

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NE150002-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichterinnen Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, und
Dr. M. Schaffitz, Oberrichter Dr. M. Kriech und Gerichtsschreiberin
lic. iur. N. Gerber

Urteil und Beschluss vom 26. November 2015

in Sachen

A._____,

Beklagter, Widerkläger, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Kläger, Widerbeklagter, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungskläger

betreffend **Eintragung dinglicher Rechte**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am
Bezirksgericht Dietikon vom 4. Dezember 2014 (FO110012-M)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 35 S. 2 f.; Urk. 74 S. 2 ff.)

1. Es sei das Grundbuchamt C._____ zu folgenden Bereinigungen der Grundprotokoll- und Grundregistereinträge D._____ anzuweisen, welche von den Parteien gegenseitig entschädigungslos zu dulden sind:
 - a) Gegenseitige Zugangsrechte und Fortbestandsrecht für gemeinschaftliche Anlagen wie Haustüre, Treppen und Fenster zugunsten und zulasten des Grundstücks des Klägers Kat.-Nr. 1, Blatt 2 des Grundregisters D._____ sowie zugunsten und zulasten des Beklagten Kat.-Nr. 3, Blatt 4 des Grundregisters D._____, blau eingefärbt in den beiliegenden Plänen Nrn. 1 und 2 in Beilage 1 [Urk. 75/1] des klägerischen Plädoyers; die Kosten für Unterhalt, Reinigung und Erneuerung dieser gemeinschaftlichen Anlagen tragen die beteiligten Eigentümer je zur Hälfte;
 - b) Regelung der Kellerbenützung auf den Grundstücken Kat.-Nr. 3, Blatt 4, und Kat.-Nr. 1, Blatt 2 des Grundregisters D._____ wie folgt:

"Der jeweilige Eigentümer von Kat.-Nr. 1, Blatt 2 des Grundregisters D._____ hat ein Überbau- und Ausbaurecht für den Keller im Untergeschoss im Umfang der in Plan Nr. 3 der Beilage 1 [Urk. 75/1] des klägerischen Plädoyers rot schraffiert eingefärbten Fläche.

Der jeweilige Eigentümer von Kat.-Nr. 3, Blatt 4 des Grundregisters D._____ hat ein Überbau- und Ausbaurecht für den Keller im Untergeschoss im Umfang der in Plan Nr. 3 der Beilage 1 [Urk. 75/1] des klägerischen Plädoyers grün schraffiert eingefärbten Fläche.

Unterhalt, Reinigung und Erneuerungen der jeweiligen Über- und Ausbauten inkl. Fassaden sind Sache des jeweiligen Berechtigten."
 - c) Gegenseitige Durchleitungsrechte zugunsten und zulasten des Grundstücks des Klägers Kat.-Nr. 1, Blatt 2 des Grundregisters D._____ sowie zulasten und zugunsten des Grundstücks des Beklagten Kat.-Nr. 3, Blatt 4 des Grundregisters D._____ gemäss Plan Nr. 3 der Beilage 1 [Urk. 75/1] des klägerischen Plädoyers; Nutzung, Unterhalt und Erneuerung der Leitungen sind Sache des jeweiligen Berechtigten;
 - d) Änderung der Dienstbarkeit SP 5 über ein gegenseitiges Fuss- und Fahrwegrecht mit Unterhaltsregelung zugunsten und zulasten des Grundstücks des Klägers Kat.-Nr. 6, Blatt 7 des Grundregisters D._____ sowie zugunsten und zulasten des Grundstücks des Beklagten Kat.-Nr. 8 [recte:9], Blatt 10 des Grundregisters D._____ gemäss gelber Einfärbung im Plan Nr. 1 der Beilage 1 [Urk. 75/1] des klägerischen Plädoyers.
2. a) Es sei festzustellen, dass keine Überbaurechte im 1. und 2. Obergeschoss sowie im Dachgeschoss zugunsten des Grund-

stücks des Beklagten Kat.-Nr. 3, Blatt 4 des Grundregisters D._____ zulasten des Grundstücks des Klägers Kat.-Nr. 1, Blatt 2 des Grundregisters D._____ bestehen.

- b) Es sei festzustellen, dass kein Überbaurecht zugunsten des Grundstücks des Beklagten Kat.-Nr. 11, Blatt 12 des Grundregisters D._____ zulasten des Grundstücks des Klägers Kat.-Nr. 6, Blatt 7 des Grundregisters D._____ besteht.
3. Im Übrigen seien sämtliche Anträge des Grundbuchamtes C._____ in seiner Weisung an das Bezirksgericht Dietikon vom 3. Juni 2011 (act. 1 Ziff. 1-7) i.V.m. Ziff. II.3. bis II.9. des Vertragsentwurfes zwischen den Parteien (act. 2/1) gutzuheissen;
- (4.) Es sei das Grundbuchamt C._____ zu folgenden Bereinigungen der Grundprotokoll- und Grundregistereinträge D._____ anzuweisen, welche von den Parteien gegenseitig entschädigungslos zu dulden sind:
- a) ein Fuss- und Fahrwegrecht zulasten des gemeinsamen Grundstückes der Parteien Kat.-Nr. 13, Blatt 14, zugunsten der Grundstücke des Klägers Kat.-Nr. 1, Blatt 2, und Kat.-Nr. 6, Blatt 7 des Grundregisters D._____ sowie zugunsten der Grundstücke des Beklagten Kat.-Nr. 3, Blatt 4, Kat.-Nr. 11, Blatt 12, und Kat.-Nr. 9, Blatt 10 des Grundregisters D._____, lilafarben eingefärbt im Plan Nr. 1 der Beilage 1 [Urk. 75/1] dieses Plädoyers, um den Zugang zu ihren jeweiligen Grundstücken zu gewährleisten; die Kosten für Unterhalt, Reinigung und Erneuerung der Dienstbarkeitsfläche tragen die jeweiligen Eigentümer der berechtigten Grundstücke nach Verhältnis ihrer Interessen;
- b) Durchleitungsrechte jeweils zugunsten und zulasten des gemeinsamen Grundstückes der Parteien Kat.-Nr. 13, Blatt 14, der Grundstücke des Klägers Kat.-Nr. 1, Blatt 2, und Kat.-Nr. 6, Blatt 7 des Grundregisters D._____ sowie der Grundstücke des Beklagten Kat.-Nr. 3, Blatt 4, Kat.-Nr. 11, Blatt 12, und Kat.-Nr. 9, Blatt 10 des Grundregisters D._____, gemäss Plan Nr. 3 der Beilage 1 [Urk. 75/1] des klägerischen Plädoyers einzutragen; Nutzung, Unterhalt und Erneuerung der Leitungen sind jeweils Sache des jeweiligen Berechtigten;

alle vorstehenden Anträge jeweils unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer betreffend Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten und unter Vorbehalt der Nachklage.

