

Art. 736 Abs. 2 ZGB, Bemessung der Ablösesumme. *Das Gesetz sieht den Ausgleich des Schadens vor; auf den Mehrwert für den Belasteten kommt es nicht an.* **Art. 55 Abs. 2 ZPO, Behauptungen und Beweismittel.** *Die Behauptung muss spezifisch und von einem Beweisantrag begleitet sein.*

Der Prozess dreht sich um eine Dienstbarkeit in der Form einer Höhen-Beschränkung, welche seinerzeit die Aussicht eines grossen Grundstückes sicherte. Dieses ist parzelliert worden (ohne dass die Dienstbarkeit für die neuen und veräusserten Grundstücke ins Grundbuch eingetragen wurde), und angrenzend an das belastete Grundstück besteht nun eine Zwergparzelle von wenigen Quadratmetern, auf welcher Gemüse und Beeren wachsen. Deren Eigentümer beruft sich auf die Dienstbarkeit, mit der im Urteil verworfenen Auffassung, auch die Interessen der abgetrennten Teile des ursprünglich berechtigten Grundstückes seien wesentlich. In erster Instanz hatten die klagenden Belasteten eine Ablösesumme von Fr. 50'000 angeboten. In der Berufung werden Fr. 200'000 verlangt und wird dafür eine Expertise angeboten.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

3.3 Damit geht es um die Ablösesumme. Das Bezirksgericht erwägt, die Kläger (Anm.: sie sind Eigentümer des belasteten Grundstückes) hätten den Minderwert des berechtigten Grundstückes mit Fr. 50'000.-- beziffert, und der Beklagte habe das anerkannt.

Der Beklagte lässt das nicht gelten. Er verweist auf zwei Aktenstellen im Dossier der ersten Instanz, wo er die Fr. 50'000.-- bestritten habe, und er offeriert für den Minderwert seines Grundstückes ein Gutachten.

Die Argumentation des angefochtenen Urteils ist nicht ganz präzise. Der Beklagte beharrt in der Berufung richtig darauf, dass er die Fr. 50'000.-- als Minderwert seines Grundstückes Kat.Nr. A bestritt. In der Klageantwort führte er aus, es sei auch das Interesse weiterer, nicht im Verfahren einbezogener Grundstücke zu berücksichtigen, und darum "verzichte er auf die Kommentierung des Streitwertes". Er wies ausdrücklich darauf hin, dass Fr. 50'000.-- "nicht als Grundlage für eine Entschädigung herangezogen werden können", der massgebliche Schaden sei "deutlich grösser". Gleich argumentierte er in der Duplik, wo er verlangte, dass der Mehrwert des berechtigten Grundstückes durch

ein Gutachten ermittelt werde, und sagte, die Entschädigung müsste "viel höher" sein als Fr. 50'000.--. Das war zwar verbunden mit der irrtümlichen Auffassung, die Ablösesumme müsse das Interesse des ganzen ursprünglich berechtigten Grundstücks spiegeln; eine Bestreitung war es aber durchaus.

Der Mehrwert des berechtigten Grundstücks ist für die Bemessung der Ablösesumme im Rahmen von Art. 736 Abs. 2 ZGB unerheblich. Zwar gibt es in der Rechtsordnung durchaus Tatbestände der (teilweisen) Mehrwertabschöpfung, nur beispielhaft etwa für den Mehrwert einer Sache im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung (Art. 209 Abs. 3 ZGB), oder die Beiträge der Anstösser an Strassen, Trottoirs etc. (§ 62 des Zürcher Strassengesetzes LS 722.1). Die Summe nach Art. 736 Abs. 2 ZGB ist aber eine Ent-Schädigung, soll also den Schaden des Berechtigten ausgleichen (ZK-Liver, Art. 736 N. 181). Zu Recht hat das Bezirksgericht den Mehrwert der Kläger nicht weiter verfolgt.

Zu beweisen hat, wer aus einer Behauptung ein Recht ableitet (Art. 8 ZGB). Beweis wird erhoben über erhebliche streitige Behauptungen. Das Vortragen dieser Behauptungen obliegt den Parteien, und diese können ihre Behauptungen vortragen, bis sich die Novenschranke schliesst, was mit dem Ende des zweiten Sachvortrages der Partei der Fall ist (Art. 229 ZPO). Daraus folgt, dass die beweispflichtige Partei namentlich die Behauptungen, welche sie für relevant hält, vor dem Schliessen der Novenschranke ins Verfahren einbringen muss. In der Berufung sind neue Behauptungen unzulässig (Art. 317 ZPO; dass eine der Ausnahmen vorliege, macht der Beklagte nicht geltend und es ist nicht zu sehen).

Der Ersatz des Minderwerts, wenn eine Dienstbarkeit gelöscht wird, ist ein Anspruch des Eigentümers des berechtigten Grundstücks. Er muss also behaupten und im Streitfall beweisen, wie hoch dieser Minderwert ist. Vor Bezirksgericht hat der Beklagte der Behauptung der Kläger, sein Grundstück werde um Fr. 50'000.-- entwertet, wenn die Dienstbarkeit gelöscht werde, keine abweichende Behauptung entgegen gesetzt. Wenn er gegenüber dem von den Klägern genannten Betrag einen "deutlich grösseren" resp. "viel höheren" verlangte, konnte dazu mangels hinreichender Substantiierung bzw. Bezifferung kein Beweisverfahren durchgeführt werden, und wenn diese Formulierungen ins

Urteil eingeflossen wären, hätte dieses nicht vollstreckt werden können. Der Beklagte macht in der Berufung auch gar nicht geltend, er habe seinen Anspruch vor Bezirksgericht beziffert. Nur der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass der Beklagte natürlich nicht wissen konnte, auf welchen Betrag ein Experte seine Einbusse schätzen würde. Das entband ihn aber nicht von der Bezifferung, denn diese Unsicherheit gehört zum normalen Prozessrisiko. Der Ausnahmefall von Art. 85 ZPO, wo die Bezifferung einer Klage aufgeschoben werden kann, lag nicht vor - übrigens hatten die Kläger beziffern können, und indem er in der Berufung just nach diesem Schema beziffert, bestätigt der Beklagte selber, dass es möglich ist. Die Aufforderung des Obergerichts, den Streitwert der Berufung zu beziffern, berechtigte ihn nicht zu neuen und im Verfahren der ersten Instanz nicht vorgetragenen Behauptungen. Es bleibt daher dabei, dass er nicht rechtzeitig eine Zahl nannte, welche er abweichend von den Fr. 50'000.-- der Kläger als Minderwert seines Grundstückes behauptete. Daher war über diesen Minderwert in erster Instanz kein Beweis abzunehmen, wenngleich (vor Bezirksgericht) beantragt, und das Bezirksgericht stellte zu Recht auf die Fr. 50'000.-- der Kläger ab: nach dem Grundsatz, dass nicht weniger zugesprochen werden darf, als der Gegner anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Die im Berufungsverfahren aufgestellte Behauptung, der Minderwert sei Fr. 200'000.--, ist neu und unzulässig, wäre übrigens auch nicht "ohne Verzug" im Sinne von Art. 317 ZPO ins obergerichtliche Verfahren eingebracht worden, und darum hat auch das Obergericht entgegen dem Antrag des Beklagten kein Gutachten einzuholen.

Die Fr. 50'000.--, welche das Bezirksgericht als Ablösesumme festsetzte, kann der Beklagte in der Berufung also nicht mit Erfolg in Frage stellen.

Obergericht, II. Zivilkammer
Geschäfts-Nr.: LB200021-O/U
Urteil vom 5. Oktober 2020