

ZH_OBERGERICHT NE150002 vom 26. November 2015

ZH Obergericht, 2015-11-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NE150002

FR: ZH_OBERGERICHT NE150002 du 26 novembre 2015

IT: ZH_OBERGERICHT NE150002 del 26 novembre 2015

Erwägungen

E. 1

Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). 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 (Reetz/Theiler, in: ZPO-Komm. Sutter-Somm et al., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich 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. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler, Dike-Komm-ZPO, Art. 311 N 36 ff.). Die Begründung ist eine gesetzliche, von Amtes wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung. Fehlt sie, so tritt das obere kantonale Gericht nicht auf die Berufung ein (BGer 4A_611/2011 vom 7. Dezember 2011, E. 3). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungsklä-

- 15 - ger hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinandersetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6).

E. 2

Der Beklagte hat mit der Anschlussberufungsantwort beantragt, es sei im Sinne einer vorsorglichen Beweisabnahme vor einer Berufungsverhandlung oder vor Fällung eines

Berufungsentscheid durch das Obergericht ein Augenschein, eventuell – je nach Ergebnis dieses Augenscheins – auch noch die Befragung von Zeugen durchzuführen sowie eine Expertise über das Alter der strittigen Bauteile einzuholen. Zudem sei dem Kläger Frist zur Einreichung einer vollständigen Kopie seines Kaufvertrags vom 27. November 2009 (Urk. 97/5) anzusetzen (Urk. 101 S. 2). Eine vorsorgliche Beweisabnahme dränge sich auf, weil der Beklagte [recte: Kläger] seit einiger Zeit eigenmächtig Bauarbeiten in seiner Haushälfte durchführe, zahlreiche Abbrüche vornehme und so den althergebrachten Zustand der Gebäulichkeiten zerstöre oder zumindest nachhaltig verändere, was die Beweismittel des Beklagten, insbesondere Augenschein und Expertise, gefährde. Der Beklagte habe sich bisher auf öffentlichem Wege gegen die eigenmächtige Ausführung von Bauarbeiten gewehrt. Mit Verfügung vom 18. Juni 2015 habe der Bauvorsteher von D._____ dem Gesuch, die Bewilligung für die Bauarbeiten zu widerrufen und die Bauarbeiten zu stoppen, stattgegeben (Urk. 101 S. 3 f.; Urk. 103/2). Bezüglich des vollständig einzureichenden Kaufvertrags führte der Beklagte aus, es könne weder dem Gericht noch dem Beklagten zugemutet werden, sich mit „Auszügen“ von Dokumenten, zumal eines derart wichtigen, zu begnügen. Ein solches Verhalten widerspreche auch Treu und Glauben und dem Grundsatz eines fairen Prozessverhaltens (Urk. 101 S. 4 f.). Der Kläger hat sich

- 16 - den Anträgen des Beklagten widersetzt, soweit er zu ihnen Stellung nahm (Urk. 108). Gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Der Beklagte macht eine Gefährdung der Beweismittel geltend. Indessen räumt er ein, dass inzwischen der Bauvorsteher von D._____ die Einstellung der Bauarbeiten durch den Kläger verfügt hat. Eine andauernde Gefährdung der Beweismittel ist daher nicht glaubhaft gemacht. Das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung ist abzuweisen. Den Kaufvertrag zwischen dem Kläger und G._____ vom 27. November 2009 hatte der Beklagte bereits mit der Klageantwort/Widerklagebegründung auszugsweise ins Recht gelegt (Urk. 44/16) und die Edition des vollständigen Kaufvertrags verlangt (Urk. 43 S. 19). Mit dem vom Kläger eingereichten Auszug scheint der Vertrag nun vollständig vorzuliegen. Sollte dies nicht der Fall sein und der Vertrag beweisrelevant sein, wäre die vollständige Edition in einem allfälligen Beweisverfahren anzuordnen.