Widerklagebegehren:

(Urk. 43 S. 3 ff.; Urk. 76 S. 2)

1. Es sei das Grundbuchamt C._____ anzuweisen, die folgenden Dienstbarkeiten zu Gunsten und zu Lasten der Grundstücke D._____ Kat.-Nr. 3, Blatt 4, und Kat.-Nr. 1, Blatt 2, im Grundbuch einzutragen:

- a) "Gegenseitiges Fusswegrecht auf Treppe und Treppenvorplatz zur ehemaligen Trotte" auf dem im beigefügten Plan Beilage 23 [Urk. 44/23] schraffierten Bereich.
 - b) "Gegenseitiges Fortbestandsrecht für Naturkeller und abgrenzender Holzwand" auf dem im beigefügten Plan Beilage 24 [Urk. 44/24] eingezeichneten Bereich.
2. Es sei das Grundbuchamt C. _____ anzuweisen, die folgenden Dienstbarkeiten zu Gunsten des Grundstückes D. _____ Kat.-Nr. 3, Blatt 4, und zulasten des Grundstückes D. _____ Kat.-Nr. 1, Blatt 2, im Grundbuch einzutragen:
- a) "Überbaurecht für Zimmer im 2. Obergeschoss" auf dem im beigefügten Plan Beilage 18 [Urk. 44/18] schraffierten Bereich;
 - b) "Überbaurecht für WC-Raum im 2. Obergeschoss" auf dem im beigefügten Plan Beilage 19 [Urk. 44/19] schraffierten Bereich;
3. Es sei die auf den Grundstücken Blatt 12 (Kat.-Nr. 11) und Blatt 7 (Kat.-Nr. 6) stehende Scheune neu zu vermessen und in zwei gleich grosse Gebäudeteile (mit je gleich grosser Grundrissfläche) aufzuteilen und den vorderen (strassenseitigen) Gebäudeteil dem Beklagten und den hinteren (hofseitigen) Gebäudeteil dem Kläger zu Eigentum zuzuweisen. Der Umschwung auf den Längsseiten der Scheune sei dem jeweils anstossenden Gebäudeteil zuzuweisen und die Parzellengrenze entsprechend neu zu ziehen.
- Eventuell sei das Grundbuchamt C. _____ anzuweisen, die folgenden Dienstbarkeiten zu Gunsten des Grundstückes D. _____ Kat.-Nr. 11, Blatt 12, und zulasten des Grundstückes D. _____ Kat.-Nr. 6, Blatt 7, im Grundbuch einzutragen:
- a) "Überbaurecht" auf dem im beigefügten Plan Beilage 7 [Urk. 44/7] schraffierten Scheunenbereich;
 - b) "Fortbestandsrecht für zwei Fenster mit Anbauverbot" an den im beigefügten Plan Beilage 8 [Urk. 44/8] eingezeichneten Fenster- bzw. Fassadenbereichen.
4. Es sei das Grundbuchamt C. _____ anzuweisen, die folgende Dienstbarkeit zu Gunsten des Grundstückes D. _____ Kat.-Nr. 11, Blatt 12, und zulasten des Grundstückes D. _____ Kat.-Nr. 6, Blatt 7, im Grundbuch einzutragen:
- a) "Fortbestandsrecht für Elektroverteilkasten mit Anschluss- und Durchleitungsrecht für Elektroleitung" an dem im beigefügten Plan Beilage 9 eingezeichneten Standort.
5. Es sei das Grundbuchamt C. _____ anzuweisen, die folgenden Dienstbarkeiten zu Gunsten des Grundstückes D. _____ Kat.-Nr. 3, Blatt 4, und zulasten des Grundstückes Kat.-Nr. 13, Blatt 14, im Grundbuch einzutragen:
- a) "Ungehindertes Fusswegrecht auf Kellertreppe" auf dem im beigefügten Plan Beilage 25 [Urk. 44/25] schraffierten Bereich;

- b) "Ungehindertes Fusswegrecht als Zugang von Hauseingang zu Kellertreppe" auf dem im beigefügten Plan Beilage 26 [Urk. 44/26] schraffierten Bereich;
- 6. Es sei das Grundbuchamt C._____ anzuweisen, auch noch folgende Dienstbarkeiten im Grundbuch einzutragen:
 - a) "Fuss- und Fahrwegrecht" zugunsten des Grundstückes D._____ Kat.-Nr. 9, Blatt 10, und zulasten des Grundstückes Kat.-Nr. 13, Blatt 14, auf dem im Plan Beilage 1 [Urk. 77/1] markierten Bereich als Zugang von und zur E._____ -Strasse, eventuell Zug um Zug gegen Leistung einer vom Gericht festzusetzenden Entschädigung.
 - b) "Überbaurecht für Dachvorsprung" zugunsten der Grundstücke Kat.-Nr. 11, Blatt 4, und zulasten des Grundstückes Kat.-Nr. 13, Blatt 14, auf dem im Plan Beilage 2 [Urk. 77/2] markierten Bereich.
 - c) "Durchleitungsrechte für Wasserleitungen" zugunsten der Grundstücke Kat.-Nr. 3, Blatt 4, Kat.-Nr. 9, Blatt 10, und Kat.-Nr. 11, Blatt 12, und zulasten der Grundstücke Kat.-Nr. 1, Blatt 2, und Kat.-Nr. 13, Blatt 14.
- 7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten des Klägers und Widerbeklagten.

Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon, Einzelgericht, vom 4. Dezember 2014:

1. Auf die Klage wird bezüglich der Rechtsverhältnisse, welche nach dem 1. Januar 1912 entstanden sind, nicht eingetreten.
2. Das Grundstück Grundregister Blatt 15

"Die ideelle Hälfte an einem Trottenhaus und an dem ca. 2 Aren grossen Trottenplatz, ferner der im obern Teil des Trottegebäudes befindliche Schweinestall und die obere Hälfte des Bodens ob der Trotte.

Nota: Die andere Hälfte gehört dem F._____, D._____ (Bd. 24 pg. 573 -2-). Das Objekt steht auf Kat. Nr. 3 (Grundregister Blatt 4) und Kat. Nr. 1 des F._____, D._____ (Bd. 24 pg. 573 -1-)."

kann örtlich nicht mehr bestimmt werden und existiert nach erfolgter Grundbuchvermessung nicht mehr.

Durch Untergang des Grundstückes ist das Grundregister Blatt 15 zu schliessen.

3. Das Grundstück Grundregister Blatt 16

"Die ideelle Hälfte an einem Trottenhaus und an dem ca. 2 Aren grossen Trottenplatz, wovon die andere Hälfte dem A._____, D._____, gehört, ferner der untere Schweinestall und die untere Hälfte des darüber befindlichen Holzbehälters nebst zwei Abritten"

kann örtlich nicht mehr bestimmt werden und existiert nach erfolgter Grundbuchvermessung nicht mehr.

Durch den Untergang des Grundstückes ist das Grundregister Blatt 16 zu schliessen.

4. Die auf dem Grundstück Grundregister Blatt 7 eingetragene Nota

"Durch den am 21.12.1957 entsprechend der Vermessung vorgenommenen Neubeschrieb wird am bisherigen Rechtszustand laut Grundprotokoll Bd. 18 pg. 226 ff. nichts geändert."

ist als gegenstandslos geworden zu streichen.

5. Die auf den Grundstücken Grundregister Blatt 4, 15, 12, 10 sowie auf ½ Mit-
eigentum von A._____ an Grundregister Blatt 14 eingetragene Nota

"Durch diesen entsprechend der Vermessung vorgenommenen Neubeschrieb der Objekte Grundregister Blätter 4-10) wird am bisherigen Rechtszustand laut Grundprotokoll Bd. 19 pg. 270/1, Obj. 1-10 nichts geändert."

ist als gegenstandslos geworden zu streichen.

6. Die auf dem Grundstück Grundregister Blatt 4 eingetragene Nota

"Auf Kat. 3 oben und Kat. 1 des F._____, (Bd. 24/573 -1-) steht das Trotthaus sub Grundregister Blatt 15."

ist als gegenstandslos geworden zu streichen.

7. Die nachfolgend bezeichneten Grundprotokolleinträge sind gegenstandslos und abzuschreiben:
 - Grundprotokoll ... pg. 226 ff. - A1 bis A10
 - Grundprotokoll Bd. ... pg. 270 f. - Objekte 1 bis 10
 - Grundprotokoll Bd. ... pg. 573 Ziffer 1 und 2
8. Im Rahmen der Bereinigung und Abschreibung der vorgenannten Einträge sind die entsprechenden Grundpfandrechte nachzuführen und die Anmerkung auf Grundregister Blatt 15 ist zu streichen.
9. Im Übrigen werden die Klage sowie die Widerklage abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
10. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 10'574.– angesetzt.
11. Die Gerichtskosten werden den Parteien je hälftig auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Vorschuss verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 5'824.– wird von der klagenden Partei nachgefordert. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger die Hälfte der Gerichtskosten zu bezahlen.
12. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.

Berufungsanträge:

Des Beklagten, Widerklägers, Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten:

Berufung (Urk. 87 S. 2 ff.):

- "1. Es sei Ziffer 1 des angefochtenen Urteils aufzuheben.
2. Im Weiteren sei Ziffer 9 des angefochtenen Urteils insoweit aufzuheben, als damit
 - a) die Klage insoweit abgewiesen bzw. darauf nicht eingetreten wird, als sie vom Beklagten anerkannt worden ist; und
 - b) die Widerklage gänzlich abgewiesen bzw. darauf nicht eingetreten wird.
3. Es sei das Grundbuchamt C._____ anzuweisen, die folgenden Dienstbarkeiten im Grundbuch einzutragen:

- a) Zugunsten und zulasten der Grundstücke Kat.-Nr. 3, Blatt 4, und Kat.-Nr. 1, Blatt 2: Gegenseitige Zugangsrechte auf dem im Plan act. 36/5 blau markierten Bereich, ausgenommen im 2. Obergeschoss, soweit dort dieses Zugangsrecht über den im beigefügten Plan act. 44/20 farbig markierten Bereich hinausgeht.
 - b) Zugunsten und zulasten der Grundstücke Kat.-Nr. 3, Blatt 4, und Kat.-Nr. 1, Blatt 2: Gegenseitiges Fortbestandsrecht für gemeinschaftliche Anlagen wie Haustüre, Treppen und Fenster in dem im Plan act. 36/5 blau markierten Bereich, ausgenommen für das mittlere Fenster im 2. Obergeschoss.
 - c) Zugunsten des Grundstückes Kat.-Nr. 3, Blatt 4, und zulasten des Grundstückes Kat.-Nr. 1, Blatt 2: Überbaurecht für Keller im Untergeschoss auf den im Plan act. 75/1 Plan 3 grün schraffierten Bereich.
 - d) Zugunsten und zulasten der Grundstücke Kat.-Nr. 3, Blatt 4, und Kat.-Nr. 1, Blatt 2: Gegenseitige Durchleitungsrechte, wie im Plan act. 36/5 Plan 4 eingezeichnet, ausgenommen für die Leitung ‚Fernheizung A._____/B._____'.
 - e) Zugunsten des Grundstückes Kat.-Nr. 9, Blatt 10, und zulasten des Grundstückes Kat.-Nr. 13, Blatt 14: Fuss- und Fahrwegrecht auf dem im Plan act. 77/1 markierten Bereich als Zugang von und zur E._____-Strasse.
4. Im Übrigen, eventuell gesamthaft, also auch hinsichtlich der Dienstbarkeiten gemäss Ziffer 3 hievor, sei die Sache zur Ergänzung und Neuentscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5. Subeventuell sei das Grundbuchamt C.____ anzuweisen, auch die folgenden Dienstbarkeiten im Grundbuch einzutragen:
- a) Zugunsten des Grundstückes Kat.-Nr. 3, Blatt 4, und zulasten des Grundstückes Kat.-Nr. 1, Blatt 2: Fusswegrecht auf Treppe und Treppenvorplatz zur ehemaligen Trotte auf dem im Plan act. 44/23 farbig markierten Bereich.
 - b) Zugunsten und zulasten der Grundstücke Kat.-Nr. 3, Blatt 4, und Kat.-Nr. 1, Blatt 2: Gegenseitiges Fortbestandsrecht für Naturkeller und abgrenzender Holzwand auf dem im Plan act. 44/24 farbig markierten Bereich.
 - c) Zugunsten des Grundstückes Kat.-Nr. 3, Blatt 4, und zulasten des Grundstückes Kat.-Nr. 1, Blatt 2: Überbaurecht für Zimmer im 2. Obergeschoss auf dem im Plan act. 44/18 farbig markierten Bereich.
 - d) Zugunsten des Grundstückes Kat.-Nr. 3, Blatt 4, und zulasten des Grundstückes Kat.-Nr. 1, Blatt 2: Überbaurecht für WC-Raum im 2. Obergeschoss auf dem im Plan act. 44/19 farbig markierten Bereich.
 - e) Zugunsten des Grundstückes Kat.-Nr. 11, Blatt 12, und zulasten des Grundstückes Kat.-Nr. 6, Blatt 7: Fortbestandsrecht für Elektroverteilkasten mit Anschluss- und Durchleitungsrecht für Elektroleitung an dem im Plan act. 44/9 eingezeichneten Standort.

- f) Zugunsten des Grundstückes Kat.-Nr. 3, Blatt 4, und zulasten des Grundstückes Kat.-Nr. 13, Blatt 14: Ungehindertes Fusswegrecht auf Kellertreppe auf dem im Plan act. 44/25 farbig markierten Bereich.
 - g) Zugunsten des Grundstückes Kat.-Nr. 3, Blatt 4, und zulasten des Grundstückes Kat.-Nr. 13, Blatt 14: Ungehindertes Fusswegrecht als Zugang von Hauseingang zu Kellertreppe auf dem im Plan act. 44/26 farbig markierten Bereich.
 - h) Zugunsten des Grundstückes Kat.-Nr. 9, Blatt 10, und zulasten des Grundstückes Kat.-Nr. 13, Blatt 14: Fuss- und Fahrwegrecht auf dem im Plan act. 77/1 farbig markierten Bereich.
 - i) Zugunsten des Grundstückes Kat.-Nr. 11, Blatt 4, und zulasten des Grundstückes Kat.-Nr. 13, Blatt 14: Überbaurecht für Dachvorsprung auf dem im Plan act. 77/2 farbig markierten Bereich.
 - j) Zugunsten der Grundstücke Kat.-Nr. 3, Blatt 4, Kat.-Nr. 9, Blatt 10, und Kat.-Nr. 11, Blatt 12, und zulasten der Grundstücke Kat.-Nr. 1, Blatt 2, und Kat.-Nr. 13, Blatt 14: Durchleitungsrechte für Wasserleitungen.
6. Im Weiteren, also ebenfalls subeventuell, sei die auf den Grundstücken Blatt 12 (Kat.-Nr. 11) und Blatt 7 (Kat.-Nr. 6) stehende Scheune neu zu vermessen und in zwei gleich grosse Gebäudeteile (mit je gleich grosser Grundrissfläche) aufzuteilen und den vorderen (strassenseitigen) Gebäudeteil dem Beklagten und den hinteren (hofseitigen) Gebäudeteil dem Kläger zu Eigentum zuzuweisen. Der Umschwung auf den Längsseiten der Scheune sei dem jeweils anstossenden Gebäudeteil zuzuweisen und die Parzellengrenze entsprechend neu zu ziehen.
- Eventuell sei das Grundbuchamt C. _____ anzuweisen, die folgenden Dienstbarkeiten zugunsten des Grundstückes Kat.-Nr. 11, Blatt 12, und zulasten des Grundstückes Kat.-Nr. 6, Blatt 7, im Grundbuch einzutragen:
- a) Überbaurecht auf dem im Plan act. 44/7 markierten Scheunenbereich.
 - b) Fortbestandsrecht für zwei Fenster mit Anbauverbot an den im Plan act. 44/8 eingezeichneten Fenster- bzw. Fassadenbereichen.
7. Es seien die Ziffern 10 bis 12 des angefochtenen Urteils aufzuheben und der Entscheid über die Höhe und Verteilung der Prozesskosten neu nach Massgabe des Verfahrensausgangs festzulegen, eventuell dem neuen vorinstanzlichen Entscheid vorzubehalten; subeventuell sei die vorinstanzliche Entscheidegebühr auf Fr. 3'975.00, eventuell Fr. 5'300.00 zu reduzieren.
8. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer) zulasten des Klägers und Berufungsbeklagten.“

Zur Anschlussberufung des Klägers (Urk. 101 S. 2):

- „1. Es sei die Anschlussberufung abzuweisen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten des Anschlussberufungsklägers.“

Des Klägers, Widerbeklagten, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägers (Urk. 95 S. 2 f.):

Zur Berufung des Beklagten:

- „1. Es seien Ziffern 1, 2, 4, 5, 6, 7 und 8 der Berufung des Beklagten abzuweisen.
2. Es sei Ziffer 3 der Berufung soweit abzuweisen, als damit die Bereinigung der Grundprotokolle und Grundregister über denen in den beigegeführten Plänen Nrn. 1 und 2 [Urk. 97/1-2] blau eingefärbten hinausgehen.
3. Es sei die Bereinigung der Grundprotokolle und Grundregister nur für die Rechtsverhältnisse vor dem 1. Januar 1012 vorzunehmen.“

Anschlussberufung:

- „1. Es sei Ziffer 9 des angefochtenen Urteils aufzuheben und das Grundbuchamt C._____ zu folgender Bereinigung der Grundprotokoll- und Grundregistereinträge D._____ anzuweisen, welche von den Parteien gegenseitig entschädigungslos zu dulden sind:

Gegenseitige Zugangsrechte und Fortbestandsrecht für gemeinschaftliche Anlagen wie Haustüre, Treppen und Fenster zugunsten und zulasten des Grundstücks des Klägers Kat.-Nr. 1, Blatt 2 des Grundregister D._____ sowie zugunsten und zulasten des Beklagten Kat.-Nr. 3, Blatt 4 des Grundregisters D._____, blau eingefärbt in den Planbeilagen Nrn. 1 und 2 [Urk. 97/1-2] dieser Anschlussberufungsschrift; die Kosten für Unterhalt, Reinigung und Erneuerung dieser gemeinschaftlichen Anlagen tragen die beteiligten Eigentümer je zur Hälfte.

Im Übrigen sei auf die Klage, Widerklage und Berufung nicht einzutreten.

2. Es sei die Ziffer 10 des angefochtenen Urteils aufzuheben und die Entscheidgebür der Vorinstanz auf Fr. 3'975 anzusetzen.
3. Es seien die Ziffern 11 des angefochtenen Urteils aufzuheben und die Gerichtskosten des vorinstanzlichen Verfahrens dem Beklagten zu Dreiviertel und dem Kläger zu einem Viertel aufzuerlegen und mit dem vom Kläger geleistete Kostenvorschuss von Fr. 4'750 und Fr. 5'824 zu verrechnen. Der Fehlbetrag sei dem Kläger zurückzuerstatten und der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Dreiviertel der vorinstanzlichen Gerichtskosten zu bezahlen.
4. Es seien die Ziffern 12 des angefochtenen Urteils aufzuheben und der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 6'49 zu bezahlen.

alle vorstehenden Anträge jeweils unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer betreffend Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.“

Erwägungen:

I.

Die Parteien sind Eigentümer bzw. Miteigentümer verschiedener Grundstücke in der Gemeinde D. _____:



Der Kläger ist Eigentümer der Grundstücke Kat.-Nr. 1 und 6, der Beklagte Eigentümer der Grundstücke Kat.-Nr. 11, 3 und 9 (sowie 28, 29, 31). Das Grundstück Kat.-Nr. 13 steht je zur Hälfte im Miteigentum der Parteien. Auf den Grundstücken Kat.-Nr. 1 und 3 steht die im Jahre 1826 erstellte Wohnliegenschaft, welche bereits vor dem 1. Januar 1912 in zwei Haushälften aufgeteilt worden war mit dem

Ergebnis, dass beide Hausteile durch *eine* Haustüre, *einen* Gang und *eine* Haustreppe erschlossen werden. An der Rückseite des Wohnhauses steht eine schon vor 1912 angebaute Trotte, welche jedem Hauseigentümer zur „ideellen Hälfte“ gehört. Auf den Grundstücken Kat.-Nr. 11 und 6 steht eine Scheune (nebst Anbauten).

Der Kläger beabsichtigt, seinen Hausteil inklusive Anteil an der Trotte um- und auszubauen. Der Gemeinderat der Gemeinde D._____ erteilte ihm dafür mit Beschluss vom 26. April 2011 die Baubewilligung unter Bedingungen und Auflagen. U.a. wurde angeordnet, vor Baubeginn seien die erforderlichen Rechte (Über-/Unterbaurechte, das Fussweg-/Zugangsrecht sowie das Recht zur Nutzung von Räumen auf fremden Grundstücken) zu begründen, im Grundbuch eintragen zu lassen und der Baubehörde über die erfolgte Eintragung ein Zeugnis des Grundbuchamtes einzureichen.

Im Rahmen der Einführung des Eidgenössischen Grundbuchs konnte über die strittigen Rechte betreffend die Grundstücke Kat.-Nr. 1, 3, 9, 13, 11 und 6 zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden, so dass das Grundbuchamt C._____ die Streitigkeit von Amtes wegen gestützt auf § 271 EG ZGB und § 75 der Kantonalen Grundbuchverordnung an das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon überwies.

Die Vorinstanz vertrat die Auffassung, Gegenstand des Bereinigungsverfahrens seien nur Rechtsverhältnisse, welche vor Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, also vor dem 1. Januar 1912 entstanden seien, und trat hinsichtlich der später entstandenen Rechtsverhältnisse auf die Klage nicht ein. Bezüglich vor dem 1. Januar 1912 entstandener Rechtsverhältnisse wies die Vorinstanz die geltend gemachten und strittigen Ansprüche der Parteien mangels genügender Substantiierung ab. Im Übrigen (Dispositivziffern 2-8) folgte die Vorinstanz den Anträgen des Grundbuchamtes in der Weisung, da diesbezüglich zwischen den Parteien Einigkeit herrsche.

Gegen den vorinstanzlichen Entscheid hat der Beklagte Berufung und der Kläger Anschlussberufung erhoben. Der Beklagte ist der Auffassung, dass die Vorinstanz auch die nach dem 1. Januar 1912 entstandenen Rechtsverhältnisse hätte beurteilen müssen. Ohnehin habe die Vorinstanz nicht gesagt, welche der behaupteten dinglichen Rechte vor und welche nach dem 1. Januar 1912 entstanden seien. Verschiedene dingliche Rechte habe der Kläger anerkannt, was jedoch die Vorinstanz nicht veranlasst habe, diese Rechte ins Grundbuch eintragen zu lassen. Der Beklagte beharrt auch darauf, dass die Vorinstanz die vor dem 1. Januar 1912 entstandenen Rechte materiell hätte behandeln müssen. Der Kläger will mit seiner Anschlussberufung im Wesentlichen erreichen, dass die Grundprotokoll- und Grundregistereinträge bezüglich der gegenseitigen Zugangsrechte und des Fortbestandsrechts für gemeinschaftliche Anlagen wie Haustüre, Treppen und Fenster bei den Grundstücken Kat.-Nr. 1 und 3 bereinigt werden.

II.

Das Verfahren war bei der Vorinstanz am 3. Juni 2011 (Datum des Poststempels) mit Einreichen der Weisung des Grundbuchamtes C._____ anhängig gemacht worden (Urk. 1). Über den weiteren Verfahrensverlauf vor Vorinstanz gibt das angefochtene Urteil Auskunft (Urk. 88 S 5 f.). Gegen das Urteil der Vorinstanz vom 4. Dezember 2014 hatte zunächst der Kläger Berufung erhoben, diese in der Folge aber wieder zurückgezogen, was zur Abschreibung jenes Berufungsverfahrens führte (Geschäfts-Nr. NE150001, Beschluss vom 23. Februar 2015). Der Beklagte hat seinerseits mit Eingabe vom 16. März 2015 fristgerecht Berufung eingelegt (Urk. 87). Die Berufungsantwort und Anschlussberufung datiert vom 18. Mai 2015 (Urk. 95). Am 6. Juli 2015 reichte der Beklagte eine Anschlussberufungsantwort und eine Stellungnahme zu Noven in der Berufungsantwort ein (Urk. 101). Der Kläger liess sich am 23. September 2015 nochmals schriftlich vernehmen (Urk. 108). Diese Eingabe wurde dem Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt.

Der Beklagte hat für das Berufungsverfahren einen Vorschuss von Fr. 7'950.– und der Kläger einen solchen von Fr. 2'000.– geleistet (Urk. 93 und 99).

III.

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-

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).

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

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.

3. Der Kläger hat in Ziff. 1 seiner Anschlussberufung die von ihm beantragte Bereinigung des Grundprotokolls und der Grundregistereinträge auf die gegenseitigen Zugangsrechte und das Fortbestandsrecht für gemeinschaftliche Anlagen zugunsten und zulasten der Grundstücke Kat.-Nr. 1 und 3 gemäss neu eingereichten Plänen (Urk. 97/1 und 97/2) beschränkt. Der Beklagte ist der Auffassung, es handle sich bei diesen Plänen um unzulässige Noven, soweit es sich nicht um Zugaben gegenüber seiner Sachdarstellung handle oder der Kläger nicht auf die Geltendmachung von Rechten verzichte, welche er vor Vorinstanz noch beansprucht habe (Urk. 101 S. 5 ff.). Indessen ist es erlaubt, zur Konkretisierung und Verdeutlichung eines Rechtsbegehrens Pläne einzureichen, weshalb diese nicht per se wegen des Novenverbots unzulässig und unbeachtlich sind. Dies muss insbesondere dann gelten, wenn das Rechtsbegehren in Verbindung mit den Plänen gegenüber den Anträgen vor Vorinstanz nicht neu ist.

Der Beklagte macht geltend, die Wegfläche im Bereich des 17. Zimmers und das mittlere Zimmer im 2. Obergeschoss seien im Plan vom 2. Obergeschoss (Urk. 97/2) nicht blau eingefärbt, woraus folge, dass der Kläger kein Zugangsrecht zum 17. Zimmer und kein Fortbestandsrecht für das mittlere Fenster beanspruche. Die Berufungsanträge 3a und 3b des Beklagten könnten daher als anerkannt gelten (Urk. 101 S. 8). Der Antrag 2 des Klägers in seiner Berufungsantwort lautet indessen, Berufungsantrag Ziffer 3 sei insoweit abzuweisen, als die Bereinigung über die blau eingefärbten Bereiche in den Plänen des Klägers hinausgehe. Dieser hat also die Berufungsanträge 3a und 3b in den strittigen Bereichen gerade nicht anerkannt.

IV.

1. a) Das Verfahren der Grundbucheinführung wird durch das kantonale Recht bestimmt (BGer 5A_803/2013, E. 2.1). Gemäss § 271 Abs. 1 EG ZGB werden Streitigkeiten, die sich bei der Anlegung des Grundbuchs über die Eintragung dinglicher Rechte ergeben, vom Grundbuchverwalter ungeachtet des Streitwerts an das Einzelgericht gewiesen, wenn ein vom Grundbuchverwalter angestellter Sühnversuch erfolglos geblieben ist. Das Einzelgericht entscheidet im ordentlichen Verfahren (§ 75 Abs. 1 der Verordnung des Obergerichtes über die Geschäftsführung der Grundbuchämter und die Einführung des eidgenössischen Grundbuchs vom 26. März 1958 {Kantonale Grundbuchverordnung}). § 53 dieser Verordnung bestimmt, dass der Anlegung des Grundbuchs eine Bereinigung der Grundprotokolle und Grundregister vorausgehe mit dem Zweck, die Rechtsverhältnisse an den Grundstücken vollständig und eindeutig zu ermitteln. Die Bereinigung bezieht sich auf die vor dem 1. Januar 1912 entstandenen Rechtsverhältnisse. „Wo es sich als wünschbar erweist, soll auch eine Neuordnung der später begründeten dinglichen Rechte durch Verständigung der Parteien angestrebt werden.“ (§ 54 Abs. 2 Kantonale Grundbuchverordnung). Die Vorinstanz folgerte daraus, dass es sich rechtfertige, nur jene Rechtsverhältnisse zu untersuchen, welche vor der Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches bestanden hatten; dabei handle es sich nur um einen kleinen Teil der strittigen Rechtsver-

hältnisse. Im Laufe des Verfahrens hätten die Parteien den Streitgegenstand immer weiter ausgedehnt. Das Grundbuchamt und das Gericht hätten mit immensen Aufwand versucht, durch Verständigung der Parteien auch die Neuordnung der später begründeten dinglichen Rechte anzustreben, jedoch vergeblich. Die Neuordnung der später begründeten dinglichen Rechte lasse sich mit dem Ziel der beförderlichen Einführung des Grundbuches nicht mehr in Einklang bringen, da die Klärung der neurechtlichen Rechtsverhältnisse ein umfangreiches Beweisverfahren voraussetzen würde. Es widerspreche auch nicht Treu und Glauben, die Zuständigkeit des Einzelrichters im vorliegenden Verfahren restriktiv auszulegen. Die Parteien selbst hätten festgehalten, dass im vorliegenden Verfahren lediglich jene Rechtsverhältnisse zu betrachten seien, die vor dem 1. Januar 1912 entstanden seien (Urk. 88 S. 7 f.).

b) Letzteres bestreitet der Beklagte (Urk. 87 S. 19). Er hält aber auch unabhängig davon die von der Vorinstanz vorgenommene Einschränkung für verfehlt (unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung). Dass es zweckmässig sei, alle strittigen dinglichen Rechte ungeachtet ihres Entstehungszeitpunkts zu überprüfen, zeige sich vor allem dort, wo – wie dies hier zum Teil der Fall sei – der Entstehungszeitpunkt zwischen den Parteien umstritten sei. Denn auch in diesem Fall müsse zuerst einmal geklärt werden, um welches dingliche Recht es gehe und wann dieses errichtet worden sei. Ohne diese Klärung lasse sich gar nicht erst entscheiden, welche Rechte vor dem 1. Januar 1912 entstanden seien und welche nicht. Diese Klärung habe die Vorinstanz unterlassen. Unzutreffend sei, dass ein Grossteil der strittigen Rechte nach dem 1. Januar 1912 entstanden sei; die Vorinstanz verletze bezüglich dieser Behauptung auch ihre Begründungspflicht, da sie nicht sage, welche Rechte darunter fielen. Schon das Grundbuchamt habe die bestehenden, aber nicht eingetragenen dinglichen Rechte sehr unvorsorgfältig und unvollständig ermittelt, was dazu geführt habe, dass die Rechte im Laufe des vorinstanzlichen Verfahrens ergänzt worden seien. Dabei habe es sich um zulässige Klageänderungen gehandelt (Urk. 87 S. 16 ff.).

Der Kläger hält die von der Vorinstanz vorgenommene Beschränkung ihrer Zuständigkeit für richtig und schliesst auf Abweisung des gegnerischen Antrags auf Aufhebung von Ziff. 1 des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 95 S. 4). Damit setzt er sich in Widerspruch zu seinen Ausführungen in der Klagebegründung vor Vorinstanz, wo er schrieb, Ziel des Verfahrens sei eine komplette Bereinigung der Einträge im Grundregister- und Grundprotokoll mit Bezug auf die Grundstücke der Parteien, damit alle Einträge telquel ins Grundbuch, welches in der Gemeinde D._____ neu eingeführt werde, übernommen werden könnten. Der Kläger habe ein sofortiges Interesse, dass im Rahmen des vorliegenden Verfahrens sämtliche Bereinigungen vorgenommen werden könnten und der Beklagte nicht in einem weiteren Prozess zusätzliche behauptete Rechte zur Eintragung ins Grundregister bzw. ins Grundbuch geltend machen werde (Urk. 35 S. 5). Bei seinen Anträgen handle es sich einerseits um Rechtsverhältnisse, welche vor dem 1. Januar 1912 entstanden seien, andererseits um notwendige Regelungen von Rechtsverhältnissen, welche nach dem 1. Januar 1912 begründet worden seien (Urk. 35 S. 6).

c) aa) Zu prüfen ist, ob die in § 271 Abs. 1 EG ZGB begründete Zuständigkeit des Einzelgerichts auf strittige Rechtsverhältnisse beschränkt ist, welche vor dem 1. Januar 1912 entstanden sind. Diese Bestimmung ist seit ihrem Erlass bis heute nur geringfügig (redaktionell) geändert worden. Aus dem Wortlaut ergibt sich keine Beschränkung der Zuständigkeit auf vor dem 1. Januar 1912 entstandene Rechtsverhältnisse. Die früheren Verordnungen betreffend die Einführung des Grundbuches vom 7. März 1912 und vom 6. Juli 1928 enthielten keine zeitliche Einschränkung über den Umfang der Bereinigung. So lautete § 1 Abs. 1 der Grundbuchverordnung vom 7. März 1912 wie folgt: „Der Anlegung des Grundbuches geht eine Bereinigung der bisherigen Grundprotokolle nach Massgabe der nachfolgenden Vorschriften (§§ 3 ff.) voraus zu dem Zwecke, die Grundstücke und die zurzeit auf ihnen ruhenden Lasten, sowie die mit dem Eigentum an ihnen verbundenen Rechte für das Grundbuch festzustellen.“ Ähnlich war § 1 Abs. 1 der Grundbuchverordnung vom 6. Juli 1928 formuliert. Erst die Grundbuchverordnung vom 26. März 1958 enthielt dann in § 54 die Bestimmung, wonach sich die Bereinigung auf die vor dem 1. Januar 1912 entstandenen Rechtsverhältnisse beziehe.

Im erläuternden Bericht von Oberrichter Albrecht zum Entwurf der neuen Grundbuchverordnung vom 16. Dezember 1957 wurde auf S. 2 f. darauf hingewiesen, dass § 274 Abs. 1 EG ZGB das bisherige Grundprotokoll als Grundbuchersatz bezeichne und ihm volle Grundbuchwirkung mit Ausnahme der Wirkung zugunsten des gutgläubigen Dritten verleihe. Die seit 1912 eingetretenen Veränderungen der dinglichen Rechte an Grundstücken würden also durch das Grundprotokoll so zuverlässig ausgewiesen wie durch das neue Grundbuch. Dieses Protokollsystem gebe über den Bestand der eingetragenen dinglichen Rechte an Liegenschaften vollständig Auskunft. Denn an jedem letzten Eintrag über eine Liegenschaft seien alle auf sie bezüglichen Beschreibungen und Eintragungen, also auch die dinglichen Rechte, mit Ausnahme der unter altem Recht nicht eintragungsbedürftigen Servituten, alle Vormerkungen, Anmerkungen und Pfandrechte zusammengefasst. Unter der Überschrift „Die Servituten-Bereinigung“ heisst es dann weiter: „... Zunächst ist der 1. Januar 1912 als für dieses Verfahren wichtiger Stichtag festzuhalten. Da von dort an der gesamte Grundbuchverkehr nach Bundesrecht vor sich ging (wie oben S. 2/3 dargelegt), sind die seit jenem Stichtag vollzogenen Eintragungen [Hervorhebung durch das Gericht] dem kantonalen Bereinigungsverfahren mit seinen Zwangsmitteln nicht zugänglich. Die Beseitigung oder Klarstellung der heute als unzulässig oder unklar erscheinenden neurechtlichen Eintragungen kann nur noch im Verfahren gemäss Art. 975 und 976 ZGB vor sich gehen, und die Frage, ob eine Dienstbarkeit für das berechnete Grundstück bedeutungslos geworden sei, muss im Löschungs- und Ablösungsverfahren gemäss Art. 736 ZGB entschieden werden. Das soll den Bereinigungsbeamten nicht hindern, auf dem Wege der Verständigung auch eine Neuordnung unklarer neurechtlicher Eintragungen anzustreben (§ 54 des Entw.).“

Das Obergericht des Kantons Zürich hat in einem Entscheid vom 28. August 1925 ausgeführt, § 271 EG ZGB, welcher die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters erweitere, sei eng auszulegen. In die Kompetenz des Einzelrichters fielen nicht alle Streitigkeiten, welche überhaupt bei Anlass der Anlegung des Grundbuches entstünden, sondern nur diejenigen, welche den in § 271 Abs. 1 EG ZGB bezeichneten Gegenstand, die Eintragung dinglicher Rechte betreffen. „Eintra-

„Bereinigung“ sei dabei im spezifisch grundbuchrechtlichen Sinne zu verstehen; im Gegensatz dazu stehe die Anmerkung und die Vormerkung. Das Kassationsgericht ergänzte in seiner Entscheidung vom 5. April 1926, es müsse als richtig anerkannt werden, dass zu den in § 271 aufgeführten Streitigkeiten diejenigen Anstände nicht gehörten, welche sich auf die Ablösung eines bestehenden dinglichen Rechtes bezögen. Die genannte Gesetzesvorschrift bezwecke eine möglichst rasche und einfache „Bereinigung“ der schon bei Anlegung des Grundbuches bestehenden bzw. behaupteten dinglichen Rechte. Ihre Tragweite über den durch diese Zweckbestimmung begrenzten Umfang zu erweitern, würde den Charakter derselben als einer Ausnahmebestimmung verkennen (ZBGR 8 S. 189 ff.; kritisch zu dieser einschränkenden Auslegung: Sigrist, Die Bereinigung der dinglichen Rechte als Grundlage der Grundbucheinführung, insbesondere im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1947, S. 45 f.). Damit äusserten sich die Gerichte zwar zum sachlichen Umfang der Zuständigkeit des Einzelrichters, nicht aber zum zeitlichen, auch wenn aus der Formulierung des Kassationsgerichts geschlossen werden könnte, der massgebliche Zeitpunkt sei die „Anlegung des Grundbuches“. Ebenfalls den sachlichen Umfang der Zuständigkeit des Einzelrichters beschlug ein Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht Zürich vom 8. Oktober 1957. Der Einzelrichter erklärte sich zur Beurteilung zuständig, ob eine im Grundprotokoll eingetragene Dienstbarkeit im Grundbuch einzutragen sei, auch wenn solche Rechte von Amtes wegen einzutragen seien (Art. 43 Abs. 3 SchIT ZGB). Der Einzelrichter ergänzte, dass er dabei sämtliche Aspekte und nicht nur diejenigen vor der Einführung des ZGB zu überprüfen habe, ergebe sich schon aus Zweckmässigkeitsgründen (ZBGR 40 S. 212 ff.; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 21 N 16). In diesem Sinne war das Obergericht des Kantons Zürich in einem Urteil vom 11. Mai 1956, welches die Eintragung eines Fusswegrechtes zum Gegenstand hatte, auch auf den Umstand eingegangen, dass die Streitparteien im Jahre 1937 eine Erweiterung des Fussweges zu einem Fahrweg vereinbart hatten. Seit wann der Fussweg existierte, geht aus dem Urteil nicht hervor (ZR 56 Nr. 92 S. 149). Die von der Vorinstanz zitierten Entscheide beschlügen vor dem 1. Januar 1912 entstandene Rechtsverhältnisse (Herbergelast, in einem Kaufvertrag von 1897 erwähnt – ZR 26 Nr. 176

– sowie Fuss- und Fahrwegrecht gemäss einem Gemeinderatsbeschluss vom 31. Januar 1911 – ZR 30 Nr. 121), tragen also nichts zur Entscheidungsfindung bei.

Aufgrund des zitierten Berichts von Oberrichter Albrecht muss davon ausgegangen werden, dass nach dem 1. Januar 1912 begründete und eingetragene dingliche Rechte nicht Gegenstand des Bereinigungsverfahrens sein sollten. Dagegen sind nicht eingetragene Rechte dem Bereinigungsverfahren zugänglich, unabhängig vom Zeitpunkt, in dem sie entstanden sind. Dieser Auslegung steht die zitierte Rechtsprechung nicht entgegen. Für diese Lösung sprechen auch Zweckmässigkeitsgründe, wie sie der Beklagte zutreffend vorgetragen hat. Nicht unter § 271 Abs. 1 EG ZGB fallen demnach strittige dingliche Rechte, welche nach dem 1. Januar 1912 in das Grundprotokoll eingetragen worden sind.

Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz haben die Parteien bei ihr nicht den Standpunkt eingenommen, dass nur jene Rechtsverhältnisse zu betrachten seien, die vor dem 1. Januar 1912 entstanden sind (Urk. 88 S. 8; vgl. Urk. 35 S. 5 f.; Urk. 43 S. 23). Der Kläger hatte nur bezüglich des Dachvorsprungs (Widerklagebegehren Ziff. 6 b) eingewandt, er sei erst nach 1912 angebaut worden und könne somit nicht Gegenstand des Verfahrens sein (Prot. I S. 26). Dies veranlasste den Beklagten zur Aussage, der Dachvorsprung sei gleich alt wie die Scheune und habe demgemäss schon im vorletzten Jahrhundert bestanden. Er sei damit zwingender Bestandteil des Prozesses, wo es ja um die alten Rechte gehe. Auf den Einwand, dass darauf nicht einzutreten sei, sei nicht einzugehen (Prot. I S. 28 f.). In der Widerklagereplik hatte der Beklagte Ausführungen dazu gemacht, dass ihm auch dann ein Überbaurecht für den Dachvorsprung einzuräumen wäre, wenn man davon ausginge, er sei erst nach 1912 errichtet worden (Urk. 76 S. 18 f.). Er anerkannte also die Unzuständigkeit des Einzelrichters für spätere Rechtsverhältnisse nicht. Aber auch der Kläger machte für die von ihm verlangten Eintragungen keine solche Einschränkung. Die sachliche Zuständigkeit ist indessen grundsätzlich (zu den hier nicht anwendbaren Ausnahmen s. § 20 Abs. 2, § 21 Abs. 2 und § 126 Abs. 1 GOG) ohnehin der Parteidisposition entzogen (Wey, in: ZPO-Komm. Sutter-Somm et al., Art. 4 N 7; BSK ZPO-Vock/Nater,

Art. 4 N 5; Hauser/Schweri/Lieber, GOG-Kommentar, Einleitung N 48, Zürich/Basel/Genf 2012; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 17 N 19).

bb) Nach Darstellung des Beklagten beansprucht er nur ein einziges Recht, das zweifelsfrei erst nach dem 1. Januar 1912 errichtet worden ist, nämlich das „Überbaurecht für WC-Raum im 2. Obergeschoss“ (Urk. 87 S. 20). In den Grundregistern zu den betroffenen Grundstücken (Kat.-Nr. 11, 1, 3, 9, 13, 6) sind – abgesehen von Grundpfandrechten – keine dinglichen Rechte eingetragen, mit folgenden Ausnahmen (Urk. 2/3):

Kat.-Nr. 6: Fuss- und Fahrwegrecht zu Lasten Grundregister Blatt 32, 33

Gegenseitiges Fuss- und Fahrwegrecht zu Lasten und zu Gunsten Blatt 10 [Kat.-Nr. 9] vom 28. November 1997

Kat.-Nr. 9: Gegenseitiges Fuss- und Fahrwegrecht zu Lasten und zu Gunsten Blatt 7 [Kat.-Nr. 6] vom 28. November 1997

Gemäss klägerischem Rechtsbegehren Ziff. 1 lit. d soll das gegenseitige Fuss- und Fahrwegrecht für die Grundstücke Kat.-Nr. 9 und 6 vom 28. November 1997 geändert werden. Zur Begründung führte der Kläger aus, die Parteien des Dienstbarkeitsvertrags vom 28. November 1997 hätten die Dienstbarkeitsfläche im Grundriss falsch eingezeichnet. Es sei unmöglich, dass der Beklagte den im Plan Nr. 1 in Urk. 36/5 dunkelgelb eingefärbten Bereich unter der Scheune des Klägers für seine Garageneinfahrt und -ausfahrt benutzen könne. Die entsprechende Dienstbarkeitsfläche sei daher im Hinblick auf den Zweck dieser Dienstbarkeit („Gewährleistung der Ein- und Ausfahrt der Garagen der Parteien“) auf das entsprechend notwendige Mass zu korrigieren (Urk. 35 S. 13 f.). Es handelt sich um ein nach dem 1. Januar 1912 begründetes und eingetragenes dingliches Recht, das abgeändert werden soll. Diesbezüglich ist die Vorinstanz nach dem zuvor Gesagten zu Recht mangels sachlicher Zuständigkeit nicht eingetreten. Im Übrigen ist dagegen ihre sachliche Zuständigkeit zu bejahen.

cc) Mit den Rechtsbegehren Ziff. 2 lit. a und b hat der Kläger die Feststellung beantragt, dass keine Überbaurechte im 1. und 2. Obergeschoss sowie im Dachgeschoss zugunsten des Grundstücks Kat.-Nr. 3 und zulasten des Grundstücks Kat.-Nr. 1 bestehen, ebenso, dass kein Überbaurecht zugunsten des Grundstücks Kat.-Nr. 11 und zulasten des Grundstücks Kat.-Nr. 6 bestehe. Dabei geht es nach Darstellung des Klägers um Überbauten, welche der Beklagte nach 1912 ohne Zustimmung des früheren Eigentümers der belasteten Grundstücke ausführen liess (Urk. 35 S. 14 f.). Der Kläger hat den Nichteintretensentscheid der Vorinstanz (Dispositivziffer 1) nicht angefochten; der Beklagte ist diesbezüglich (Nichteintreten auf die klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 2 lit. a und b) nicht beschwert. Auf seine Berufung ist daher in diesem Umfang nicht einzutreten.

2. Die Vorinstanz führt in ihrem Urteil aus, zwischen den Parteien herrsche Einigkeit bezüglich der Löschung der beiden Grundstücke „ideelle Hälfte an einem Trottenhaus“, der Löschung der zwei Notas „bisheriger Rechtszustand“ und der Nota „Trotthaus“ sowie bezüglich der Abschreibung der entsprechenden Grundprotokolleinträge und der Nachführung der entsprechenden Grundbuchrechte im Grundregister D._____ gemäss der Weisung des Grundbuchamtes C._____ an das Bezirksgericht Dietikon vom 3. Juni 2011 (Urk. 1 Ziff. 1-7) in Verbindung mit Ziff. II/3-9 des Vertragsentwurfs zwischen den Parteien (Urk. 2/1; Urk. 88 S. 9). Entsprechend hat die Vorinstanz die Bereinigung bzw. Abschreibung dieser Grundprotokoll- und Grundregistereinträge in den Dispositivziffern 2-8 ihres Urteils angeordnet. Die Berufung des Beklagten richtet sich nicht gegen diese Dispositivziffern. Der Kläger beantragt in seiner Anschlussberufung die Aufhebung der Dispositivziffern 9-12; im Übrigen sei auf die Klage, Widerklage und Berufung nicht einzutreten. In der Begründung der Anschlussberufung äussert sich der Kläger nicht zu den Dispositivziffern 2-8 und den entsprechenden Erwägungen des Vorderrichters. Auf die Anschlussberufung gegen diese Dispositivziffern ist daher nicht einzutreten, sofern sie der Kläger überhaupt anfechten wollte.

3. a) Die Vorinstanz hat die Klage und die Widerklage im Übrigen abgewiesen, soweit sie darauf eintrat. Zur Begründung führte der Vorderrichter aus, so-

wohl der Kläger als auch der Beklagte hätten bezüglich der vor dem Jahre 1912 entstandenen Rechtsansprüche lediglich pauschal behauptet, die geltend gemachte Situation habe schon seit jeher bestanden. Diese Behauptung sei von der Gegenseite teilweise bestritten worden. Dennoch habe es die beweisbelastete Partei jeweils unterlassen, diese pauschale Behauptung zu substantiieren, obwohl seitens des Klägers wie auch seitens des Beklagten klar gewesen sei, dass Gegenstand des vorliegenden Verfahrens nur jene Rechtsverhältnisse bildeten, welche vor 1912 entstanden seien. Damit hätten auch Substantiierungshinweise seitens des Gerichts unterbleiben können, zumal die Parteien anwaltlich vertreten seien und darüber hinaus das ordentliche Verfahren anwendbar sei. Im Übrigen könne die Frage der genügenden Substantiierung offenbleiben, wenn die Merkmale der Anspruchsgrundlage nicht einmal behauptet worden seien. So hätten weder der Kläger noch der Beklagte behauptet, dass die zehnjährige Ersitzungsfrist sowie der fortgesetzte gutgläubige Besitz gemäss § 246 PGB (Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich vom 4. September 1887) erfüllt seien. Die Parteien hätten den rechtserheblichen Sachverhalt nicht (genügend) behauptet. Die Ergänzung der Substantiierung anlässlich des Beweisverfahrens sei nicht zulässig, weshalb die geltend gemachten und strittigen Ansprüche der Parteien abzuweisen seien (Urk. 88 S. 10).

b) Der Beklagte ist der Auffassung, dem Richter müsse im Grundbuchbereinungsverfahren eine gewisse Pflicht zur Abklärung des Sachverhalts von Amtes wegen zukommen, andernfalls das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel häufig gar nicht erreicht werden könne. Der Richter sei verpflichtet, bei unklaren, unbestimmten oder offensichtlich unvollständigen Sachvorbringen der Parteien von seiner Fragepflicht Gebrauch zu machen. Diese Verpflichtung ergebe sich nicht nur aus dem Prozessrecht, sondern auch aus dem Sinn und Zweck des Grundbuchs und dem daran bestehenden öffentlichen Interesse (Urk. 87 S. 12 f.). Darüber hinaus ist der Beklagte aber auch der Meinung, seine Ansprüche genügend substantiiert zu haben (Urk. 87 S. 25 ff.).

Beide Parteien haben darauf hingewiesen, dass das auf den Grundstücken Kat.-Nr. 1 und 3 stehende Wohnhaus schon lange vor dem 1. Januar 1912 in zwei Haushälften aufgeteilt worden sei. Die beiden jeweiligen Grundstückeigentümer des Wohnhauses hätten sich daher gegenseitig Zugangs- und Benutzungsrechte von gemeinsamen Anlagen gewährt, um ihre Wohnhaushälften betreten und nutzen zu können. Diesbezüglich hätten sich weitergehende substantiierte Sachdarstellungen erübrigt (Urk. 87 S. 87 f.; Urk. 95 S. 12 f.). Beide Parteien machen geltend, dass die Gegenpartei einen Grossteil dieser Rechte anerkannt habe (Urk. 87 S. 22 ff.; Urk. 95 S. 13).

c) Die Pflicht einer Prozesspartei, ihre Sachdarstellungen zu substantiieren, bedeutet, dass die Partei die Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen hat, dass darüber Beweis abgenommen werden kann. Dabei bestimmt das Bundesrecht, wie weit ein Sachverhalt zu substantiieren ist, damit er unter die Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden kann. Die inhaltliche Tragweite der Substantiierungslast hängt auch vom prozessualen Verhalten der Gegenpartei ab. Tatsachenbehauptungen müssen so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b; 108 II 337 E. 2b S. 339; Bger 4A_155/2014, E. 7.3). Gegenstand der Behauptungs- und Bestreitungslast bilden rechtsbegründende, rechtsaufhebende und rechtshemmende Tatsachen, d.h. Tatsachen, welche Tatbestandsmerkmal des Rechtssatzes bilden, dessen Anwendung in Frage steht. Diese rechtserheblichen Tatsachen werden somit im Hinblick auf ihre Subsumtion unter den anwendbaren Rechtssatz bestimmt (Glasl, Dike-Komm-ZPO, Art. 55 N 11; Guldener, Zivilprozessrecht, 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-

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

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 Grundregisterinträgen 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 substantiieren. 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-

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 Erwerbgrund 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.

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

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 Hauseingang zu Kellertreppe“, dies zugunsten seines Grundstücks Kat.-Nr. 3 und zulasten 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 Hauptverhandlung vom 26. November 2013 neu gestellten Anträge damit, dass diese neuen 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 gemeinschaftliche 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 zugunsten 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

Fuss- und Fahrwegrecht angewiesen. Das Rechtsbegehren Ziff. 4 lit. b sei viel zu unbestimmt. Es werde nicht gesagt, für welche Art von Medien Durchleitungsrechte verlangt würden und wo diese Leitungen durchgehen sollten. Auf den Antrag sei nicht einzutreten (Prot. I S. 19). Die mit der Widerklagereplik neu geltend gemachten 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 Fahrwegrecht 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

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 Asssek.-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

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. 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-

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._____, eingebaut 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 Fortbestandsrecht für die beiden Fenster samt Anbauverbot wie auch für den Elektroverteilkasten samt Leitungen stützte er sich auf den Entstehungsgrund der körperlichen 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 Unrecht mangels genügender Substantiierung abgewiesen, soweit sie auf die Rechtsbegehren überhaupt eingetreten ist. Einzig das klägerische Rechtsbegeh-

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 Dispositivziffern 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 verfähre.

Mit seinem Berufungsantrag Ziff. 3 macht der Beklagte Rechte geltend, welche vorinstanzlich von beiden Parteien anerkannt worden seien (Urk. 87 S. 22 ff.). Es rechtfertigt sich, den Entscheid darüber ebenfalls der Vorinstanz zu überlassen, wie dies der Beklagte eventualiter beantragt hat, da über den darüber hinausgehenden Umfang dieser Rechte ohnehin zu entscheiden sein wird.

V.

Beide Parteien erachten die von der Vorinstanz festgesetzte Entscheidgebühre als überhöht (Urk. 87 S. 40 f.; Urk. 95 S. 13 f.). Da die Vorinstanz die Kosten- und Entschädigungsfolgen neu festzusetzen haben wird, ist darauf nicht weiter einzugehen. Die Vorinstanz wird den weitaus überwiegenden Teil der Rechtsbegehren neu zu beurteilen haben, weshalb es sich nicht rechtfertigt, Kosten- und Entschädigungsfolgen für die erledigten Rechtsbegehren separat festzusetzen. Für das Berufungsverfahren ist die Entscheidgebühre 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 Vorinstanz 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:

1. Das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 4 lit. b wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Beschluss.

und beschlossen:

1. Auf das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 1 d wird nicht eingetreten.
2. Auf die Berufung des Beklagten gegen Dispositivziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 4. Dezember 2014 wird nicht eingetreten, soweit das Einzelgericht damit auf das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 1 lit. c betreffend Durchleitungsrecht für Fernheizung und auf die klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 2 lit. a und b nicht eingetreten ist.
3. Auf die Anschlussberufung gegen die Dispositivziffern 2-8 des Urteils des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 4. Dezember 2014 wird nicht eingetreten.
4. Im Übrigen werden die Dispositivziffern 1, 9 und 10-12 des Urteils des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 4. Dezember 2014 aufgehoben und wird das Verfahren zur Weiterführung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt.
6. Die Festsetzung der Parteientschädigungen und die Verteilung der Prozesskosten für das Berufungsverfahren werden der Vorinstanz überlassen.
7. Es wird vorgemerkt, dass der Kläger einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– und der Beklagte einen solchen von Fr. 7'950.– geleistet hat.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

9. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht,

320 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 Teilentscheid im Sinne von Art. 91 BGG (betreffend das Erkenntnis und Disp.Ziff. 1-3 des Beschlusses) sowie ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG (betreffend Disp.Ziff. 4 des Beschlusses).

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 80'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 26. November 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. N. Gerber

versandt am:
mc