### **E. 1.4**

Am 23. Oktober 2006 schloss die Beklagte 1 als "veräussernde Partei" mit dem Beklagten 2 als "erwerbender Partei" einen öffentlich beurkundeten Vertrag auf Eigentumsübertragung, und zwar "zur Abgeltung ausserordentlicher Beiträge (Art. 165 ZGB)" (Urk. 16/1). Unter Hinweis auf die vom Beklagten 2 geleisteten "ausserordentlichen Beiträge" vereinbarten die Beklagten die Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils von Kat.-Nr. 2 (E.\_\_\_\_\_-Strasse 1 und E.\_\_\_\_\_- Strasse 1a) von der Beklagten 1 auf den Beklagten 2, weshalb die beiden Beklagten seit dem 23. Oktober 2006 je zur Hälfte als Miteigentümer von Kat.-Nr. 2 im Grundbuch eingetragen sind (Urk. 84).

#### **E. 1.5**

Ende März 2011 erlitt die Klägerin eine schwere Hirnblutung und musste hospitalisiert werden (Urk. 2 S. 3, 5; Urk. 15 Rz 34, Urk. 19 S. 7 und 13). In der Folge kam es zu Spannungen zwischen den Beklagten und D.\_\_\_\_\_, dem Lebenspartner der Klägerin (Urk. 15 Rz 11, Urk. 19 S. 7). Nach monatelanger ge-

- 9 - sundheitsbedingter Abwesenheit konnte die Klägerin im August 2011 nach Hause zurückkehren. In der Zwischenzeit hatten die beiden Beklagten die Schlösser der Innentüre zwischen Garage und dem Hausteil E.\_\_\_\_-Strasse 1 und der Zu- gangstüre zum Aufzug zwischen den Hausteilen E.\_\_\_\_-Strasse 1 und E.\_\_\_\_- Strasse 1a ersetzt, so dass die Klägerin den Aufzug von der Garage aus nicht mehr erreichen konnte.

### **E. 1.6**

Das Garagengeschoss mit Garage und Tankraum bestand unverändert schon vor der Erstellung des Hausteils E.\_\_\_\_-Strasse 1a im Jahre 1997. Die Garage wird derzeit wie folgt genutzt: Auf der – von aussen gesehen – linken Ga- ragenhälfte steht quer zur Wand ein Oldtimer-..., der den Beklagten gehört. Davor steht ein VW ..., der der Klägerin gehört. Auf der rechten Garagenhälfte steht ein den Beklagten gehörender Personenwagen (vgl. Prot. II S. 11; Fotografien in Urk. 16/5/1-7).

### **E. 2**

Prozessverlauf

#### **E. 2.1**

Bezüglich der Darstellung des Verlaufs des erstinstanzlichen Verfahrens sei auf das angefochtene Urteil verwiesen (Urk. 66 S. 2-4).

#### **E. 2.2**

Das angefochtene Urteil wurde den Beklagten am 29. September 2017 zu- gestellt (Urk. 61/1). Mit Rechtsschrift vom 26. Oktober 2017 (Urk. 65) erhoben die Beklagten rechtzeitig Berufung. Die Klägerin beantwortete die Berufung am 29. Januar 2018 (Urk. 73).

#### **E. 2.3**

Mit Verfügung vom 1. März 2018 wurde die Anwältin der Klägerin aufgefor- dert, eine aktuelle Prozessvollmacht ihrer Mandantin vorzulegen. Dabei wurde da- rauf hingewiesen, dass eine durch die Klägerin gemäss Art. 360 Abs. 1 ZGB be- auftragte Person gegebenenfalls nachzuweisen hätte, dass ihr Handeln durch den Vorsorgeauftrag gedeckt und der Vorsorgeauftrag durch die zuständige KESB im Sinne von Art. 363 Abs. 2 ZGB genehmigt worden sei (Urk. 77). Innert Frist legte die Klägerin in der Folge am 13. März 2018 (Urk. 80) Folgendes vor: - Prozessvollmacht der Klägerin vom 13. März 2018, unterzeichnet von D.\_\_\_\_ (Urk. 81);

- 10 - - Öffentlich beurkundeter Vorsorgeauftrag der Klägerin zugunsten von D.\_\_\_\_ vom 16. Dezember 2013 (Urk. 82/1); - Entscheid der KESB des Bezirks Meilen vom 22. Dezember 2016 betref- fend Validierung des Vorsorgeauftrages (Urk. 82/2); - Generalvollmacht der Klägerin zugunsten von D.\_\_\_\_ vom 21. November 2013 (Urk. 82/3).

#### **E. 2.4**

Von Amtes wegen wurde bezüglich der Liegenschaft E.\_\_\_\_-Strasse 1 und E.\_\_\_\_-Strasse 1a eine Eigentümergebarung eingeholt, die vom Grundbuch- amt F.\_\_\_\_ am 22. März 2018 erstattet wurde (Urk. 84).

#### **E. 2.5**

Mit Verfügung des obergerichtlichen Referenten vom 27. März 2018 wurde von Amtes wegen ein Augenschein angeordnet, und zwar nicht im Sinne eines Beweismittels, sondern

"zum besseren Verständnis des Sachverhalts" im Sinne von Art. 181 Abs. 1 ZPO (Urk. 88). Der Augenschein fand am 26. April 2018 statt (Prot. II S. 10-19). In der Folge wurde den Parteien das Protokoll über den Augenschein mit Verfügung vom 27. April 2018 zugestellt (Urk. 90). Die Beklagten äusserten sich mit Eingabe vom 8. Mai 2018 zum erwähnten Protokoll (Urk. 91). Die Klägerin nahm dagegen nicht Stellung.

## **E. 2.6**

Im Rahmen des Berufungsverfahrens wurde weder ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet noch eine Berufungsverhandlung durchgeführt.