E. 3

A., Zürich 1979, S. 13). Unklare, widersprüchliche, unbestimmte oder offensichtlich unvollständige Behauptungen sind vom Gericht aufgrund der richterlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) zu klären, wenn die Behauptungen immerhin in andeutungsweiser Form erfolgt sind oder wenn Laien nicht in der Lage sind, entsprechende Behauptungen aufzustellen (Leuenberger, Dike-Komm-ZPO, Art. 221 N 44, m.w.H.). Die richterli-

- 27 - che Fragepflicht – insbesondere auch die verstärkte Fragepflicht im vereinfachten Verfahren gemäss Art. 247 Abs. 1 ZPO – hängt von den konkreten Umständen ab, namentlich von der Schwierigkeit des Falles und den Kenntnissen der Parteien und ihrer allfälligen juristischen Vertretung. Gegenüber anwaltlich vertretenen Parteien ist die Fragepflicht nur mit Zurückhaltung anzunehmen, dies auch, um die Gefahr zu vermeiden, parteilich zu instruieren. Die Fragepflicht darf nicht dazu dienen, prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen (Bger 4A_57/2014, E. 1.3.2; 5A_705/2013, E. 3.3.3). d) Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung sind die Parteien ihrer Substantiierungspflicht weitestgehend nachgekommen: aa) Zum Rechtsbegehren Ziff. 1 a hatte

der Kläger in der Klagebegründung ausgeführt, die beiden jeweiligen Grundstückeigentümer des Wohnhauses hätten sich bereits vor dem 1. Januar 1912 gegenseitig Zugangsrechte und Benutzungsrechte von gemeinsamen Anlagen gewährt. Der Eintrag dieser Rechte zugunsten und zulasten der Grundstücke der Parteien (Kat.-Nr. 1 und 3) mit einer Kostenklausel („Die Kosten für Unterhalt, Reinigung und Erneuerung dieser gemeinschaftlichen Anlagen tragen die beteiligten Eigentümer je zur Hälfte.“) sei von den Parteien gegenseitig entschädigungslos zu dulden. Dagegen sei der Beklagte zu verpflichten, die nach dem 1. Januar 1912 ohne Baubewilligung und ohne Zustimmung des damaligen Eigentümers der anderen Wohnhaushälfte vorgenommenen Ausbauten zurückzubauen (Urk. 35 S. 7 f.). In rechtlicher Hinsicht führte der Kläger diesbezüglich aus, der Beklagte habe kein Recht, die ausserordentliche Ersitzung irgendwelcher nicht im Grundregister eingetragener Überbaurechte geltend zu machen (Urk. 35 S. 14 f.). Der Beklagte erachtete die im 2. Obergeschoss betroffene Wegfläche als viel zu weit gezogen. Es habe im 2. Obergeschoss nie einen durchgehend bis zum mittleren Fenster auf der Strassenseite führenden Hausgang gegeben. Dieses Fenster gehöre nicht zum gemeinschaftlichen Gangbereich, sondern zum 17. Zimmer, an dem der Beklagte ein Überbaurecht beanspruche. Dieses Zimmer sei seit jeher der Haushälfte des Beklagten zugeschlagen worden und seit Erwerb

