

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB130050-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

## Urteil vom 25. März 2014

in Sachen

1. **A.** \_\_\_\_\_,

2. **B.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**C.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Nachbarrecht**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 19. August 2013; Proz. CG120009**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei das Grundbuchamt Wülflingen-Winterthur anzuweisen, im Grundbuch anzumerken, dass mit Dienstbarkeitsvertrag vom 16./17. September 1975 zu Gunsten des Grundstückes Parzelle ... und zu Lasten des Grundstückes Parzelle ... eine Dienstbarkeit eingeräumt worden ist, wonach sich der jeweilige Eigentümer des Grundstückes Parzelle ... verpflichtet, die Böschung im Bereich der gemeinsamen Grenze gemäss der Vereinbarung vom 16./17. September 1975 zu gestalten.
2. Es sei der Beklagte zu verpflichten, Kote sowie Abfall/Auslauf der Böschung im südöstlichen Bereich der Parzelle ... gemäss dem mit den Klägern am 16./17. September 1975 abgeschlossenen Dienstbarkeitsvertrag zu gestalten.
3. Es sei dem Beklagten zur Umgestaltung der Böschung gemäss Antrag 2 eine angemessene Frist einzuräumen, unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB im Unterlassungsfall;  
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8.0% MWSt) zu Lasten des Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 19. August 2013:**

(act. 44 S. 17)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:  
Fr. 5'550.– die Barauslagen betragen:  
Fr. 1'421.40 Gutachten  
**Fr. 6'971.40 Total**
3. Die Gerichtskosten werden den Klägern 1 und 2 je zur Hälfte unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt und soweit ausreichend mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Kläger 1 und 2 werden unter solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 10'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

## 5./6. Mitteilungen / Rechtsmittel

### **Berufungsanträge:**

der Kläger und Berufungskläger (act. 47 S. 1):

"Die Klage ist im Berufungsverfahren, unter Aufhebung des Urteiles der VI, umfassend gutzuheissen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. MWST von 8%, zu Lasten des Beklagten."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 56 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 8.0 % MwSt.) zu Lasten der Kläger."

### **Erwägungen:**

#### I.

1. Mit Einreichung der Klageschrift vom 3. Mai 2012 (act. 1) machten die Kläger die Klage mit dem eingangs aufgeführten Rechtsbegehren am Bezirksgericht Winterthur rechtshängig. Der Beklagte beantwortete die Klage am 15. August 2012 (act. 12). Die Hauptverhandlung fand am 27. September 2012 statt (Prot. I S. 5 ff.). Nach der Durchführung eines Augenscheins (Prot. I S. 16 ff.) und der Einholung eines Vermessungsgutachtens (act. 25 und 26/1-3) wies die Vorinstanz die Klage mit Urteil vom 19. August 2013 (act. 44) ab.

2. Gegen dieses Urteil erhoben die Kläger mit Eingabe vom 20. September 2013 Berufung (act. 47). Mit der Berufungsantwort vom 11. November 2013 (act. 56) beantragte der Beklagte die Abweisung der Berufung. Das Verfahren ist spruchreif. Die Berufung ist aus den folgenden Gründen abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

## II.

### A. Grundbuchanmerkung (Rechtsbegehren 1)

1. Mit ihrem ersten Rechtsbegehren verlangen die Kläger, die mit der Vereinbarung vom 16. und 17. September 1975 vom Beklagten übernommene Verpflichtung betreffend die Gestaltung der Böschung sei im Grundbuch anzumerken. Wie sie anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 27. September 2012 vortragen liessen, wollen sie damit der grundsätzlich obligatorisch wirksamen Verpflichtung im Hinblick auf den auf beiden Seiten bevorstehenden Generationenwechsel eine dingliche Wirkung verleihen (act. 18/1 S. 6). Gegenstand von Rechtsbegehren Ziffer 1 ist demnach die Eintragung der erwähnten Verpflichtung im Grundbuch, was das Gesetz als Voraussetzung für die Errichtung einer Grunddienstbarkeit vorsieht (Art. 731 ZGB). Anscheinend war der Beklagte bei Abschluss dieser Vereinbarung noch nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, weshalb er die entsprechende Anmeldung damals nicht vornehmen konnte. Er anerkannte diese Verpflichtung jedoch mit Schreiben vom 17. September 1975 (act. 4/6):