## **E. 3**

Prozessuales

### **E. 3.1**

Bei den Akten liegt eine Anwaltsvollmacht, welche die Klägerin am 1. September 2015 zugunsten von Rechtsanwältin Y.\_\_\_\_\_ und zwei weiteren nicht im Anwaltsregister eingetragenen Personen ausgestellt hat (Urk. 4). Weiter liegt ein Entscheid der KESB des Bezirks Meilen vom 22. Dezember 2016 bei den Akten (Urk. 49). Aus diesem Entscheid geht hervor, dass die KESB davon ausgeht, dass bei der Klägerin ein Schwächezustand vorliegt. Hingewiesen wird dort insbesondere auf einen Bericht der Hausärztin der Klägerin vom 4. Januar 2016, mit dem bestätigt wird, dass die Klägerin "weder geistig noch körperlich in der Lage sei, ihre finanziellen und administrativen Angelegenheiten zu erledigen und in allen Lebensbereichen auf Unterstützung angewiesen sei". Die Klägerin sei namentlich wegen ihrer "kognitiven Einschränkungen leicht beeinflussbar" (Urk. 49 - 11 - S. 2). Den Antrag der Beklagten 1, der Tochter der Klägerin, auf Errichtung einer umfassenden Beistandschaft wies die KESB mit dem erwähnten Entscheid allerdings ab, und zwar mit der Begründung, dass die Klägerin "aus eigenen Stücken" mit einem Vorsorgeauftrag für die notwendige Vorsorge gesorgt habe. Aus dem Entscheid ergibt sich sodann, dass die KESB mit einem weiteren Entscheid vom 22. Dezember 2016 diesen Vorsorgeauftrag validiert und den von der Klägerin bezeichneten Vorsorgebeauftragten eingesetzt hat (Urk. 49 S. 2 f.).

#### **E. 3.1.1**

Die Frage, ob eine gültige Vollmacht vorliegt, ist als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 in Verbindung mit Art. 59, Art. 67 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz hat sich zwar mit dieser Frage auseinandergesetzt (Urk. 66 S. 11 f.), indessen bindet ihre Beurteilung die Berufungsinstanz nicht. Nach der Praxis kann gestützt auf Art. 132 Abs. 1 ZPO die Rechtsmittelinstanz namentlich bei älteren oder unbestimmt formulierten Vollmachten jederzeit die Nachreichung einer aktualisierten und verfahrensspezifischen Vollmacht verlangen (BGer 5A\_561/2016 vom 22. September 2016, E. 3.3). Mit Verfügung vom 1. März 2018 wurde der Klägerin daher im Sinne von Art. 132 ZPO aufgegeben, binnen einer Nachfrist von 10 Tagen eine aktualisierte Vollmacht für ihre Anwältin zu den Akten zu geben. In der Folge hat die Klägerin die oben in Erwägung 2.3. erwähnten Unterlagen einreichen lassen.

#### **E. 3.1.2**

Auf Grund der neu eingereichten Unterlagen kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die von der Klägerin mandatierte Anwältin dazu befugt ist, die Klägerin zu

vertreten: Am 16. Dezember 2013 erteilte die Klägerin dem D.\_\_\_\_\_ einen formgültigen Vorsorgeauftrag. Gemäss diesem Vorsorgeauftrag ist D.\_\_\_\_\_ dazu ermächtigt, die Klägerin in jeder Hinsicht zu vertreten. Namentlich wurde ihm die Wahrung aller finanziellen Interessen der Klägerin, einschliesslich der Verwaltung ihres gesamten Vermögens, übertragen. Dem Beauftragten kommt sodann die Befugnis für sämtliche "zur Erfüllung des Auftrags notwendigen Prozesshandlungen" zu (Urk. 82/1). Mit Entscheid vom 22. Dezember 2016 erklärte die KESB des Bezirks Meilen den Vorsorgeauftrag "sofort für wirksam" (Urk. 82/2, Dispositiv-Ziff. 1). Die von D.\_\_\_\_\_ am 13. März 2018 namens der Klägerin unterzeichnete Prozessvollmacht zugunsten von Rechtsanwältin

- 12 - Dr. Y.\_\_\_\_\_ bezieht sich ausdrücklich auf den vorliegenden Prozess (Urk. 81). Sie beruht auf dem wirksam erklärten Vorsorgeauftrag und ist daher rechtsgültig. Mit dieser Prozessvollmacht werden auch frühere prozessuale Handlungen von Rechtsanwältin Dr. Y.\_\_\_\_\_ nachträglich genehmigt.

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz ist auf die Widerklage insoweit nicht eingetreten, als sie gegen D.\_\_\_\_\_ gerichtet war. In dieser Hinsicht wurde der Entscheid der Vorinstanz nicht angefochten, weshalb er in diesem Punkte in Rechtskraft erwachsen ist.

### **E. 3.3**

Das Berufungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren. Es dient nicht etwa der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern vielmehr der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 311 N 36). Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufungs- bzw. Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 mit Hinweisen). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgeblichen Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen, und auch Be-weisanträge gestellt hat. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau auf-

- 13 - zuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die

Rechtsmittelinstantz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A\_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5). Die Anforderungen an die Begründung einer Berufung gelten sinngemäss auch für die Begründung der Berufungsantwort (BGer 4A\_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2. mit Hinweis auf den zur Beschwerdeantwort im bun- desgerichtlichen Verfahren ergangenen BGE 140 III 115 E. 2).

### **E. 3.4**

Die Beklagten rügen mit der Berufung die Verletzung ihres Rechts auf Beweis. Gemäss Art. 150 ZPO sind Gegenstand des Beweises rechtserhebliche streitige Tatsachen. Jede Partei hat ein Recht darauf, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen und tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Wer im Berufungsverfahren der Vorinstanz vorwirft, sie habe sich über diese Grundsätze hinweggesetzt, hat mit der Berufungsschrift dar- zutun, dass rechtserhebliche streitige Tatsachen in Frage stehen und dass dazu form- und fristgerecht taugliche Beweismittel genannt wurden.