- 28 - der Haushälfte im Jahre 1908 von dessen Familie bewohnt worden. Der Kläger könne kein weitergehendes Wegrecht beanspruchen, als es in dem ihm bekannten physischen Zustand der Liegenschaft nach aussen sichtbar in Erscheinung trete. Im Zuge des Umbaus im Jahre 1972 sei der Eingangsbereich zur Wohnung des Beklagten im 2. Obergeschoss mit Zustimmung von F._____ gegen die Hausmitte verbreitert und gleichzeitig im hinteren Geschossbereich eine Nasszelle eingebaut und die schräge Trennwand über die Grenze verschoben worden, um die Nasszelle mit einer Türe zugänglich zu machen. (Urk. 43 S. 7 f. und S. 24 f.). Für die vor dem 1. Januar 1912 entstandenen Rechtsverhältnisse machte der Beklagte geltend, sie basierten entweder auf Grundprotokoll- und Grundregistereinträgen aus der Zeit vor 1912 oder gründeten auf Umständen, bei denen nach früherem kantonalem Recht Dienstbarkeiten ohne Eintragung im Grundprotokoll hätten begründet werden können, indem sie sich in einer auf dem Grundstück sichtbaren Einrichtung dargestellt hätten (§ 245 PGB). Solche Dienstbarkeiten hätten zudem auch durch zehnjährigen ununterbrochenen und unwidersprochen fortgesetzten Besitz ersessen werden können (§ 246 Abs. 1 PGB; Urk. 43 S. 22 f.). Für die Zusprechung eines Überbaurechts für das 17. Zimmer und für die Nasszelle berief sich der Beklagte überdies auf Art. 674 Abs. 3 ZGB, wonach dem Überbauenden, der sich in gutem Glauben befindet, gegen angemessene Entschädigung das dingliche Recht auf den Überbau zugewiesen werden kann, wenn der Verletzte nicht rechtzeitig Einspruch gegen den unberechtigten Überbau erhoben hat (Urk. 43 S. 34 ff.). Soweit sich die Parteien hinsichtlich gegenseitiger Zugangsrechte und des Fortbestandsrechts für gemeinschaftliche Anlagen im Wohnhaus einig sind, brauchten sie die Rechtsgründe für den Bestand dieser dinglichen Rechte nicht weiter zu substantieren. Behauptet der Beklagte, eine bestimmte Nutzung habe „seit jeher“ bestanden, umfasst diese Behauptung auch die altrechtliche zehnjährige Ersitzungsfrist. Den guten Glauben muss er nicht behaupten; er wird vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Dies galt schon unter dem PBG (§ 76 PBG). Behauptet der Beklagte, ein Überbau sei – nach dem 1. Januar 1912 – von seinem Rechtsvorgänger im Einverständnis mit dem Rechtsvorgänger des Klägers errichtet wor-

- 29 - den, so fehlt es an der Schriftlichkeit des Vertrags zur rechtsgeschäftlichen Begründung eines Überbaurechts als Grunddienstbarkeit (Art. 732 Abs. 1 ZGB; BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 674 N 7). Als Erwerbsgrund kommt aber Art. 674 Abs. 3 ZGB in Frage. bb) Bezüglich der Kellerbenützung im Wohnhaus legte der Kläger in der Klagebegründung dar, dass der Keller nicht entsprechend der Grundstücksgrenze von den Eigentümern genutzt worden sei, sondern aufgeteilt in einen vorderen und einen hinteren Kellerteil. Im Grundprotokoll sei dies – allerdings in ungenauer Form – festgehalten worden (Urk. 35 S. 8 f.). In der Hauptverhandlung vom 26. November 2013 beantragte der Kläger entsprechend dieser Nutzung die Eintragung von Über- und Ausbaurechten für den Keller (Urk. 74 S. 2; Rechtsbegehren Ziff. 1 b). Der Beklagte verlangte darüber hinaus, dass „der schon vor 1912 eingerichtete und bis heute andauernde Charakter der beidseitigen Keller als Naturkeller“ beibehalten werde und die seit jeher bestehende und entlang den aneinandergrenzenden Kellerräumen verlaufende Holzwand fortbestehe. Es sei daher ein gegenseitiges Fortbestandsrecht für Naturkeller und abgrenzende Holzwand als Dienstbarkeit ins Grundbuch einzutragen (Urk. 43 S. 33). Diesem Antrag widersetzte sich der Kläger (Urk. 51 S. 18; Urk. 74 S. 14). Im Berufungsverfahren hat der Beklagte zu Recht vorgetragen, dass das Überbaurecht für die Keller, soweit deren Nutzung das andere Grundstück beschlägt, im vorinstanzlichen Verfahren unbestritten geblieben ist (Urk. 87 S. 23). Die entsprechenden Rechte sind daher im Grundbuch einzutragen. Ob auch die Ausbaurechte einzutragen sind, hängt davon ab, ob der Beklagte mit seinem Standpunkt betreffend Fortbestand des Naturkellers durchdringt (Prot. I S. 20 „Zu Rz. 4“). Die vom Kläger im Berufungsverfahren neu erhobene Behauptung, es sei der damalige (d.h. bei der Neuparzellierung im Jahre 1957) Wille gewesen, dass jeder seine Kellerhälfte neu unter der eigenen Wohnhaushälfte erhalte, ist verspätet und daher unzulässig (Urk. 95 S. 7; Art. 317 Abs. 1 ZPO). Der Beklagte hat geltend gemacht, der Kläger weise im Plan vom Erdgeschoss, den er mit der Anschlussberufung eingereicht hat (Urk. 97/1), die von ihm im Trottenbereich erstellte Abschlusswand nicht mehr aus. Dies zeige, dass die Erstellung dieser Wand widerrechtlich erfolgt sei (Urk.