"Diese Vereinbarung soll (...) als Last zugunsten Ihrer Grundstücke auf mein zukünftiges Grundstück vermerkt werden."

Offenbar unterblieb dieser Eintrag aber auch später, nachdem der Beklagte als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden war. Die Kläger räumen jedoch ein, dass der Beklagte ansonsten seinen Verpflichtungen aus der Vereinbarung nachgekommen sei, zumindest bis zu einem Umbau im Jahr 2007, der anscheinend am Anfang der vorliegenden Auseinandersetzung steht (act. 18/1 S. 5; Prot. I S. 12 Ziff. 4; act. 47 S. 3).

2. Der Beklagte bestreitet nicht den Bestand einer Vereinbarung betreffend Gestaltung der Böschung (auch wenn er deren Inhalt anders versteht als die Kläger, worauf noch zurückzukommen sein wird). Gegen den daraus abgeleiteten Anspruch auf Einräumung einer Dienstbarkeit erhebt er jedoch die Einrede der Verjährung mit der Begründung, die Vereinbarung der Parteien über die Einräu-

mung einer Dienstbarkeit sei ein rein obligatorisches Rechtsverhältnis, das den Verjährungsregeln unterliege (act. 12 S. 2 Ziff. 7).

3. Die Vorinstanz folgte diesem Standpunkt und erkannte, der Anspruch auf Eintragung der Grunddienstbarkeit sei heute verjährt, da seit dem Abschluss des zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfts mehr als 10 Jahre vergangen seien. Gestützt darauf wies sie das klägerische Rechtsbegehren Ziffer 1 ab (act. 44 S. 9 E. 1.4).

4. Eine Grunddienstbarkeit bedarf zu ihrer Wirksamkeit neben der Begründung in einem Verpflichtungsgeschäft der Eintragung im Grundbuch. Diese kann der Eigentümer des belasteten Grundstücks veranlassen, indem er die Eigentumsbeschränkung beim Grundbuchamt anmeldet (Art. 53 VZG). Die Vornahme der Anmeldung stellt eine Nebenpflicht des Verpflichteten dar, die sich von der Hauptpflicht unterscheidet, welche den Inhalt der Grunddienstbarkeit bildet.

Den Unterschied zwischen diesen verschiedenen Pflichten verkennen die Kläger in der Berufungsschrift: Dass dieser Unterlassungsanspruch zwischen den Parteien unverändert Bestand hat und ein daraus abgeleiteter Anspruch auf Beseitigung eines vertragswidrigen Zustandes grundsätzlich fortbesteht (act. 47 S. 2 f.), mag zwar zutreffen (vgl. dazu unten B), geht jedoch an der Sache vorbei und ist (in Bezug auf die Abweisung von Rechtsbegehren Ziffer 1 durch die Vorinstanz) unbehelflich. Entgegen den Ausführungen der Kläger zielt Rechtsbegehren Ziffer 1 eben nicht auf die Durchsetzung eines bis 2007 befriedigten Unterlassungsanspruchs (so die Kläger in act. 47 S. 2), sondern bezweckt lediglich dessen Eintragung im Grundbuch. Die Kläger bringen nichts vor, was dazu geeignet wäre, etwas an der Schlussfolgerung der Vorinstanz zu ändern, wonach dieser Anspruch heute, rund 40 Jahre nach seiner Entstehung, verjährt ist (vgl. dazu ferner ZR 93/1994 Nr. 72). In diesem Punkt ist die Berufung demnach abzuweisen und das Urteil der Vorinstanz zu bestätigen.