#### **E. 3.4.1**

Die Beklagten rügen, dass kein Augenschein als Beweismittel abgenom- men wurde. Indessen tun sie mit ihrer Berufung nicht dar, dass durch das Vorge- hen der Vorinstanz Art. 150 ff. ZPO verletzt wurde. Sie meinen, sie hätten einen Anspruch auf die Abnahme eines Augenscheins als Beweismittel, weil die einge- reichten Fotos nur ein unvollständiges Bild der Verhältnisse vor Ort zuliessen (Urk. 65 Rz 9). Ebenso wenig ist dargetan, dass die Vorinstanz form- und fristge- rechte Beweisanträge der Beklagten übergangen hat. Damit sind insbesondere keine rechtserheblichen streitigen Tatsachen dargetan. Das Beweisverfahren kann nicht dazu dienen, fehlende Tatsachenbehauptungen zu ersetzen. Spekula- tionen darüber, zu welchen Ergebnissen der Augenschein geführt hätte (vgl. Urk. 65 Rz 12), helfen nichts. Dass die Berufungsinstanz schliesslich dennoch – ausserhalb eines förmlichen Beweisverfahrens – zum "besseren Verständnis des

- 14 - Sachverhalts" im Sinne von Art. 181 Abs. 1 ZPO einen Augenschein durchgeführt hat, ändert an dieser Sichtweise nichts.

#### **E. 3.4.2**

Weiter rügen die Beklagten, die Vorinstanz habe zu Unrecht auf den "Zeu- gen- und Parteibeweis" verzichtet (Urk. 65 Rz 16). Sie sagen indessen mit der Be- rufung mit keinem Wort, welche Zeugen zu welchen rechtserheblichen, streitigen Tatsachen hätten vernommen werden sollen. Und Gleiches gilt für die von den Beklagten ebenfalls monierte fehlende Parteibefragung. Es ist nicht Sache der Berufungsinstanz, auf Grund dieser cursorischen Hinweise in der Berufungsschrift in den erstinstanzlichen Rechtsschriften darüber nachzuforschen, was die Beklag- ten mit ihrer Rüge wohl meinen.

### **E. 4**

Materielles

#### **E. 4.1**

Fest steht, dass der Klägerin ein im Grundbuch eingetragenes Wohnrecht am Gebäude Vers.-Nr. 3 auf dem Grundstück Kat.-Nr. 2 in F. \_\_\_\_\_ zusteht. Es ist dies eine Personalservitut im Sinne von Art. 776 ZGB. Die Vorinstanz hält dazu fest, dass keine der Parteien einen Grundbuchauszug, aus dem der im Grund- buch eingetragene Wortlaut der

Dienstbarkeit hervorgeht, ins Recht gelegt habe (Urk. 66 S. 15). Bei den Akten liegt indessen der Abtretungsvertrag mit der Vereinbarung betreffend die Begründung der Personaldienstbarkeit einschliesslich des Wortlauts der entsprechenden Grundbuchanmeldung (Urk. 5/1). Keine der Parteien stellt in Abrede, dass die Personaldienstbarkeit im Sinne dieses Begründungsaktes Eingang in das Grundbuch gefunden hat. Es ist daher davon auszugehen, dass gemäss diesem Eintrag der Klägerin "das lebenslange und unentgeltliche Wohnrecht ... am östlichen Hausteil (E.\_\_\_\_-Strasse 1a) des Gebäudes Vers.-Nr. 3" zusteht. Weitere Regelungen betreffend den Umfang dieses Wohnrechtes enthält der Begründungsakt und damit auch der Grundbucheintrag nicht. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die Beklagten längst nach Aktenabschluss und darum prozessual verspätet mit ihrer Berufung vom 26. Oktober 2017 schliesslich doch noch einen Grundbuchauszug (Urk. 68/1 letzte Seite) betreffend die Personaldienstbarkeit zu Lasten Kat.-Nr. 2 vorgelegt haben. Auch gemäss

- 15 - dem Grundbucheintrag steht der Klägerin "das lebenslange und unentgeltliche Wohnrecht ... am östlichen Hausteil (E.\_\_\_\_-Strasse 1a) des Gebäudes Vers.-Nr. 3" zu. Selbst wenn auf den Grundbucheintrag abgestellt werden dürfte, ergäbe sich keine Differenz zum Wortlaut des von den Parteien und der Vorinstanz herangezogenen Begründungsaktes. Alle bei den Akten liegenden Dokumente stimmen in den hier interessierenden Punkten überein: Das Wohnrecht der Klägerin erfasst den ganzen östlichen Hausteil des Gebäudes Vers.-Nr. 3, auch E.\_\_\_\_-Strasse 1a bezeichnet. Dieses Wohnrecht ist "lebenslang" und unentgeltlich. Insoweit stimmen die Parteidarstellungen auch durchaus überein (Urk. 65 Rz 20 und Urk. 73 S. 8).

#### **E. 4.2**

Im Sinne des ihr zustehenden Wohnrechts steht der Klägerin das Recht zu, im ganzen östlichen Hausteil bzw. im Hausteil E.\_\_\_\_-Strasse 1a im Sinne von Art. 776 Abs. 1 ZGB "Wohnung zu nehmen", d.h. diesen Hausteil zu Wohnzwecken zu nutzen. Gemäss Art. 777 Abs. 2 ZGB muss die Klägerin dort aber nicht alleine wohnen, sondern kann in ihre Wohnung auch ihre Familienangehörigen sowie ihre Hausgenossen aufnehmen. Dazu gehört klarerweise auch der Lebenspartner der Klägerin, D.\_\_\_\_, mit dem sie seit ca. 30 Jahren zusammenlebt (MOOSER, BSK-ZGB, Art. 776 N 7).