- 30 - 101 S. 6 f.). Diesem Schluss kann nicht gefolgt werden. Die Pläne dienen zur Visualisierung der gemeinschaftlichen Anlagen; die Wand gehört nicht dazu. Bezüglich des behaupteten Naturkellers mit abgrenzender Holzwand ist nicht ersichtlich, inwiefern der Beklagte seine Substantiierungspflicht verletzt haben soll. cc) Das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 1 c beschlägt die gegenseitigen Durchleitungsrechte im Wohnhaus der Parteien. Der Kläger verwies dazu auf Urk. 36/5 Plan 4. Zur Begründung machte er geltend, die Wasser-, Abwasser- und Fernheizungsleitungen im Wohnhaus beider Parteien würden seit jeher durch beide Grundstücke verlaufen. Bezüglich der Fernheizungsleitung legte er ausführlich dar, weshalb er gestützt auf Art. 691 Abs. 1 ZGB ein Durchleitungsrecht zu haben glaubt (Urk. 35 S. 9 ff.). Der Beklagte hat sich nur gegen letzteres gewehrt, nicht aber gegen die Eintragung der übrigen Durchleitungsrechte (Urk. 43 S. 27 ff.). Diese sind daher in das Grundbuch einzutragen, ohne dass es zusätzlicher Substantiierungen bezüglich ihres Entstehungsgrundes bedürfte. Der Anschluss der Radiatoren in der Wohnhälfte des Klägers ist nach dessen Darstellung nach dem 3. Januar 2006 erfolgt. Der Kläger hat den Nichteintretensentscheid der Vorinstanz (Dispositiv Ziff. 1) nicht angefochten. Der Beklagte ist diesbezüglich nicht beschwert, soweit es um das Durchleitungsrecht für Fernheizung geht. Auf dessen Berufung gegen Dispositiv Ziff. 1 ist daher insofern nicht einzutreten. Es bleibt damit bezüglich des vom Kläger geltend gemachten Durchleitungsrechts für Fernheizung beim Nichteintreten der Vorinstanz. Der Kläger hat

diesbezüglich auch nicht Anschlussberufung erhoben. Auf die Behauptung des Beklagten, der Kläger habe daher implizit anerkannt, kein dingliches Recht an der Durchleitung der Fernheizung zu haben, ist nicht weiter einzugehen (Urk. 101 S. 9). dd) Mit Rechtsbegehren Ziff. 4 bezweckte der Kläger die Eintragung eines Fuss- und Fahrwegrechts zulasten des gemeinsamen Grundstücks Kat.-Nr. 13 der Parteien und zugunsten der Grundstücke Kat.-Nr. 1 und 6 des Klägers sowie zugunsten der Grundstücke Kat.-Nr. 3, 11 und 9 des Beklagten (Rechtsbegehren

- 31 - Ziff. 4 lit. a; Urk. 75/1, Plan 1), ebenso die Eintragung von Durchleitungsrechten zugunsten und zulasten des gemeinsamen Grundstücks der Parteien und ihrer vorgenannten Grundstücke (Rechtsbegehren Ziff. 4 lit. b; Urk. 75/1, Plan 3). Der Beklagte wiederum verlangte die Eintragung eines „ungehinderten Fusswegrechts auf Kellertreppe“ und eines „ungehinderten Fusswegrechts als Zugang von Haus- eingang zu Kellertreppe“, dies zugunsten seines Grundstücks Kat.-Nr. 3 und zu- lasten des gemeinsamen Grundstücks Kat.-Nr. 13 (Widerklagebegehren Ziff. 5). Ebenfalls verlangte der Beklagte die Eintragung eines Fuss- und Fahrwegrechts zugunsten seines Grundstücks Kat.-Nr. 9 und zulasten des Grundstücks Kat.-Nr. 13, ein „Überbaurecht für Dachvorsprung“ zugunsten seines Grundstücks Kat.-Nr. 11 und zulasten des Grundstücks Kat.-Nr. 13 sowie „Durchleitungsrechte für Wasserleitungen“ zugunsten der Grundstücke Kat.-Nr. 3, 9 und 11 und zulasten der Grundstücke Kat.-Nr. 1 und 13 (Widerklagebegehren Ziff. 6). Der Kläger begründete seine mit dem ersten Parteivortrag an der Hauptver- handlung vom 26. November 2013 neu gestellten Anträge damit, dass diese neu- en gegenseitigen Dienstbarkeiten erst im Rahmen der Vergleichsgespräche im Juni 2013 zur Sprache gekommen und zwischen den Parteien nicht streitig seien. Das Fuss- und Fahrwegrecht auf dem Grundstück Kat.-Nr. 13 habe schon vor 1912 bestanden (Urk. 74 S. 6 und 13). Der Beklagte widersetzte sich einem Fusswegrecht zugunsten der Grundstücke Kat.-Nr. 1 und 3 und zulasten von Kat.- Nr. 13 nicht. Er vertrat aber die Auffassung, da das letztgenannte Grundstück im unselbständigen Miteigentum der beiden Grundeigentümer stehe, sei die gemein- schaftliche Wegfläche von Gesetzes wegen immer untrennbar mit den beiden Haushälften verbunden. Es brauche keine entsprechende Eintragung in das Grundbuch. Der Eintragung eines Fusswegrechts zugunsten des Grundstücks Kat.-Nr. 9 (und zulasten Kat.-Nr. 13) stimmte der Beklagte zu; er habe dies selber auch beantragt. Dem Antrag auf Einräumung eines Fuss- und Fahrwegrechts zu- gunsten der klägerischen Liegenschaft Kat.-Nr. 34 [recte: 6] stimmte der Beklagte nur insofern zu, als es die bestehenden Gebäulichkeiten betreffe. Das Grundstück Kat.-Nr. 34 [recte: 6] erstrecke sich in viel weiterem Umfang über diese Gebäude hinaus und besitze einen eigenen rückwärtigen Zugang. Es sei nicht auf dieses

- 32 - Fuss- und Fahrwegrecht angewiesen. Das Rechtsbegehren Ziff. 4 lit. b sei viel zu unbestimmt. Es werde nicht gesagt, für welche Art von Medien Durchleitungsrech- te verlangt würden und wo diese Leitungen durchgehen sollten. Auf den Antrag sei nicht einzutreten (Prot. I S. 19). Die mit der Widerklagereplik neu geltend ge- machten Dienstbarkeiten (Rechtsbegehren Ziff. 6) hat der Beklagte eingehend begründet (Urk. 76 S. 15 ff., S. 19 f.). Bereits in der Widerklagebegründung hatte er sein Rechtsbegehren Ziff. 5 begründet (Urk. 43 S. 40). Der Kläger wiederum monierte, es könne nicht sein, dass dem Beklagten für sein Grundstück Kat.-Nr. 28 ein Fuss- und Fahrwegrecht eingeräumt werde, für das Grundstück Kat.-Nr. 6 des Klägers aber nicht. Es werde ja nicht bestritten, dass dieses Fuss- und Fahr- wegrecht bereits seit jeher, also seit 1912, für sämtliche Grundstücke