## B. Terraingestaltung (Rechtsbegehren 2 und 3)

1. Mit den Rechtsbegehren 2 und 3 verlangen die Kläger, der Beklagte sei unter Strafandrohung im Unterlassungsfall zu verpflichten, die südöstliche Böschung gegen das Grundstück der Kläger "gemäss dem mit den Klägern am 16. / 17. September 1975 abgeschlossenen Dienstbarkeitsvertrag zu gestalten". Gestützt auf ihre Auslegung der Vereinbarung der Parteien und ein Gutachten des Vermessungsamtes wies die Vorinstanz die Klage ab: Verstehe man die Vereinbarung der Parteien richtig, so sei diese nicht verletzt, weshalb kein Anspruch der Kläger auf Beseitigung eines vertragswidrigen Zustandes bestehe.

Dabei liess die Vorinstanz offen, ob dieses Rechtsbegehren überhaupt den gesetzlichen Anforderungen genügt (act. 44 S. 15 Ziff. 2.6), was der Beklagte verneint hatte (act. 12 S. 3 Ziff. 8). Da eine materielle Behandlung jedoch einen gültigen Antrag voraussetzt und andernfalls auf die Klage bzw. auf das Rechtsmittel ohne Weiteres nicht einzutreten ist, ist diese Frage vorweg zu prüfen.

2. Das Rechtsbegehren ist so zu formulieren, dass es bei gänzlicher Gutheissung der Klage ohne Ergänzung und Verdeutlichung zum Dispositiv erhoben werden kann. Das ist nicht nur eine Folge der Dispositionsmaxime, sondern auch ein Ausfluss des rechtlichen Gehörs: Die Gegenpartei soll wissen, gegen was sie sich zu verteidigen hat (Guldener, Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 193).

Das klägerische Rechtsbegehren verweist zur Konkretisierung der verlangten Böschungsgestaltung auf den Dienstbarkeitsvertrag der Parteien vom 16. / 17. September 1975. Ein solches Vorgehen ist grundsätzlich nicht ausgeschlossen, sofern der Umfang und Inhalt eines solchen Verweises klar ist bzw. mittels Auslegung klar wird. Das ist hier jedoch nicht der Fall, wie nachstehend gezeigt wird.

3. Zur Begründung ihres Anspruchs auf Umgestaltung des Terrains beriefen sich die Kläger vor der Vorinstanz ausser auf die im Rechtsbegehren erwähnte Vereinbarung vom 16. / 17. September 1975 auf eine Erklärung des Beklagten vom 2. September 1975, in der er auf eine Besprechung vor Ort mit dem Adjunkten des Bauamts Winterthur und den Klägern am 29. August 1975 Bezug nahm,

die seither vorgenommenen Veränderungen schilderte und den Klägern für den Fall, dass sie "sich mit dem jetzt vorhandenen Geländezustand zufriedengeben, das Angebot einer guten Nachbarschaft" machte (act. 4/16). Ferner machten sie geltend, unter Mitwirkung des erwähnten Adjunkten sei vereinbart worden, dass die Böschung vom Beklagten nur mit bodenbedeckenden Pflanzen belegt werden dürfe und dass die Böschungskrone frei bleiben und nicht durch eine Bepflanzung erhöht werden solle (act. 18/1 S. 4). Sinn und Zweck der Vereinbarung der Parteien sei es gewesen, den Horizont der Kläger gegen Terrainveränderungen zu sichern. Daran habe sich der Beklagte bis zur Erstellung eines Anbaus im Jahr 2007 / 2008 gehalten. Zu diesem Zeitpunkt seien Veränderungen des Horizonts durch Aufschüttungen und Bepflanzungen vorgenommen worden, welche heute kritisiert würden (act. 18/1 S. 6; Prot. I S. 12 f. Ziff. 4).