#### **E. 4.3**

Streitig sind im vorliegenden Prozess zwei Fragen: So sind sich die Parteien uneinig darüber, ob die Klägerin und ihre Familienangehörigen bzw. Hausgenossen die Garage mitbenutzen dürfen. Ferner ist Streitig, ob die Klägerin fürderhin von der Garage durch das Kellergeschoss des Hauses E.\_\_\_\_-Strasse 1 zum Aufzug gelangen darf, der zum Haus E.\_\_\_\_-Strasse 1a gehört und mit dem sich jedes Stockwerk dieses Hausteiles erreichen lässt. Diese Fragen sind nach Massgabe von Art. 777 Abs. 3 ZGB zu beurteilen und die Antwort auf diese Fragen hängt davon ab, ob die Garage und der weitere Durchgang als Einrichtungen zu betrachten sind, die im Sinne dieser Bestimmung "zum gemeinschaftlichen Gebrauch" bestimmt sind. Mit dem Wohnrecht belastet ist nämlich das gesamte Grundstück Kat.-Nr. 2. Soweit die Parteien bei der Begründung der Dienstbarkeit keine ausdrücklichen Regelungen getroffen haben, entscheidet sich die Frage, welche Teile der Liegenschaft "zum gemeinschaftlichen Gebrauch" be-

- 16 - stimmt sind, als Rechtsfrage nach dem, was nach der allgemeinen Lebenserfahrung in vergleichbaren Situationen als angemessen und vernünftig erscheint. Im Sinne von

MOOSER (BSK-ZGB, Art. 777 N 13) ist davon auszugehen, dass unter solchen "zum gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmten Einrichtungen" namentlich "die Treppen, die Eingangshallen, der Waschraum, ein zum Gebäude gehörender Brunnen, eine Tiefgarage, ein Aufzug, ein Dachkeller oder Keller" zu verstehen sind.

#### **E. 4.4**

Bezüglich des Durchgangs zwischen Garage und Aufzug im Hause E.\_\_\_\_-Strasse 1a ist die Vorinstanz zum Schluss gekommen, dass die Verbindung zwischen der Garage und dem Zugang zum Aufzug im Hause E.\_\_\_\_-Strasse 1a als zum gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmte Einrichtung im Sinne von Art. 777 Abs. 3 ZGB zu qualifizieren ist (Urk. 66 S. 17-21, E. 3.1.-3.6.). Die vorinstanzliche Argumentation überzeugt in jeder Hinsicht, weshalb auf sie zu verweisen ist. Insbesondere bleibt die vorinstanzliche Beurteilung der konkreten Örtlichkeiten nach dem von der Berufungsinstanz durchgeführten Augenschein in jeder Hinsicht stimmig. Hervorgehoben sei hier nochmals das Argument der Vorinstanz, dass der Aufzug in dem erst nachträglich erstellten Hausteil E.\_\_\_\_-Strasse 1a nur deswegen bis in das Kellergeschoss des Hauses 1 geführt worden sein konnte, damit das Haus E.\_\_\_\_-Strasse 1a durch einen Innenzugang erschlossen werden kann. Das musste den Parteien des Abtretungsvertrages von Anfang an klar gewesen sein. Als die Klägerin die Liegenschaft im Jahre 2003 im Sinne eines Erbvorbezuges auf die Beklagte 1 übertrug, gingen die Beteiligten offensichtlich davon aus, dass künftig drei Generationen weiterhin unter einem Dach, aber in zwei Hausteilen leben sollten. Auszuschliessen ist, dass die Vertragsparteien unter solchen Umständen der im dritten Lebensabschnitt stehenden Klägerin verwehren wollten, künftig über den Innenzugang und den Aufzug zu ihrem Hausteil zu gelangen. Solches hätte bei der Bestellung des Wohnrechts vielmehr ausdrücklich gesagt werden müssen, wenn dies die Meinung der Vertragsparteien gewesen wäre. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die beiden Hausteile ohnehin nur teilweise autonom konzipiert sind: So gibt es für beide Hausteile nur einen einzigen Tankraum im Bereich der Garage, der zur einzigen Heizung des Hauses gehört (Prot. II S. 11 und S. 12).

- 17 -

#### **E. 4.5**

Auch bezüglich der Garage geht die Vorinstanz davon aus, dass es sich dabei um eine zum gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmte Einrichtung im Sinne von Art. 777 Abs. 3 ZGB handelt (Urk. 66 S. 21-25, E. 4.1-4.11). Soweit die Vorinstanz die Klage in diesem Punkte gutgeheissen hat, überzeugen ihre Erwägungen auch in diesem Punkte, weshalb auch insoweit auf das vorinstanzliche Urteil zu verweisen ist: Auch hier stimmen die vorinstanzlichen Darlegungen mit den Eindrücken überein, welche die Berufungsinstanz anlässlich des Augenscheins gewonnen hat, denn grundsätzlich sind beide Hausteile auf die Garage, in der bis zu drei Personenwagen Platz finden können, in gleicher Art angewiesen. Der Garage kommt gleichsam die Funktion einer "Klein-Tiefgarage" zu, die eben der gesamten Liegenschaft dienen soll. Bezüglich der Garage im Hause E.\_\_\_\_-Strasse 1 steht namentlich fest, dass die Klägerin ihr Fahrzeug seit Jahren in der fraglichen Garage geparkt hat (Urk. 66 S. 21 mit Hinweis auf Urk. 15 Rz 21). Im Laufe des in der Folge zwischen den Parteien ausgebrochenen Streits liessen die Beklagten durch ihren Anwalt der Klägerin mit Schreiben vom 21. September 2011 mit Wirkung ab 18. September 2011, 17.00 Uhr, gar ausdrücklich einen Parkplatz in der Garage zuweisen (Urk. 66 S. 21 f. mit Hinweis auf Urk.

26/9). Der Vorinstanz ist daher ohne weiteres zu folgen, wenn sie aus diesen Vorgängen schliesst, dass die Parteien "klar und jahrelang davon ausgegangen sind, dass die Garage zur Mitbenutzung durch die Klägerin bestimmt ist", weshalb der betroffene Gebäudeteil (Tiefgarage) als Einrichtung im Sinne von Art. 777 Abs. 3 ZGB zu qualifizieren ist (Urk. 66 S. 22). Diese Schlussfolgerung liegt im Übrigen ganz auf der Linie von Art. 738 Abs. 2 ZGB, nach welcher Bestimmung sich der Umfang beschränkt dinglicher Rechte auch aus der Art ergeben kann, wie sie während längerer Zeit und unangefochten ausgeübt worden sind. Den Hausteil E.\_\_\_\_-Strasse 1a liess die Klägerin in einem Zeitpunkt erstellen, in dem sie Alleineigentümerin der Liegenschaft war. Als die Klägerin die Liegenschaft an ihre Tochter abtrat, benutzte sie die Garage im Sinne einer Einrichtung, die beiden Hausteilen zur Verfügung stand. Hätten die nah verwandten Vertragsparteien das anlässlich der Begründung des Wohnrechts anders gewollt, so hätten sie das angesichts der tatsächlichen Gegebenheiten ausdrücklich sagen müssen. Sie haben das nicht getan.

- 18 -

#### **E. 4.6**

Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass sowohl die Verbindung zwischen Garage und Aufzug des Hauses E.\_\_\_\_-Strasse 1a als auch die Garage selbst Einrichtungen sind, die im Sinne von Art. 777 Abs. 3 ZGB zum gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmt sind. Was die Beklagten mit der Berufung dagegen vortragen, schlägt nicht durch:

##### **E. 4.6.1**

Die Beklagten meinen, dass in beiden Hausteilen alle Infrastrukturen, welche für ihre Benutzung notwendig seien, vorhanden seien (Urk. 65 Rz 35). Das ist nur teilweise richtig, verfügen die beiden Hausteile doch nur über einen einzigen Tankraum und auch nur über eine einzige Heizung (vgl. Prot. II S. 11 und 12). Im Übrigen ändert das nichts daran, dass auch dann, wenn beide Hausteile als "in sich abgeschlossene, voneinander unabhängige Wohneinheiten" zu betrachten sind, sowohl Durchgang als auch Garage dem gemeinschaftlichen Gebrauch im Sinne von Art. 777 Abs. 3 ZGB dienen. Andernfalls wäre nicht der Aufzug im Hause E.\_\_\_\_-Strasse 1a bis auf die Ebene des Kellergeschosses des Hauses E.\_\_\_\_-Strasse 1 hinuntergeführt worden. Eine überzeugende Erklärung, die einen andern Schluss zuliesse, vermögen die Beklagten nicht zu geben. Wenn die Beklagten ausführen, dass solche bauliche Massnahmen oft zum Anlass genommen würden, "für mögliche alternative Nutzungen vorzusorgen" (vgl. Urk. 65 Rz 51), dann erklären sie nicht, welches denn diese "alternative Nutzung" hier konkret hätte sein sollen. Es war die Klägerin, welche vor der Abtretung der Liegenschaft an ihre Tochter die heute bestehende Liftführung veranlasst hatte. Und es war die Klägerin, die nach erfolgtem Umbau die Liegenschaft ihrer Tochter abtrat, um sich künftig auf ein blosses Wohnrecht zu beschränken. Dass die Liftführung im "Stöckli" der Klägerin einem erleichterten Zugang zu ihrem Hausteil dienen sollte, ist unter diesen Umständen offensichtlich. Die Meinung der Beklagten (vgl. Urk. 65 Rz 5), dass es "logisch unmöglich sei", dass Teile des früheren bestehenden Hausteils E.\_\_\_\_-Strasse 1 zu gemeinschaftlichen Einrichtungen beider Hausteile werden konnten, ist nicht nachzuvollziehen. Erstellt wurde der Hausteil E.\_\_\_\_-Strasse 1a durch die Klägerin, welche Alleineigentümerin der gesamten Liegenschaft war. Dass bei Bestellung eines Wohnrechtes für den Neubau im Rahmen der Abtretung der Liegenschaft durch die Klägerin auch Teile des Altbaus als "zum gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmte Einrichtungen" gemäss

- 19 - Art. 777 Abs. 3 ZGB in Anspruch genommen werden können, liegt vielmehr auf der Hand. Das gilt so sehr für den Aussenzugang wie auch für den Innenzugang und die Gargage.

#### **E. 4.6.2**

Abwegig ist sodann die mit der Berufung vorgetragene Argumentation der Beklagten, die Vorinstanz habe über den Umweg der Definition der "zum gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmten Einrichtungen" der Klägerin ein faktisches Weg- oder Durchgangsrecht durch den nicht mit dem Wohnrecht belasteten Hausteil E.\_\_\_\_-Strasse 1 zugestanden. Dafür hätte es nach dem Dafürhalten der Beklagten einer separaten Dienstbarkeit bedurft (Urk. 65 Rz 41). Der Hausteil E.\_\_\_\_-Strasse 1a wurde von der Klägerin erstellt, als sie Alleineigentümerin der ganzen Liegenschaft war. In dieser Eigenschaft hat sie den Aufzug des Hauses E.\_\_\_\_-Strasse 1a bis in das Kellergeschoss des Hauses E.\_\_\_\_-Strasse 1 hinuntergezogen. Das machte nur Sinn, wenn von dort die Verbindung zur Garage durch das Kellergeschoss des Hauses E.\_\_\_\_-Strasse 1 gewährleistet war. Dieses Kellergeschoss sollte daher künftig beiden Hausteilen als Verbindung zur Garage dienen. Weshalb dafür eine über das Wohnrecht hinausreichende separate Dienstbarkeit hätte errichtet werden sollen, als sich die Klägerin dazu entschloss, das ganze Haus im Sinne eines Erbvorbezuges der Beklagten 1 abzutreten, ist nicht einzusehen. Als Rechtsgrundlage für den Durchgang vom Hause E.\_\_\_\_-Strasse 1a zur Garage dient Art. 777 Abs. 3 ZGB voll- auf.

#### **E. 4.6.3**

Die Beklagten anerkennen zwar, dass ihre Mutter und Schwiegermutter auf Pflege angewiesen ist. Sie monieren indessen mit der Berufung, dass die von der Klägerin in Anspruch genommenen Pflegepersonen diese "am Arm" begleiteten, wenn die Klägerin ihren Hausteil für Arztbesuche, den Besuch des Coiffeurs und den Besuch der Tagesklinik verlassen müsse. Würde das Begehren auf einen Innendurchgang gutgeheissen, so würden diese Pflegepersonen den Innendurchgang mit der Klägerin ebenfalls begehen können (Urk. 65 Rz 54). Die Beklagte 1 ist zunächst daran zu erinnern, dass sie die Personaldienstbarkeit nicht irgendetwem eingeräumt hat, sondern ihrer eigenen Mutter, und zwar im Gegenzug zur Übertragung der ganzen Liegenschaft. Steht der Innenzugang im Sinne von

- 20 - Art. 777 Abs. 3 ZGB im gemeinschaftlich genutzten Gebrauch, dann steht er selbstverständlich nicht nur der Klägerin offen, sondern auch Personen, welche die Klägerin besuchen oder betreuen. Im Übrigen bestätigen die Beklagten mit dieser Argumentation, dass die Klägerin seinerzeit bei der Erstellung des Hausteils E.\_\_\_\_-Strasse 1a mit gutem Grund auf der Höhe des Kellergeschosses des Hauses E.\_\_\_\_-Strasse 1 einen Zugang zum Aufzug errichten liess. Die Beklagten werden daher akzeptieren müssen, dass der Durchgang auch von Betreuungspersonen der Klägerin benutzt wird.

#### **E. 4.7**

Die Beklagten beanstanden mit ihrer Berufung die vorinstanzliche Argumentation überdies in verschiedenen weiteren Punkten. So werfen sie der Vorinstanz vor, sie habe die "örtlichen Gegebenheiten" falsch verstanden (Urk. 65 Rz 21-25).

##### **E. 4.7.1**

So machen die Beklagten geltend, dass der Innenzugang durch ihre Waschküche führe, wo mitunter ihre persönliche Wäsche aufgehängt sei (Urk. 65 Rz 22). Es ist nicht zu erkennen,

wo denn hier das Problem liegen soll. Durchaus zu Recht wies die Vorinstanz darauf hin, dass es bei Mietwohnungen üblich sei, dass eine Waschküche von verschiedenen Parteien gemeinsam benutzt wird. Eine Waschküche sei denn auch "keine speziell private Räumlichkeit". Die Benutzung des Innenzugangs durch die Klägerin bedeute für die Beklagten keinerlei Nutzungseinschränkung (Urk. 66 S. 20 f.). Was die Beklagten mit der Berufung gegen diese Argumentation vortragen (Urk. 65 Rz 47 f.), ist haltlos. Die Waschküche ist und bleibt ein Nebenraum, der nicht zur eigentlichen Wohnung der Beklagten gehört. Bezüglich solcher Räume ist den Beklagten ein Durchgangsrecht der Klägerin zuzumuten.

#### **E. 4.7.2**

Weiter führen die Beklagten ins Feld, dass sich im Kellergeschoss des Hausteils E.\_\_\_\_-Strasse 1 Geschäftsräume der Gesellschaften "J.\_\_\_\_ GmbH" und der "K.\_\_\_\_ AG" sowie ihre privaten Bastel- und Kellerräume befänden. Ferner sei der Gangbereich des Kellergeschosses mit Teppichen sowie Kommoden, Schränken, Beistelltischen, Sportgeräten und privaten Gegenständen ausgestattet und werde von den Beklagten "regal genutzt" (Urk. 65 Rz 22). Auch diese Vorbringen vermögen zu keiner andern Sichtweise zu führen: Die erwähn-

- 21 - ten und von den Beklagten beherrschten Gesellschaften (vgl. Handelsregisterauszüge Urk. 86 und 87) benützen keine eigentlichen Geschäftsräumlichkeiten mit zugehöriger Infrastruktur. Ihnen wurden von den Beklagten lediglich einfache Bastelräume im Bereiche ihres Kellergeschosses zugewiesen (vgl. Prot. II S. 13). Nicht einzusehen ist, weshalb die Beklagten nicht einfach an den Türen der ihren beiden Handelsgesellschaften zugewiesenen Räume sowie an den Türen ihrer anderen Bastel- und Kellerräumlichkeiten taugliche Schlösser anbringen, so wie sie das an der Zugangstüre zwischen Garage und Hausteil E.\_\_\_\_-Strasse 1 sowie an der Türe zum Vorraum zum Hausteil E.\_\_\_\_-Strasse 1a getan haben. Dass sie den sog. "Vorplatz" im Kellergeschoss mit irgendwelchem Hausrat überstellt haben (vgl. Prot. II S. 13 f.), ändert nichts daran, dass es sich beim ganzen fraglichen Geschoss um Kellerräumlichkeiten und damit um Nebenräume handelt. Den Beklagten stünde es im Übrigen frei, an der Treppe zwischen Kellergeschoss und ihrem Wohnbereich (vgl. Prot. II S. 15 Mitte) eine Türe anzubringen, um sicherzustellen, dass niemand ohne Befugnis ihren Wohnbereich betritt.

#### **E. 4.7.3**

Die Beklagten werfen der Vorinstanz sodann vor, sie habe die Konfliktsituation zwischen den Beklagten einerseits und dem Lebenspartner und andern Hausgenossen der Klägerin andererseits nicht berücksichtigt (Urk. 65 Rz 26-30 und Urk. 65 Rz 53 f.). Die Klägerin verharmlose zwar den Konflikt, doch sei unbestritten, dass diese persönlichen Spannungen "zwischen dem Lebenspartner der Berufungsbeklagten und den Berufungsklägern das Zusammenleben der Parteien äusserst belasten". Der Konflikt äussere sich "in unzähligen verbalen Auseinandersetzungen und Drohungen ..., in welche nicht nur die Berufungskläger und deren Kinder, sondern auch weitere Personen, darunter die Schwester und eine Freundin der Berufungsbeklagten involviert seien". Hierfür sei von den Beklagten nebst der Parteibefragung auch der Zeugenbeweis offeriert worden. Ferner sei von ihnen geltend gemacht worden, "dass latent sogar die Gefahr eines körperlich ausartenden Konflikts drohe". Der Streit zwischen dem Lebenspartner der Klägerin einerseits und den Beklagten andererseits sei vor Vorinstanz "als der zentrale Auslöser des

vorliegenden Verfahrens bezeichnet" worden.

- 22 - Mit dieser Argumentation geraten die Beklagten von der sachenrechtlichen Ebene auf die Ebene der Persönlichkeitsverletzung. Der Umstand allein, dass Nachbarn sich nicht vertragen, vermag sachenrechtliche Ansprüche nicht auszu- schalten. Demgegenüber dienen dem Schutz der Persönlichkeit die besonderen Instrumente des Zivilrechts, des Strafrechts oder des Verwaltungsrechts. Mit der Berufung wird auf keine konkreten Tatsachenbehauptungen hingewiesen, die ei- nerseits rechtserheblich wären und andererseits von der Vorinstanz übergangen worden sein sollen. Selbst wenn man die mit der Berufung pauschal erwähnten vorinstanzlichen Tatsachenbehauptungen der Beklagten heranzöge, würde die Sache keineswegs konkreter: So führten die Beklagten vor Vorinstanz aus, zwi- schen ihnen und D.\_\_\_\_\_ sei es im Jahre 2011 zu einem heftigen Streit gekom- men, in dessen Verlauf D.\_\_\_\_\_ "den Beklagten unter anderem Vorwürfe zu de- ren privaten und geschäftlichen Ausgabeverhalten machte" (Urk. 15 Rz 11). Damit ist aber noch nicht gesagt, was wirklich geschehen ist. Dazu kommt, dass ein Vor- fall von der Art, wie er beschrieben wurde, für die Beklagten das Nebeneinander- leben mit D.\_\_\_\_\_ indessen noch längst nicht unzumutbar machte. Vage und sehr wenig konkret ist sodann der weitere Hinweis der Beklagten (vgl. Urk. 15 Rz 11), dass sie "aus der Natur dieser Vorwürfe" des D.\_\_\_\_\_ geschlossen hätten, dass sich dieser "in Abwesenheit der Beklagten in deren Privaträumen umgesehen und hierfür den durch die Garage, den Keller und die Privat- und Geschäftsräume der Beklagten führenden Innenzugang benutzt und sich Einblick in deren persönliche und geschäftliche Unterlagen verschafft hatte". Selbst wenn die Beklagten dazu, wie von ihnen vor Vorinstanz verlangt, im Rahmen eines Beweisverfahrens be- fragt würden, bliebe es beim blossen nicht näher substantiierten Verdacht, denn fehlende Tatsachenbehauptungen lassen sich nicht durch Beweisanträge erset- zen. Im Übrigen wurde den Beklagten von der Vorinstanz bereits die zutreffende Antwort erteilt, indem sie ihnen auseinandersetzte, dass es ihnen "ein Leichtes" wäre, "ihre Geschäftsgeheimnisse vor der Klägerin zu schützen, indem sie die Tü- ren zu den Büros der eingemieteten Gesellschaften abschliessen" (Urk. 66 S. 20). Dazu äussert sich die Berufung aber nicht. Nicht hilfreicher sind sodann die Hin- weise in der erstinstanzlichen Duplik, wonach es ab 2011 "zu unzähligen verbalen Auseinandersetzungen und Drohungen zwischen den Parteien" gekommen sei,

- 23 - welcher Zustand bis heute andauere (Urk. 24 Rz 17). Die Beklagten übersehen auch hier, dass Beweisanträge Tatsachenbehauptungen nicht zu ersetzen ver- mögen. Über derart unsubstantiierte Vorbringen, die konkrete Behauptungen vermessen und statt dessen alles offen lassen, kann kein Beweis abgenommen werden. Auch die weiteren im Allgemeinen verbleibenden Hinweise, dass es in den letzten Jahren zu zahlreichen Diskussionen betreffend die Nutzung der Gara- ge gekommen sei (Urk. 24 Rz 18), ändern am Gesagten nichts. So oder anders werden die Parteien sich damit abzufinden haben, dass sie nun einmal unter dem gleichen Dache leben. Für diesen Lebensentwurf haben sich im Jahre 2003 Mut- ter und Tochter durch den Abschluss eines Abtretungsvertrages mit der damit verbundenen Bestellung eines Wohnrechts entschlossen. Mit dem blossen Hin- weis auf Unverträglichkeiten lässt sich die damals begründete Nutzungsordnung nicht ändern.

#### **E. 4.8**

Zusammenfassend sind die Beklagten gehalten, der Klägerin im Sinne von Art. 777 Abs. 3 ZGB den Durchgang zum Aufzug zwischen Garage und Haus E.\_\_\_\_\_-Strasse 1a zu gewähren. Ferner haben sie gestützt auf die gleiche Be- stimmung der Klägerin die

Möglichkeit zu geben, die Garage mitzubedenutzen. Die Nutzungseinschränkungen gemäss vorinstanzlichem Urteil blieben unangefochten. Unter diesen Umständen ist die Berufung bezüglich der Hauptklage abzuweisen; Dispositiv-Ziff. 1 und 2 des angefochtenen Urteils sind daher zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

#### **E. 5**

Widerklage Mit der Widerklage verlangen die Beklagten, dass der Klägerin zu verbieten sei, ihr Fahrzeug in der Garage an der E.\_\_\_\_-Strasse 1 abzustellen. Die Vorinstanz hat die Widerklage zwar mit der Begründung abgewiesen, dass die Mitbenutzung der Garage durch die Klägerin eine durch das Wohnrecht der Klägerin gedeckte Einwirkung auf das Eigentum der Beklagten darstelle (Urk. 66 S. 25). Die Beklagten halten mit der Berufung an ihrer Widerklage fest (Urk. 65 Rz 60 f.). Angesichts des Umstandes, dass die Hauptklage bezüglich der Garage grundsätzlich gutzuheissen ist, ist die Berufung in diesem Punkte unter Hinweis auf die

- 24 - Begründung der Vorinstanz ohne weiteres abzuweisen; Dispositiv-Ziff. 4 des angefochtenen Urteils ist daher zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

#### **E. 6**

Die beiden Beklagten werden unter Solidarhaftung verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.00 zu bezahlen.

##### **E. 6.1**

Bei diesem Prozessausgang werden die Beklagten grundsätzlich gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO kosten- und entschädigungspflichtig. Die Vorinstanz geht unangefochten von einem Streitwert von Fr. 39'000.00 aus (vgl. Urk. 66 S. 8, 26 f.). Von diesem Streitwert ist auch für das obergerichtliche Verfahren auszugehen. Für das obergerichtliche Verfahren wird von der Klägerin die Berücksichtigung der Mehrwertsteuer verlangt. Dem ist zu entsprechen.

##### **E. 6.2**

Mit ihrem Eventualantrag verlangen die Beklagten allerdings, dass die erstinstanzlichen Prozesskosten den Parteien je hälftig aufzuerlegen seien. Sie begründen das damit, dass die Klägerin unentschuldigt nicht zur Instruktionsverhandlung vom 8. Dezember 2016 erschienen sei. Diese Instruktionsverhandlung sei nutzlos gewesen (Urk. 65 Rz 56). Die von den Beklagten vertretene Auffassung ist haltlos. Richtig ist zwar, dass die Klägerin entgegen der gerichtlichen Vorladung nicht zur Instruktionsverhandlung vom 8. Dezember 2016 erschien. Zu dieser Verhandlung erschien aber ihre Anwältin, welche das Arztzeugnis von Dr. med. L.\_\_\_\_ vom 5. Dezember 2016 vorlegte, mit dem bescheinigt wurde, dass die Klägerin den Gerichtstermin aus gesundheitlichen Gründen nicht wahrnehmen könne (Prot. I S. 11; Urk. 39). Weiter steht fest, dass bei der Klägerin gemäss einem Bericht ihrer Hausärztin vom 4. Januar 2016 bereits Anfang 2016 erhebliche kognitive Einschränkungen zu verzeichnen waren (Urk. 49 S. 2). Schliesslich hat die KESB des Bezirks Meilen mit ihrem bei den Akten liegenden Beschluss vom 22. Dezember 2016 (Urk. 82/2) nur deshalb von der Errichtung einer umfassenden Beistandschaft abgesehen, weil die Klägerin ihrem Lebenspartner einen Vorsorgeauftrag erteilt hatte. Dieses Verfahren bei der KESB wurde notabene von der Beklagten 1 initiiert (Urk. 49), weshalb die Beklagten im Zeitpunkt der Instruktionsverhandlung bestens über die gesundheitlichen Schwierigkeiten der Klägerin orientiert waren. Ihr Antrag betreffend die Regelung der Kostenfolgen erweist sich daher im Sinne von

- 25 - Art. 52 ZPO als gegen Treu und Glauben verstossend. Ohne weiteres ist davon auszugehen, dass die Teilnahme der Klägerin an der fraglichen Gerichtsverhandlung undenkbar war, was die Beklagten zweifellos wussten. Für die Klägerin war der Prozess daher einzig durch ihre Anwältin zu führen. Keine Rede kann davon sein, dass die Verhandlung vor Bezirksgericht nutzlos gewesen wäre: Der bezirksgerichtliche Referent hatte den Parteien jedenfalls seine Sicht der Dinge erörtert und führte mit ihnen Vergleichsgespräche (Prot. I S. 14 f.); das war gerade wegen der zwischen den Parteien bestehenden familiären Bande wichtig. Dass es schliesslich zu keinem Vergleich kam, tut nichts zur Sache. Damit gibt es keinen Anlass, die Kostenfolgen auch für das erstinstanzliche Verfahren anders zu regeln als nach Obsiegen und Unterliegen.

### **E. 6.3**

Die Beklagten beanstanden weiter, dass die Vorinstanz bei der Bemessung der Parteientschädigung 8% Mehrwertsteuer berücksichtigt habe, obwohl dies von der Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren nicht verlangt worden sei (Urk. 65 Rz 55). Die Klägerin widerspricht dem mit der Berufungsantwort nicht (Urk. 73 S. 11 f.). Praxisgemäss ist die Mehrwertsteuer nur zu berücksichtigen, wenn dies von einer anwaltlich vertretenen Partei ausdrücklich verlangt wird. Unter diesen Umständen ist die Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren auf Fr. 5'400.00 zu reduzieren. Diese minimale Korrektur am vorinstanzlichen Urteil rechtfertigt keine weitere Korrektur der Kosten- und Entschädigungsfolgen.

### **E. 6.4**

Zusammenfassend ergibt sich, dass bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolgen die Dispositiv-Ziff. 5, 6 und 7 des angefochtenen Urteils zu bestätigen sind. Demgegenüber ist die Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren neu festzusetzen.

### **E. 6.5**

Für das obergerichtliche Verfahren hat die Klägerin die Berücksichtigung der Mehrwertsteuer verlangt (Urk. 73 S. 2). Mit der Vorinstanz ist von einer Grundgebühr von Fr. 6'000.00 auszugehen. Sie ist zu reduzieren, weil es um ein Rechtsmittelverfahren geht und angemessen zu erhöhen wegen des durchgeführten Augenscheins. Es rechtfertigt sich daher, die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren auf Fr. 4'500.00 festzusetzen (unter Berücksichtigung der Mehrwertsteuer).

- 26 - Es wird erkannt: 1. Bezüglich der Haupt- und der Widerklage wird die Berufung abgewiesen und die Dispositiv-Ziff. 1, 2 und 4 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 26. September 2017 werden bestätigt. 2. Bezüglich der erstinstanzlichen Gerichtskosten und der Kosten des Schlichtungsverfahrens (Dispositiv-Ziff. 5, 6 und 7) wird das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 26. September 2017 bestätigt. 3. Die Beklagten 1 und 2 werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'400.00 zu bezahlen. 4. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 6'500.00 festgesetzt. Die weiteren Kosten betragen: Eigentümergebrauch: Fr. 25.00 Kosten des Augenscheins: Fr. 6.20 Total Kosten: Fr. 6'531.20 5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den beiden Beklagten je zur Hälfte unter Solidarhaftung auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.

### **E. 7**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an die Klägerin unter Beilage des Doppels von Urk. 91) sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

- 27 -

### **E. 8**

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 39'000.00. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 29. Mai 2018

Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende:

Dr. L. Hunziker Schnider Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Nietlispach

versandt am: sf

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