bestanden habe, da ja sonst die Gebäulichkeiten von Kat.-Nr. 6 gar nicht erschlossen gewesen wären. Zu den Durchleitungsrechten ergänzte der Kläger, im Gegensatz zum Beklagten habe er einen Plan eingereicht und die verschiedenen Leitungen in Kat.-Nr. 13 eingezeichnet. Der Beklagte habe selber eingeräumt, dass der genaue Verlauf dieser neuen Leitungen nicht genau sei [sic], und dies habe der Kläger in seinem Plan Nr. 3 auch so vermerkt. Entweder dürften keine Durchleitungsrechte eingetragen werden oder dann seien sie so einzutragen, wie es der Kläger beantragt habe. Es gehe nicht an, dass sie nur zugunsten der Grundstücke des Beklagten eingetragen würden. Die rechtlichen Ausführungen betreffend Notwegrecht gälten auch für die Grundstücke des Klägers. Er benötige zur Erschliessung seiner Garagen dieses Fuss- und Fahrwegrecht (Prot. I S. 24 f.). Wie bereits erwähnt (IV/1/a), hatte die Vorinstanz den Prozess im ordentlichen Verfahren durchzuführen. Gemäss Art. 230 Abs. 1 ZPO ist eine Klageänderung in der Hauptverhandlung nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind und sie zudem auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht. Ob die Voraussetzungen für eine Klageänderung gegeben sind, ist von Amtes wegen zu prüfen (Leuenberger, in: ZPO-Komm. Sutter-Somm et al., Art. 227 N 12). Wurde nach dem ersten Schriftenwechsel kein zweiter Schriftenwechsel und keine Instruktionsverhandlung durchgeführt, so können neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt

- 33 - vorgebracht werden (Art. 229 Abs. 2 ZPO). In diesem Fall ist eine Klageänderung unter den Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO bis zu Beginn der Hauptverhandlung, also im Rahmen des je ersten mündlichen Parteivortrags zulässig (Leuenberger, a.a.O., Art. 227 N 26). Vorliegend hat die Vorinstanz nach dem ersten Schriftenwechsel zwar zur Instruktions- und Vergleichsverhandlung vorgeladen (Urk. 54), doch fand gemäss Protokoll lediglich eine Vergleichsverhandlung statt und wurde den Parteien keine Gelegenheit gegeben, den Sachverhalt zu ergänzen und neue Anträge zu stellen (Prot. I S. 14 f.). Daher galt die Novenschanke gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO nicht (Pahud, Dike-Komm-ZPO, Art. 229 N 20) und waren die neuen Anträge der Parteien zu Beginn der Hauptverhandlung zulässig, da die Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO (Sachlicher Zusammenhang mit dem bisherigen Anspruch {lit. a} oder Zustimmung der Gegenpartei {lit. b}) ohne weiteres gegeben waren. Bezüglich der geltend gemachten Fuss- und Fahrwegrechte ist nicht ersichtlich, dass sie nicht genügend substantiiert worden sind. Sollte es notwendig sein, dass der Verlauf der vom Beklagten geltend gemachten Wasserdurchleitungsrechte genauer zu bestimmen sind (vgl. Urk. 76 S. 19), wäre von der richterlichen Fragepflicht Gebrauch zu machen. Dagegen hat es der Kläger trotz Substantiierungshinweis der Gegenpartei unterlassen, die beanspruchten Durchleitungsrechte gemäss Rechtsbegehren Ziff. 4 lit. b hinsichtlich der durchzuleitenden Materien genauer zu bezeichnen; diese gehen auch nicht aus dem eingereichten Plan hervor (Urk. 75/1, Plan Nr. 3). Angesichts des Substantiierungshinweises des Beklagten bestand kein Grund für die Ausübung der richterlichen Fragepflicht (Bger 4A_57/2014, E. 1.3.3). Das Rechtsbegehren ist abzuweisen (Glasl, Dike-Komm-ZPO, Art. 55 N 28). Zum beanspruchten „Überbaurecht für Dachvorsprung“ zugunsten des Grundstücks Kat.-Nr. 11 und zulasten des Grundstücks Kat.-Nr. 13 führte der Beklagte aus, es handle sich um den bestehenden Dachvorsprung der Scheune Ass.-Nr. 19. Dieser bestehe seit jeher, sicher seit vor 1912, und rage auf das gemeinschaftliche Grundstück Kat.-Nr. 13. Es handle sich um ein typisches Beispiel

- 34 - einer körperlichen Anstalt (im Sinne von Art. 245 PBG). Der Beklagte berief sich zudem auf Art. 674 Abs. 3 ZGB, falls davon auszugehen wäre, dass der Dachvorsprung erst nach 1912 errichtet worden sei (Urk. 76 S. 18 f.). Der Kläger machte geltend, dass es sich beim Dachvorsprung um einen Ausbau des Beklagten handle, der lange nach dieser Zeit erfolgt sei (Prot. I S. 26). Das Begehren des Beklagten erscheint genügend substantiiert, so dass es materiell zu behandeln ist. ee) Mit dem Widerklagebegehren Ziff. 1 a beantragte der Beklagte die Eintragung eines gegenseitigen Fusswegrechts auf Treppe und Treppenvorplatz zur ehemaligen Trotte gemäss Plan Urk. 44/23. Er begründete dies damit, dass die Verbindung zwischen Wohnhaus und angebauter Treppe seit jeher über eine gemeinsame Treppe erfolgt sei. Die Treppe samt Treppenvorplatz sei heute noch in ihrer alten physischen Ausgestaltung vorhanden und auch in allen Plänen ausgewiesen. Dieser Bereich gehöre ebenso zu den gemeinsamen Zugängen und Wegflächen wie der gemeinsame Hausgang und die übrigen gemeinsamen Treppenanlagen im Wohnhaus (Urk. 43 S. 32). Der Kläger machte geltend, diese Treppe samt Vorplatz werde nur vom Beklagten und nicht von beiden Parteien genutzt. Er sei aber bereit, dem Kläger ein alleiniges Zugangs- und Benützungsrecht gemäss Urk. 53/1 zu gewähren, wobei der Beklagte die Kosten für Unterhalt, Reinigung und Erneuerung dieser Anlagen zu tragen habe (Urk. 51 S. 10 f., S. 16 f.). Der Beklagte widersprach dem nicht (Urk. 76 S. 9), weshalb in diesem Umfang der Eintrag einer Dienstbarkeit nicht strittig ist. Im geltend gemachten Mehrumfang wird über das Begehren des Beklagten zu entscheiden sein. ff) Die Widerklagebegehren Ziff. 3 und 4 betreffen die auf den Grundstücken Kat.-Nr. 11 und 6 stehende Scheune. Der Beklagte möchte, dass diese neu vermessen und in zwei gleich grosse Grundrissflächen aufgeteilt wird. Die Scheune sei im Jahre 1957 durch den Geometer neu vermessen worden. Die vordere Hälfte der Scheune stehe auf dem Grundstück Kat.-Nr. 11 und die hintere auf Kat.-Nr.

E. 6

Die Neuvermessung habe am bisherigen Rechtszustand nichts verändert, was im Grundbuch festgehalten worden sei. Als der Grossvater des Beklagten im Jahre 1908 seine Haushälfte erworben habe, habe er „die vordere Hälfte der Scheu-

- 35 - ne samt dem auf der unteren Seite angebauten Schopf“ miterworben. Sollte diesem Begehren nicht entsprochen werden, so macht der Beklagte ein Überbaurecht für den Bereich geltend, wo sich der ehemalige Stall des Grossvaters befunden habe, der auf einer Tiefe von knapp zwei Meter die vom Geometer gezogene Grenze überstelle und in das klägerische Grundstück Kat.-Nr. 6 hineinrage. Bereits 1908 seien zudem zwei Fenster in der vorderen Scheune des Beklagten vorhanden gewesen, deren Fortbestand zu sichern sei. Seit jeher, also schon vor 1912, beziehe der vordere Scheunenteil den Strom über einen Elektroverteilkasten, der in der Scheune des Klägers platziert sei. Für diesen Elektroverteilkasten sei ein Fortbestandsrecht mit Anschluss- und Durchleitungsrecht für Elektroleitung zugunsten der Scheune des Beklagten einzutragen (Urk. 43 S. 13 ff., S. 36 ff.). Nach Darstellung des Klägers war und ist die Scheune tatsächlich in zwei identische Hälften aufgeteilt; andernfalls hätten die damaligen Eigentümer bewusst auf eine neue Zuweisung des Eigentums verzichtet, da sie die Scheunentrennwand nicht hätten versetzen wollen. Der Kläger bestritt weiter, dass sich auf dem vom Beklagten beanspruchten Überbaurecht ein Stall befand und sich dies noch feststellen lasse, ebenso, dass die beiden Fenster und der Elektroverteilkasten samt Elektroleitung schon vor 1912 bestanden. Die Fenster seien ohne Einwilligung des früheren Eigentümers der

klägerischen Scheunenhälfte, F._____, ein- gebaut worden (Urk. 51 S. 11 ff.). Der Beklagte hat sich für den hälftigen Scheunenanspruch auf den Kaufbrief von 1908 berufen. Beim subsidiär geltend gemachten Überbaurecht und Fortbe- standsrecht für die beiden Fenster samt Anbauverbot wie auch für den Elektrover- teilkasten samt Leitungen stützte er sich auf den Entstehungsgrund der körperli- chen Anstalt gemäss § 245 Abs. 1 PBG, ferner betreffend die Durchleitungsrechte auf Art. 691 ZGB (Urk. 43 S. 37 ff.). Eine ungenügende Substantiierung ist nicht ersichtlich. e) Im Ergebnis hat die Vorinstanz die Rechtsbegehren der Parteien zu Un- recht mangels genügender Substantiierung abgewiesen, soweit sie auf die Rechtsbegehren überhaupt eingetreten ist. Einzig das klägerische Rechtsbegeh-

- 36 - ren Ziff. 4 lit. b scheidet an der mangelhaften Substantiierung und ist abzuweisen. Da die Vorinstanz in der Sache nicht entschieden hat (mit Ausnahme der Disposi- tivziffern 2-8), ist das Verfahren in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO zurückzuweisen, damit die Vorinstanz im Sinne der Erwägungen verfare. Mit seinem Berufungsantrag Ziff. 3 macht der Beklagte Rechte geltend, wel- che vorinstanzlich von beiden Parteien anerkannt worden seien (Urk. 87 S. 22 ff.). Es rechtfertigt sich, den Entscheid darüber ebenfalls der Vorinstanz zu überlas- sen, wie dies der Beklagte eventualiter beantragt hat, da über den darüber hin- ausgehenden Umfang dieser Rechte ohnehin zu entscheiden sein wird. V. Beide Parteien erachten die von der Vorinstanz festgesetzte Entscheide- bühr als überhöht (Urk. 87 S. 40 f.; Urk. 95 S. 13 f.). Da die Vorinstanz die Kos- ten- und Entschädigungsfolgen neu festzusetzen haben wird, ist darauf nicht wei- ter einzugehen. Die Vorinstanz wird den weitaus überwiegenden Teil der Rechts- begehren neu zu beurteilen haben, weshalb es sich nicht rechtfertigt, Kosten- und Entschädigungsfolgen für die erledigten Rechtsbegehren separat festzusetzen. Für das Berufungsverfahren ist die Entscheidegebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 2, § 4 und § 10 Abs. 1 GebV OG festzusetzen, die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren aber der Vor- instanz zu überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; Reetz/Hilber, in: ZPO-Komm. Sutter- Somm et al., Art. 318 N 28). Der Streitwert beträgt unangefochten Fr. 80'000.- (Urk. 88 S. 11; Urk. 87 S. 7 f.; Urk. 95 S. 14). Es wird erkannt:

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