4. Sinngemäss machen die Kläger damit geltend, dass die tatsächliche Gestaltung der Böschung im Jahr 1975 dem Inhalt der Vereinbarung entspreche (so ausdrücklich in der Berufungsbegründung, act. 47 S. 4), weshalb sie als Beweis für den Vertragsinhalt zuletzt verschiedene Pläne einreichten (act. 37 und act. 38/23-26). Sie berufen sich mithin auf eine Gesamtübereinkunft unter Einbezug des Schreibens vom 2. September 1975 und beantragen die Wiederherstellung dieses Zustandes (ebenfalls in der Berufungsschrift, act. 47 S. 8):

"Der ursprünglich bewilligte, durch die Übereinkunft ergänzte und vom Beklagten 1975 ausgeführte Böschungsverlauf ist wiederherzustellen."

Zum Verhältnis der Teile dieser Gesamtübereinkunft lassen die Kläger vorbringen, mit der Vereinbarung vom 16. / 17. September 1975 sei nicht die massgebliche Gestaltung der Böschung vereinbart, sondern seien lediglich ergänzend und die getroffene Übereinkunft vervollkommnend zwei Messpunkte zu der aufgrund der Baubewilligungspläne bereits erstellten Böschung fixiert worden. Der Gehalt dieser Vereinbarung habe sich darauf beschränkt, den vereinbarungsgemässen Böschungsverlauf später einmal kontrollieren zu können, der aufgrund der Baubewilligungspläne definiert und umgesetzt worden sei (act. 47 S. 5 f.).

5. Diese Wiedergabe der klägerischen Darstellung führt vor Augen, dass sich das Vertragsverständnis der Kläger weit vom Wortlaut der Vereinbarung vom

16. / 17. September 1975 entfernt. Einer vom Wortlaut abweichenden Auslegung steht jedoch der Umstand entgegen, dass für die Begründung einer Grunddienstbarkeit in der damals geltenden Fassung von Art. 732 ZGB Schriftlichkeit gefordert war. Wie ihr Antrag auf Eintragung (Rechtsbegehren 1, vgl. dazu oben A) illustriert, gehen die Kläger von einem Vertrag zur Begründung einer Grunddienstbarkeit aus. Die Schriftlichkeit muss zumindest die wesentlichen Vertragspunkte umfassen. Diesem Erfordernis genügt die von ihnen behauptete Vereinbarung nicht (act. 44 S. 10 ff. E. 2.3.a m.H. auf Gauch / Schlupe et al., 9. A., Zürich 2008, N 1270 ff., 1274 sowie N 332 ff.). Ebenfalls gegen die klägerische Position spricht die Überlegung, dass die Parteien die Erklärung vom 2. September 1975 und die Baubewilligungspläne zwei Wochen später beim Abschluss der Vereinbarung vom 16. / 17. September 1975 kaum unerwähnt gelassen hätten, wären sie davon ausgegangen, dass diese den Kern der Vereinbarung bildeten und die Vereinbarung vom 16. / 17. September 1975 lediglich eine Präzisierung darstelle, wie bereits die Vorinstanz erkannte (act. 44 S. 11 f. E. 2.3.b).

6. Die Lücke im klägerischen Rechtsbegehren, welche der Verweis auf die Vereinbarung der Parteien ausfüllt, kann demnach auch mit den Hilfsmitteln der Auslegung nicht befriedigend geschlossen werden, sondern es bleibt auch nach der Lektüre der Begründung unklar, was die Kläger vom Beklagten verlangen. Man erhält vielmehr den Eindruck, sie wissen das selbst nicht genau, sondern sie wollen zuerst feststellen lassen, inwiefern die Vereinbarung der Parteien verletzt ist, um anschliessend in einem zweiten Schritt die vertragsgemässe (Wieder-) Herstellung zu verlangen (vgl. act. 18/1 S. 6 oben). In ihren Anträgen fehlt jedoch ein Hinweis auf ein derartiges mehrstufiges Vorgehen.

Das klägerische Rechtsbegehren ist somit unvollständig. Das ist sowohl im Hinblick auf die Anerkennung und freiwillige Erfüllung als auch für die zwangsweise Vollstreckung des klägerischen Rechtsbegehrens von Belang, schliesslich müssen sowohl der Beklagte als auch ein allfälliger Vollstreckungsbeamter ohne zusätzliche, allenfalls erneut interpretationsbedürftige Erläuterungen durch die Kläger wissen, was sie zu tun haben. Es ist auch nicht Sache des Gerichts, im Falle einer Gutheissung das klägerische Rechtsbegehren zu konkretisieren.

Wegen der reformatorischen Natur der Berufung gilt das gleichermassen für die Berufungsanträge. Es genügt nicht, lediglich die Aufhebung des angefochtenen Entscheides zu verlangen, sondern es ist ein Antrag in der Sache zu stellen, der so bestimmt ist, dass er zum Urteil erhoben werden kann (Reetz / Theiler, in Sutter-Somm / Hasenböhler, Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 34; KUKO ZPO-Brunner, Art. 318 N 2). Die Kläger stellten im Übrigen auch keinen Antrag auf Rückweisung des Verfahrens zur Behebung dieser Mängel an die Vorinstanz.

7. Die gehörige Formulierung der Anträge ist eine Prozessvoraussetzung. Auf unbestimmte und unklare Rechtsbegehren ist nicht einzutreten (Leuenberger, in Sutter-Somm / Hasenböhler, Leuenberger, ZPO Komm., Art. 221 N 40). Da Klage- und Berufungsanträge vorliegend identisch sind, betrifft das beide. Anstatt die Klage materiell zu behandeln und abzuweisen, wäre bereits die Vorinstanz gehalten gewesen, diesen Mangel entweder verbessern zu lassen oder auf die Klage in diesem Umfang nicht einzutreten.

Nach Ablauf der Berufungsfrist ist es für eine Verbesserung grundsätzlich zu spät (Reetz / Theiler, in Sutter-Somm / Hasenböhler, Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 38 a.E.). Abgesehen davon wurden die Kläger vom Beklagten auf diesen Mangel hingewiesen (act. 12 S. 3 Ziff. 8), wie die Vorinstanz in ihrem Urteil erwähnte (Urk. 44 S. 15), ohne dass sie darauf reagierten. Ein weiterer Hinweis durch das Gericht war somit nicht erforderlich, soweit ein solcher bei anwaltlich vertretenen Parteien überhaupt geboten war (vgl. dazu KUKO ZPO-Oberhammer, Art. 56 ZPO N 7 und N 11).

Das Urteil der Vorinstanz ist daher in Bezug auf Rechtsbegehren 2 und 3 aufzuheben, und es ist stattdessen in diesem Umfang auf die Klage nicht einzutreten.

### III.

Das vorinstanzliche Urteil wird teilweise aufgehoben. Diese Änderung erfolgt jedoch nicht im Sinn der Anträge der Kläger, die auch im Berufungsverfahren vollumfänglich unterliegen. Bei diesem Ausgang ist die vorinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu bestätigen. Ferner tragen die Kläger die

Kosten des Berufungsverfahrens und haben dem Beklagten eine angemessene Prozessentschädigung (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

**Es wird erkannt:**

1. a) In Bezug auf Rechtsbegehren 1 wird die Berufung abgewiesen und das Urteil der Vorinstanz bestätigt.  
b) In Bezug auf Rechtsbegehren 2 und 3 wird das Urteil der Vorinstanz aufgehoben und auf die Klage nicht eingetreten.
2. Die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.— festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Klägern unter solidarischer Haftung je zur Hälfte auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Kläger werden solidarisch verpflichtet, dem Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.— (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Winterthur und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.  
  
Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
7. 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. 50'000.--.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. M. Hinden

versandt am: