



**ZA 21 13**

*Urteil BGer 5D\_119/2022, 5D\_120/2022 vom 20. Februar 2023/Abweisung*

**Urteil vom 14. Dezember 2021  
Zivilabteilung**

**Besetzung**

Vizepräsidentin Barbara Brodmann, Vorsitz,  
Oberrichter Rolf Gabriel,  
Oberrichter Erwin Odermatt,  
Gerichtsschreiber Marius Tongendorff.

**Verfahrensbeteiligte**

**E. \_\_,**

vertreten durch Rechtsanwalt Hannes Munz,  
Anwaltschaftsgemeinschaft, Advokatur & Notariat,  
Denkmalstrasse 2, Postfach 6869, 6000 Luzern 6,

**Berufungsklägerin / Beklagte,**

gegen

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

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

**3. C. \_\_**

**4. D. \_\_**

Berufungsbeklagte 1, 2 und 4 vertreten durch Rechtsanwalt  
Patrick Iten, Blöchlinger Iten Rechtsanwälte & Notare,  
Alter Postplatz 2 / City, Postfach, 6371 Stans,

**Berufungsbeklagte / Klägerinnen,**

**Gegenstand**

**Mitbenutzungsrecht an Trockenraum**

Berufung gegen das Urteil des Kantonsgerichts Nidwalden,  
Zivilabteilung/Einzelgericht, vom 8. Oktober 2020  
(ZE 19 207).

## **Sachverhalt:**

### **A.**

Zu Lasten des Grundstücks Nr. ee, GB Stans, und zu Gunsten der Grundstücke Nrn. aa, bb, dd sowie cc, alle GB Stans, besteht im teilweise gemeinschaftlich genutzten Untergeschoss ein «Mitbenutzungsrecht an Trockenraum» (vi-KB 3). E.\_\_\_ (nachfolgend: Berufungsklägerin) ist Eigentümerin des belasteten Grundstücks Nr. ee (vi-KB 3), während die A.\_\_\_ (Grundstück Nr. aa), B.\_\_\_ (Grundstück Nr. bb), C.\_\_\_ (Grundstück Nr. cc) und D.\_\_\_ (Grundstück Nr. dd), nachfolgend als Berufungsbeklagte bezeichnet, Eigentümerinnen der berechtigten Grundstücke sind (vi-KB 4). Bei diesem Trockenraum handelt es sich um den gemäss Grundbuchbeleg zum Mitbenutzungsrecht (Grundriss Untergeschoss Siedlung X.\_\_\_) grundsätzlich über den Kellergang offen zugänglichen Raum auf dem Grundstück Nr. ee, im Untergeschoss der Häuserzeile Y.\_\_\_ (Grst. Nr. bb – cc), der mit der Bezeichnung «Tröckne» versehen ist (vi-KB 7; Beleg Nr. 1453 vom 13. September 1993).

Im Februar 2019 liess die Berufungsklägerin im Untergeschoss ihres Grundstücks Nr. ee, eine Mauer mit Türe über die gesamte Breite ihres Grundstücks einbauen und dadurch einen Teil des Trockenraums vom Kellergang abtrennen. Ferner liess die Berufungsklägerin anfangs März 2019 ein Holzgatter im Kellergang auf der Grundstücksgrenze zum Nachbargrundstück Nr. aa anbringen (vi-B-7; Augenscheinprotokoll vom 17. Juni 2020; vi-A-3 Rz. 4 und 6; vi-A-4 Rz. 4 und 6).

### **B.**

Nachdem die Berufungsklägerin trotz mehrfacher Aufforderung (vi-KB 8 und 10) die von ihr angebrachte Mauer mit Türe sowie das Holzgatter im Untergeschoss nicht zurückbaute, reichten die Berufungsbeklagten am 11. April 2019 ein Schlichtungsgesuch ein. Das Schlichtungsverfahren endete unvermittelt und die Berufungsbeklagten erhielten die Klagebewilligung (vi-KB 11).

### **C.**

Die Berufungsbeklagten klagten am 14. November 2019 gegen die Berufungsklägerin und stellten die folgenden Anträge (vi-A-3):

« 1. *Entfernen von Wand und Türe zum Trockenraum*

Die Beklagte sei als Eigentümerin des Grundstückes Nr. ee, Grundbuch Stans, unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) gerichtlich anzuweisen und zu verpflichten, die

von ihr im Untergeschoss des Reiheneinfamilienhauses auf dem Grundstück Nr. ee, Grundbuch Stans, erstellte Wand und Türe zur Abtrennung des Trockenraums (gemäss roter Markierung auf Grundrissplan) innert 20 Tagen seit Rechtskraft des Urteils vollständig auf eigene Kosten zu entfernen.

2. *Wiederanbringen der Trocknungsleinen*

Die Beklagte sei als Eigentümerin des Grundstückes Nr. ee, Grundbuch Stans, unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB gerichtlich anzuweisen und zu verpflichten, die von ihr im Untergeschoss des Reiheneinfamilienhauses auf dem Grundstück Nr. ee, Grundbuch Stans, entfernten Trocknungsleinen innert 20 Tagen seit Rechtskraft des Urteils auf eigene Kosten wieder anzubringen (gemäss grüner Markierung auf dem Grundrissplan).

3. *Entfernen der Türe im Kellereingang*

Die Beklagte sei als Eigentümerin des Grundstückes Nr. ee, Grundbuch Stans, unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB gerichtlich anzuweisen und zu verpflichten, die von ihr im Untergeschoss des Reiheneinfamilienhauses an der Grenze zwischen den Grundstücken Nrn. ee und aa, beide Grundbuch Stans, erstellte Türe im Kellergang innert 20 Tagen seit Rechtskraft des Urteils vollständig auf eigene Kosten zu entfernen (gemäss violetter Markierung auf Grundrissplan).

4. *Verpflichtung zur Duldung des Mitbenutzungsrechtes*

Die Beklagte sei als Eigentümerin des Grundstückes Nr. ee, Grundbuch Stans, unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB gerichtlich zu verpflichten, das dinglich gesicherte Mitbenutzungsrecht der Kläger am Trockenraum (Grundbuch-Identifikations-Nr. ff) auch zukünftig uneingeschränkt und dauerhaft zu dulden (gemäss gelber Fläche auf Grundrissplan).

5. *Wiederherstellung der Strom- und Wasseranschlüsse*

Die Beklagte sei als Eigentümerin des Grundstückes Nr. ee, Grundbuch Stans, unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB gerichtlich anzuweisen und zu verpflichten, die von ihr im Untergeschoss des Reiheneinfamilienhauses auf dem Grundstück Nr. ee, Grundbuch Stans, umgebauten Strom- und Wasseranschlüsse gemäss ursprünglichem Zustand im Februar 2019 wiederherzustellen.

6. *Offenlegung Wasser- und Strombezug*

Die Beklagte sei als Eigentümerin des Grundstückes Nr. ee, Grundbuch Stans, unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB gerichtlich anzuweisen und zu verpflichten, offenzulegen, wie viel Wasser und Strom sie während der Verhinderung der Ausübung der Dienstbarkeit zwischen Februar 2019 und der Wiederherstellung des Trockenraumes auf dem Grundstück Nr. ee, Grundbuch Stans, bezogen hat.

7. *Entschädigung für Wasser- und Strombezug*

Die Beklagte sei als Eigentümerin des Grundstückes Nr. ee, Grundbuch Stans, unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB gerichtlich anzuweisen und zu verpflichten, für das von ihr während der Verhinderung der Ausübung der Dienstbarkeit zwischen Februar 2019 und der Wiederherstellung des Trockenraumes bezogene Wasser und Strom an die Klägerschaft eine angemessene, noch zu beziffernde Entschädigung zu bezahlen.

8. *Polizeiliche Hilfe und Ersatzvornahme*

Kommt die Beklagte nicht innert Frist ihren auferlegten Pflichten nach, seien die Kläger sogleich zu berechtigten – nebst der Bestrafung nach Ziff. 1 bis 7 – auf Kosten der Beklagten polizeiliche Hilfe in

Anspruch zu nehmen und die entsprechende Wiederherstellung bzw. Ersatzvornahme direkt vorzunehmen bzw. vornehmen zu lassen (Art. 343 Abs. 1 lit. d und lit. e ZPO).

9. *Kosten*

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.»

**D.**

In ihrer Klageantwort vom 20. Januar 2020 beantragte die Berufungsklägerin, auf die Klage sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie kostenfällig abzuweisen (vi-A-4).

**E.**

Am 17. Juni 2020 führte die Vorinstanz einen Augenschein und eine Instruktionsverhandlung mit Parteibefragungen durch, an der auch Vergleichsgespräche geführt wurden. Die Parteien konnten sich nicht auf einen Vergleich einigen, waren aber damit einverstanden, auf eine mündliche Hauptverhandlung zu verzichten und schriftliche Schlussvorträge einzureichen (vi-B-7 – 9).

**F.**

Die Vorinstanz gab den Parteien zunächst Gelegenheit, neue Tatsachen und Beweise vorzubringen (vi-C-12), worauf die Berufungsbeklagten am 2. Juli 2020 (vi-A-5) und die Berufungsklägerin am 24. Juli 2020 (vi-A-6) eine Noveneingabe einreichten. Die Parteien konnten danach Schlussvorträge und ihre Kostennoten einreichen, was die Berufungsklägerin am 6. August 2020 (vi-B-10) und die Berufungsbeklagten am 3. September 2020 (vi-B-11) machten. Die Berufungsbeklagten zogen in ihrem Schlussvortrag die Klageanträge Ziff. 5 (Wiederherstellung der Strom- und Wasseranschlüsse), Ziff. 6 (Offenlegung Wasser- und Strombezug) und Ziff. 7 (Entschädigung für Wasser- und Strombezug) zurück.

**G.**

Mit Urteil ZE 19 207 vom 8. Oktober 2020 erkannte das Kantonsgericht Nidwalden/Einzelgericht, Folgendes (vi-A-2; Wortlaut gemäss der begründeten Fassung):

- « 1. In Bezug auf die Klagebegehren Ziffer 5 («Wiederherstellung der Strom- und Wasseranschlüsse»), Ziffer 6 («Offenlegung Wasser- und Strombezug») sowie Ziffer 7 («Entschädigung für Wasser- und Strombezug») wird das Verfahren zufolge Rückzugs als erledigt abgeschlossen.
- 2. Im Übrigen wird die Klage teilweise gutgeheissen.
- 2.1 Die Beklagte wird als Eigentümerin des Grundstücks Nr. ee, Grundbuch Stans, gerichtlich angewiesen und verpflichtet,

- die von ihr im Untergeschoss des Reiheneinfamilienhauses auf dem Grundstück Nr. ee, Grundbuch Stans, erstellte Wand zur Abtrennung des Trockenraums auf einer Länge von zwei Metern ab der Trennmauer zum Grundstück Nr. aa, Grundbuch Stans (entsprechend der roten Markierung auf Grundrissplan [KB 7]) innert 20 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils zu entfernen und
  - das dinglich gesicherte Mitbenutzungsrecht der Klägerinnen am Trockenraum (Grundbuch-Identifikations-Nr. ff) im Bereich von zwei Metern ab der Trennmauer zum Grundstück Nr. aa, Grundbuch Stans (entsprechend der gelben Fläche auf Grundrissplan [KB 7]) ab sofort uneingeschränkt und dauerhaft zu dulden.
- 2.2 Bei Widerhandlungen gegen die richterlichen Befehle gemäss Ziff. 2.1 hiervor wird der Beklagten die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB angedroht (Art. 292 StGB lautet: «Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft»).
- 2.3 Kommt die Beklagte den richterlichen Befehlen gemäss Ziff. 2.1 hiervor nicht (betreffend Duldung des Mitbenutzungsrechts) bzw. nicht fristgemäss (betreffend Entfernung der Wand) nach, so werden die Klägerinnen berechtigt – nebst der Bestrafung – polizeiliche Hilfe in Anspruch zu nehmen und eine entsprechende Wiederherstellung bzw. Ersatzvornahme direkt vorzunehmen bzw. vornehmen zu lassen.
3. Die weitergehenden Klagebegehren werden abgewiesen.
4. Die ordentlichen Gerichtskosten betragen Fr. 2'500.00 (inkl. Auslagen), wovon ein Teilbetrag von Fr. 1'500.00 (inkl. Auslagen) auf die herabgesetzte Gebühr für das Urteilsdispositiv entfällt. Sie gehen im Umfang von Fr. 750.00 zu Lasten der Klägerinnen und im Umfang von Fr. 1'750.00 zu Lasten der Beklagten.
- Die Gerichtskosten werden mit dem Kostenvorschuss der Klägerinnen von Fr. 1'500.00 verrechnet und sind in diesem Umfang bezahlt. Die Kostenrestanz von Fr. 1'000.00 hat die Beklagte mit beiliegendem Einzahlungsschein an die Gerichtskasse Nidwalden zu bezahlen.
- Die von den Klägerinnen vorgeschossenen Kosten für das Schlichtungsverfahren von Fr. 200.00 gehen je hälftig, d.h. im Betrag von je Fr. 100.00 zu Lasten der Klägerinnen einerseits und der Beklagten andererseits.
- Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägerinnen intern und direkt ihren Anteil an den vorgeschossenen Verfahrenskosten von total Fr. 850.00 (Fr. 750.00 Gerichtskosten, Fr. 100.00 Kosten Schlichtungsverfahren) zu erstatten.
5. Jede Partei hat ihre eigenen Parteikosten selbst zu tragen.
6. [Zustellung]»

## H.

Am 21. Juni 2021 erhob die Berufungsklägerin gegen dieses Urteil Berufung und stellte die folgenden Anträge (amtl. Bel. 1):

- « 1. Es sei das Urteil des Kantonsgerichts Nidwalden vom 8. Oktober 2020 bezüglich der Dispositivziffern 2, 4, und 5 aufzuheben und die Klage der Kläger/Berufungsbeklagten vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter sei das Urteil des Kantonsgerichts Nidwalden vom 8. Oktober 2020 bezüglich der Dispositivziffern 2, 4 und 5 aufzuheben und die Klage zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, auch für das erstinstanzliche Verfahren, zu Lasten der Kläger/Berufungsbeklagten.»

**I.**

Mit Berufungsantwort vom 14. September 2021 beantragten die Berufungsbeklagten 1, 2 und 4 die kostenfällige Abweisung der Berufung (amtl. Bel. 5). Die Berufungsbeklagte 3 liess sich innert Frist nicht vernehmen.

**J.**

Die Berufungsklägerin reichte am 4. Oktober 2021 eine freigestellte Replik ein (amtl. Bel. 7), in welcher sie an ihren Berufungsanträgen festhielt. Die Berufungsbeklagten verzichteten auf eine Duplik (amtl. Bel. 9). Damit war der Rechtschriftenwechsel abgeschlossen.

Die Parteien reichten je mit Schreiben vom 25. Oktober 2021 ihre Kostennoten ein (amtl. Bel. 11 und 12).

**K.**

Praxisgemäss wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen. Das Obergericht Nidwalden, Zivilabteilung, beriet die Streitsache anlässlich seiner Sitzung vom 14. Dezember 2021 abschliessend. Auf die Parteivorbringen wird, sofern erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

## **Erwägungen:**

### **1.**

#### **1.1**

Gegen erstinstanzliche Endentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung zulässig, sofern der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 ZPO).

Der Streitwert bestimmt sich nach den zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren respektive nach dem Betrag, der im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils noch streitig war. Die Berufung ist nicht zulässig, wenn der Streitwert «zuletzt», d.h. vor der Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheids, weniger als Fr. 10'000.– betrug. Die nachträgliche Reduktion im Rechtsmittelverfahren bleibt ohne Einfluss. Für die erforderliche Berufungssumme von Fr. 10'000.– ist nicht das Gravamen (Nachteil), d.h. die Differenz zwischen den Anträgen des Berufungsklägers und dem angefochtenen Entscheid massgebend, sondern der Streitwert der «zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren», und zwar nach den Verhältnissen zur Zeit der Fällung des angefochtenen Entscheids, unter Berücksichtigung der vorher erklärten Anerkennungen und Rückzüge einzelner Rechtsbegehren oder Teile derselben (Urteil des Bundesgerichts 4D\_77/2012 vom 20. November 2012 E. 5.2; ADRIAN STAEHELIN/EVA BACHOFNER, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund [Hrsg.], Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2019, § 26 Rz. 13; KARL SPÜHLER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 9 zu Art. 308 ZPO).

Die Berufungsklägerin geht von einem Streitwert von Fr. 24'000.– aus, was die Berufungsbeklagten nicht bestreiten (amtl. Bel. 1 Rz. 3; amtl. Bel. 5 "ad Formelles"). Schon vor der Vorinstanz gingen die Parteien von einem Streitwert von Fr. 24'000.– für sämtliche Klageanträge aus (vi-A-3 Rz. 4; vi-A-4 Rz. 4). Bei der Streitwertberechnung ist zu berücksichtigen, dass die Berufungsbeklagten in ihrem vorinstanzlichen Schlussvortrag die Klageanträge 5 – 7 zurückgezogen haben, weshalb der anfängliche Streitwert von Fr. 24'000.– um den Streitwert dieser Anträge reduziert («zuletzt» aufrechterhaltene Rechtsbegehren). Das Vermögensinteresse an diesen drei Anträgen dürfte im Verhältnis zu den übrigen Anträgen von sehr untergeordneter Bedeutung sein und wird ermessensweise auf insgesamt Fr. 600.– festgelegt. Damit verbleibt ein Rechtsmittelstreitwert nach Art. 308 Abs. 2 ZPO von Fr. 23'400.–. Die Streitwertschwelle für die Berufung wird folglich klar erreicht.

## **1.2**

Berufungsinstanz gegen Urteile des Kantonsgerichts Nidwalden als Einzelgericht ist das Obergericht Nidwalden, Zivilabteilung (Art. 27 Abs. 1 GerG [NG 261.1]), das in Dreierbesetzung entscheidet (Art. 22 Abs. 1 Ziff. 2 GerG). Mit Berufung angefochten ist das Urteil des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht, ZE 19 207 vom 8. Oktober 2020. Das Obergericht Nidwalden ist somit örtlich und sachlich zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Berufung.

## **1.3**

Zur Berufung ist berechtigt, wer als Haupt- oder Nebenpartei am Verfahren beteiligt war, das zum angefochtenen Entscheid geführt hat (formelle Beschwer), überdies durch den angefochtenen Entscheid unmittelbar betroffen ist und ein Rechtsschutzinteresse an dessen Aufhebung oder Abänderung hat (materielle Beschwer; vgl. PETER REETZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2016, N. 30 ff. zu den Vorbem. zu Art. 308–318 ZPO).

Die Berufungsklägerin war am vorinstanzlichen Verfahren als Beklagte beteiligt und ist durch das angefochtene Urteil berührt, nachdem die Klage teilweise gutgeheissen wurde. Sie ist somit zur Berufung berechtigt.

## **1.4**

Die Berufung ist innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO).

Die schriftliche Entscheidungsbegründung des angefochtenen Entscheids wurde der Berufungsklägerin am 27. Mai 2021 zugestellt (vi-C-12). Die am 21. Juni 2021 eingereichte Berufung (amtl. Bel. 1) ist damit rechtzeitig erfolgt.

Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Berufung ist somit einzutreten.

## **2.**

### **2.1**

Die Berufungsklägerin hat in der Berufung aufzuzeigen, inwiefern sie den angefochtenen Entscheid als fehlerhaft erachtet. Sie hat im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen zu bezeichnen, die sie anfechtet, und die Aktenstücke zu nennen, auf welche ihre Kritik beruht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; Urteil des Bundesgerichts 5A\_438/2012 vom 27. August 2012 E. 2.2). Sind die Anforderungen an die Begründung erfüllt, überprüft die Berufungsinstanz den angefochtenen Entscheid sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht frei. Sie verfügt über volle Kognition (Art. 310 ZPO) und wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Die Berufungsinstanz ist aber nicht gehalten, von sich aus wie alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Sie hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

### **2.2**

Die Berufungsklägerin bringt sinngemäss die folgenden Rügen vor, welche nachfolgend zu prüfen sind: Zunächst macht sie geltend, die Vorinstanz habe das Mitbenutzungsrecht der Berufungsbeklagten örtlich falsch festgelegt und dabei den Verhandlungsgrundsatz verletzt (nachfolgend: E. 3). Weiter macht sie geltend, den Berufungsbeklagten fehle es an einem Durchgangrecht zur Ausübung des Mitbenutzungsrechts am von der Vorinstanz festgelegten Standort (nachfolgend: E. 4). Eventualiter rügt sie, auch wenn sich das Mitbenutzungsrecht am von der Vorinstanz festgelegten Ort befinde, habe zu Unrecht dessen Verlegung verneint (nachfolgend: E. 5). Schliesslich rügt die Berufungsklägerin auch für den Fall, dass die übrigen Rügen abgewiesen werden, die vorinstanzliche Kostenverlegung (nachfolgend: E. 6).

### **2.3**

Die Berufungsbeklagte 3 hat keine Berufungsantwort eingereicht. Das Berufungsverfahren wird auch ihr gegenüber ohne die versäumte Handlung weitergeführt (Art. 147 Abs. 2 ZPO) und das Berufungsgericht ist trotz Säumnis weder an die Ausführungen noch an die Argumente der Berufungsklägerin gebunden. Eine Anerkennung mangels Bestreitung würde nur

angenommen, wenn die Berufungsklägerin in der Berufung zulässige neue Tatsachenbehauptungen vorgebracht hätte, was vorliegend nicht der Fall ist (vgl. zum Ganzen BGE 144 III 394 E. 4.1.2 m.w.H. und nachfolgend E. 4.2 f.).

### **3.**

#### **3.1**

Die Berufungsklägerin bestreitet nicht, dass die Berufungsbeklagten ein Mitbenutzungsrecht am Trockenraum über eine Fläche von 8 m<sup>2</sup> haben. Sie macht allerdings zusammengefasst geltend, wo sich diese Fläche befinde, hätten die Berufungsbeklagten zu substantiiieren und beweisen. Diese hätten nicht substantiiert, wo sich die Fläche von 8m<sup>2</sup> befinden soll, der Standort bleibe unklar. Eine Erklärung, weshalb es sich bei der gelb schraffierten Fläche (vi-KB 7) – die eigenhändig von den Berufungsbeklagten eingezeichnet worden sei – um das Mitbenutzungsrecht handeln soll, fehle. Mit der Beschriftung «Tröckne» sei nicht bewiesen, wo sich das Mitbenutzungsrecht befinden soll. Die Berufungsbeklagten hätten nicht erklärt, was «Tröckne» bedeute. Die Bezeichnung gelte für den ganzen unteren Bereich von Grundstück Nr. ee, der bis zur Errichtung der umstrittenen Mauer ein einzelner Raum gewesen sei. Die Wandhaken für die Wäscheleinen seien gemäss Augenscheinprotokoll sowohl an der linken wie auch an der rechten Wand angebracht gewesen. Die Berufungsbeklagten hätten vorgebracht, dass diese Wandhaken im Auftrag der Genossenschaft angebracht worden seien und in Antrag 2 der Klage deren Wiederanbringung verlangt, womit sie bestätigt hätten, dass diejenige Fläche das Mitbenutzungsrecht umfasse, auf der die Wäscheleinen angebracht worden seien. Die Berufungsklägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass sich die Dienstbarkeit links neben der violetten Markierung und oberhalb der roten Markierung auf dem Grundrissplan (vi-KB 7) befinde. Demnach sei die Mauer nicht von der Ausübung des Mitbenutzungsrechts am Trockenraum tangiert und deshalb nicht abzureissen. Zudem hätten die Berufungsbeklagten bereits auf dem Bereich links neben der violetten Markierung und oberhalb der roten Markierung (vi-KB 7) die Möglichkeit, ihr Mitbenutzungsrecht am Trockenraum auszuüben, weshalb die Berufungsklägerin auch nicht zu einer Duldung verpflichtet sei (amtl. Bel. 1 Rz. 1 – 20; amtl. Bel. 7 «zu ad Materielles Ziff. 1 – 20»).

Im gleichen Zusammenhang rügt die Berufungsklägerin eine Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes. Die Vorinstanz habe in der Begründung die Wortlaute von Art. 28 und Art. 28 lit. b des Parzellierungsbegehrens (vi-KB 6) und den Grundrissplan (vi-KB 7) hinzugezogen, obwohl sich die Berufungsbeklagten in ihren Eingaben nie substantiiert darauf gestützt hätten.

Weiter macht sie geltend, der Grundrissplan (vi-KB 7) sei lediglich eine grobe Skizze der Liegenschaft und diene nicht zur Auslegung der Grunddienstbarkeiten. Beweiskräftig wäre der Originalplan, der nicht ins Recht gelegt worden sei (amtl. Bel. 1 Rz. 1 – 20; amtl. Bel. 7 «zu ad Materielles Ziff. 1 – 20).

### 3.2

Vorab ist auf die formellen Rügen der Berufungsklägerin zum Verhandlungsgrundsatz und zur Berücksichtigung des Grundrissplanes einzugehen.

Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden. Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angeführte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet die Gegenseite den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (statt vieler: Urteil des Bundesgerichts 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2 und 2.1 m.w.H.). Die objektivierte Auslegung einer Dienstbarkeit stellt eine Rechtsfrage dar (Urteil des Bundesgerichts 5A\_69/2018 vom 21. September 2018 E. 2.1.2 m.w.H.). Rechtsfragen setzen keine entsprechenden (Rechts-)Behauptungen voraus, sondern sind von Amtes wegen zu beurteilen («iura novit curia»; Art. 57 ZPO). Ebenso wenig müssen sie bewiesen werden (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).

Die Berufungsbeklagten haben in ihrer Klage ausgeführt, ihre Grundstücke hätten zulasten des Grundstücks der Berufungsklägerin ein Mitbenutzungsrecht am Trockenraum. Um den Inhalt dieser Dienstbarkeit zu bestimmen, sei der Grundbuchbeleg (Parzellierungsbegehren und Grundrissplan, vi-KB 6 und vi-KB 7) heranzuziehen. Im aufgelegten, farbig markierten Grundrissplan (vi-KB 7) sei mit gelber Farbe der Anteil Trockenraum eingezeichnet, der in den letzten über 25 Jahren von den Parteien zum Wäschetrocknen habe genutzt werden können. Indem die Berufungsklägerin eine Mauer mit Türe (rote Markierung auf vi-KB 7) und im Kellerzugang zur Nachbarzelle eine weitere Türe (violette Markierung auf vi-KB 7) eingebaut habe, verhindere sie die Ausübung der zugunsten der Berufungsbeklagten dinglich gesicherten

Dienstbarkeit. Dazu haben sie die Grundbuchauszüge der betroffenen Grundstücke (vi-KB 3 f.), das Parzellierungsbegehren (vi-KB 6) und den Grundrissplan (vi-KB 7) aufgelegt (vi-A-3 Rz. III./2 f.). Die Berufungsklägerin hat diese Ausführungen teilweise bestritten, indem sie geltend machte, es sei unklar, wo sich der Trockenraum befinde (vi-A-4 «Sachverhalt» Rz. 2 und «Materielles und Rechtliches» Rz. 2). Trotz dieser Bestreitung sind die Ausführungen der Berufungsbeklagten mit Blick auf die von ihnen angerufene Norm (Art. 737 Abs. 3 ZGB) ausreichend substantiiert. Die Berufungsbeklagten haben den Bestand und den Umfang der Dienstbarkeit und die Störung durch die Berufungsklägerin behauptet und dabei auch auf die Urkunden verwiesen, mit welchen sie diese Behauptungen beweisen wollen. Aufgrund der Vorbringen der Berufungsbeklagten war es ohne weiteres möglich, darüber Beweise abzunehmen oder den Gegenbeweis anzutreten. Bei der objektivierten Auslegung der Dienstbarkeit handelt es sich zudem um eine Rechtsfrage, die von Amtes wegen zu beurteilen ist und keine (Rechts-)Behauptungen voraussetzt.

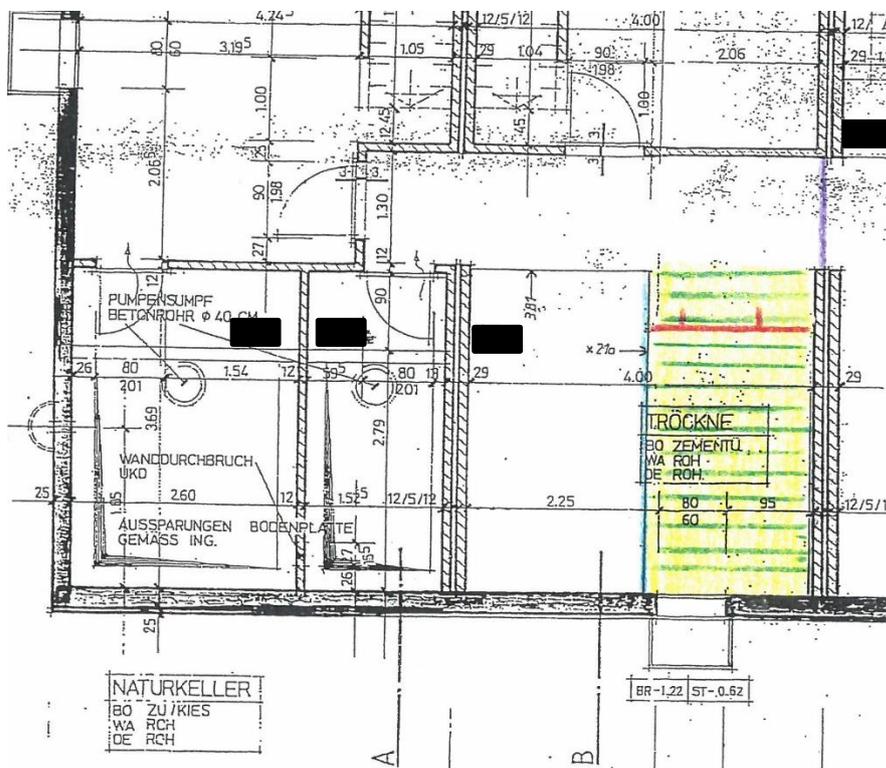
Die Vorinstanz durfte auch auf den Grundrissplan abstellen, auch dieser gehört zu den amtlichen Belegen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A\_657/2014 vom 27. April 2015 E. 6.2 und 5A\_677/2011 vom 14. Dezember 2011 E. 2.2 m.w.H.). Die Berufungsklägerin scheint überdies zu übersehen, dass die Berufungsbeklagten neben einer Kopie des Grundrissplanes mit von ihnen eingefügten farbigen Markierungen auch noch eine Kopie ohne Markierungen eingereicht haben (vgl. vi-KB 7). Nach Art. 180 Abs. 1 ZPO können Urkunden in Kopien eingereicht werden. Das Gericht oder eine Partei kann die Einreichung des Originals oder einer amtlich begründeten Kopie verlangen, wenn begründete Zweifel an der Echtheit bestehen. Die Gegenpartei muss Tatsachen glaubhaft machen, welche Zweifel an der Echtheit der Urkunde zu erwecken vermögen, um rein schikanösen Begehren der Gegenpartei entgegenzuwirken (SVEN RÜETSCHI, in: Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2012, N. 8 zu Art. 180 ZPO). Die Berufungsklägerin hat keine entsprechenden Tatsachen geltend gemacht. Zudem erschliesst sich aus dem Stempel des Grundbuchamtes auf dem Grundrissplan («Beleg-Nr. 1453, Eing.: 13. Sep. 1993») dass es sich um den Plan zur vorliegend umstrittenen Dienstbarkeit handelt (vi-KB 7; vgl. mit vi-KB 3 S. 2, Last Nr. 19931453.116 mit Beleg-Nr. 1453).

Die Vorinstanz hat den Verhandlungsgrundsatz somit nicht verletzt; die entsprechenden Rügen der Berufungsklägerin sind unbegründet.

### 3.3

Weiter sind die materiellen Rügen der Berufungsklägerin zum räumlichen Umfang der Dienstbarkeit zu prüfen.

Die Vorinstanz ist zum Schluss gekommen, dass das Mitbenutzungsrecht am Trockenraum die gelb schraffierte Fläche gemäss untenstehender Abbildung, die Fläche links davon bis zur Grundstücksgrenze zu Grundstück Nr. bb sowie die Fläche oberhalb der vorgenannten Bereiche bis zum abgetrennten Keller von Grundstück Nr. ee mit Zugang zur Wohnung umfasst (vi-A-2 E. 5.4). Der streitgegenständliche Anspruch beschränke sich aber aufgrund der Dispositions- und Verhandlungsmaxime auf die gelb markierte Fläche (vi-A-2 E. 5.3).



*Ausschnitt aus vi-KB 7 mit farbigen Markierungen der Berufungsklägerin*

Die Berufungsklägerin macht hingegen geltend, dass sich die Dienstbarkeit links neben der violetten Markierung und oberhalb der roten Markierung auf dem Grundrissplan gemäss vorstehender Abbildung befinde.

Folglich ist der Umfang der Dienstbarkeit umstritten und mittels Auslegung zu ermitteln.

### 3.4

Für die Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit gibt Art. 738 ZGB eine Stufenordnung vor. Ausgangspunkt ist der Grundbucheintrag. Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrag deutlich ergeben, ist dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Nur wenn sein Wortlaut unklar ist, darf im Rahmen des Eintrags auf den Erwerbgrund, das heisst den Begründungsakt, der als Beleg beim Grundbuchamt aufbewahrt wird (Art. 948 Abs. 2 ZGB) und einen Bestandteil des Grundbuchs bildet (Art. 942 Abs. 2 ZGB), zurückgegriffen werden. Ist auch der Erwerbgrund nicht schlüssig, kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit – im Rahmen des Eintrags – aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (Art. 738 Abs. 2 ZGB; statt vieler: BGE 137 III 145 E. 3.1 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 5A\_458/2019 vom 30. Januar 2020 E. 3.3). Soweit die Auslegung des Grunddienstbarkeitsvertrags in Frage steht, gelten grundsätzlich die allgemeinen obligationenrechtlichen Regeln der Vertragsauslegung. Ziel dieser Auslegung ist es in erster Linie, den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen festzulegen (Art. 18 Abs. 1 OR). Bleibt der tatsächliche Parteiwille unbewiesen, sind die Erklärungen und Verhaltensweisen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (Urteil des Bundesgerichts 5A\_458/2019 vom 30. Januar 2020 E. 3.3 m.w.H.).

Eine Dienstbarkeit wie ein «Benützungsrecht» belastet das Grundstück immer als Ganzes. Die Parteien können die Ausübung der Dienstbarkeit jedoch auf einen Teil des Grundstücks beschränken. Diesfalls muss der betreffende Teil anhand des Vertrages beziehungsweise eines Planes eruiert werden. Die Inanspruchnahme des belasteten Grundstücks kann somit vertraglich und durch den Wortlaut der Eintragung auf einen räumlich begrenzten Teil des Grundstücks beschränkt werden oder sich aus dem Inhalt der Grunddienstbarkeit selbst ergeben. Der Eintrag im Grundbuch und der Erwerbgrund sind somit auch für die Beurteilung massgebend, inwiefern sich die Ausübung der Dienstbarkeit auf einen räumlich begrenzten Teil des belasteten Grundstücks beschränkt (Urteil des Bundesgerichts 5A\_873/2018 vom 19. März 2020 E. 4.5.1 m.w.H.; BGE 138 III 742 E. 2.1). Ein Dienstbarkeitsplan, der von einem privaten Architekten erstellt wurde und nicht amtlich vermessen worden ist, gehört zwar zu den Grundbuchbelegen, nimmt aber nicht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil (Urteil des Bundesgerichts 5A\_657/2014 vom 27. April 2015 E. 6.2).

### 3.5

Aus den Grundbucheinträgen geht hervor, dass die Grundstücke Nrn. aa (Eigentümerin: Berufungsbeklagte 1), bb (Eigentümerin: Berufungsbeklagte 2), dd (Eigentümerin: Berufungsbeklagte 3) sowie cc (Eigentümerin: Berufungsbeklagte 4), alle GB Stans, ein «Mitbenutzungsrecht an Trockenraum» zu Lasten von Grundstück Nr. ee, GB Stans (Eigentümerin: Berufungsklägerin), haben (vi-KB 3 f.).

Der Ort und Umfang dieser Dienstbarkeit ergibt sich – nachdem sich der Wortlaut des Grundbucheintrags dazu nicht äussert und damit unklar ist – (vgl. Art. 738 Abs. 2 ZGB) aus dem Begründungsakt, d.h. aus dem Parzellierungsbegehren vom 6. September 1993 (vi-KB-6) und dem dazugehörigen Grundrissplan UG P bb – cc vom 3. September 1993 (vi-KB-7, S. 2 ohne farbige Markierungen). Dem Parzellierungsbegehren lässt sich unter Ziffer 28 entnehmen, dass in der Hauszeile bb bis cc das Untergeschoss «gemäss Grundrissplan UG P bb bis cc vom 3. September 1993» teilweise gemeinschaftlich benutzt wird, nämlich u.a. «Anteil Trockenraum auf ee», wobei die «Aufteilungen gemäss Plan» massgeblich sein sollen (vi-KB 6 S. 22). Aus dem Grundrissplan des Untergeschosses der Parzellen Nrn. bb – cc geht hervor, dass im südlichen Teil des Grundstückes Nr. ee ein Raum mit der Bezeichnung «Tröckne» eingezeichnet ist (vi-KB 7 S. 2 ohne farbige Markierungen). Gemäss dem Schweizerischen Idiotikon ist eine «Tröchni» unter anderem ein «Ort, Einrichtung zum Trocknen, z.B. von Wäsche (...)» (Wörterbuch der schweizerdeutschen Sprache, Schweizerisches Idiotikon, 14. Band, 1975, S. 284). Links von der Bezeichnung «Tröckne» ist eine Unterteilung/Abgrenzung eingezeichnet (blaue Markierung auf vi-KB 7 S. 1 und vorstehender Abbildung [markiert mit Pfeil mit «x21a»] sowie eine Linie die vom oberen Ende der blauen Markierung zur Trennmauer zu Grundstück Nr. bb geht [markiert mit Pfeil mit «381»]). Eine bauliche Umsetzung dieser Unterteilung war – zumindest im Zeitpunkt des Augenscheins – nicht vorhanden (vi-B-7 Ziff. 7). Es erscheint naheliegend, wie dies die Berufungsbeklagten behaupten, dass der durch diese Abgrenzung umfasste Teil des Raumes vom Mitbenutzungsrecht ausgenommen und zur ausschliesslichen Benützung der Eigentümerin des Grundstückes Nr. ee zur Verfügung stehen soll (Teil links der blauen Markierung auf vi-KB 7 S. 1 und vorstehender Abbildung und unter der oben anschliessenden Linie auf die der Pfeil mit der Beschriftung «381» zeigt). Dies könnte daraus gefolgert werden, dass in der Legende oben rechts auf dem Grundrissplan (vi-KB 7 S. 2) unter der Überschrift «AUSSCHLIESSLICHE BENÜTZUNG» untereinander mehrere Quadrate gezeichnet sind, neben welchen jeweils geschrieben steht «DURCH» und dann die jeweilige Parzelle, unter anderem auch die Parzelle «P ee». Es ist denkbar, dass die Quad-

rate in einer anderen Version des Planes farbig markiert waren, um die ausschliesslichen Benutzungsrechte den einzelnen Parzellen zuordnen zu können. Ob das Mitbenutzungsrecht am Trockenraum durch diese Unterteilung begrenzt wird oder sich – wovon die Vorinstanz ausgegangen ist – linkerhand bis zur Grundstücksgrenze von Grundstück Nr. bb ausdehnt, kann vorliegend allerdings offenbleiben, nachdem die Berufungsbeklagten nur den gelb markierten Bereich auf dem Grundrissplan (vi-KB 7 S. 1) eingeklagt haben. Mit gleicher Begründung kann ebenfalls offenbleiben, ob das Mitbenutzungsrecht – mit der Vorinstanz – nach oben hin bis zum abgetrennten Keller von Grundstück Nr. bb mit Zugang zur Wohnung geht oder – wie auf dem Grundrissplan gelb markiert (vi-KB 7 S. 1) – sich nur bis zum Ende der rechten Wand respektive des Beginns des Durchgangs zu Grundstück Nr. aa (violette Markierung auf vi-KB 7 S. 1 und vorstehender Abbildung) erstreckt. Aufgrund einer Auslegung des Begründungsaktes (Parzellierungsbegehren mit Dienstbarkeitsplan, vi-KB 6 und 7) ist jedenfalls erstellt, dass das Mitbenutzungsrecht am Trockenraum mindestens den gelb markierten Bereich auf vi-KB 7 S. 1 und der vorstehenden Abbildung umfasst.

Was die Berufungsklägerin dagegen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen. Die Bedeutung von «Tröckne» wurde zuvor dargelegt. Eine entsprechende Behauptung der Berufungsbeklagten war nicht notwendig, da es sich dabei um eine objektivierte Auslegung der Dienstbarkeit handelt, die eine Rechtsfrage darstellt (Urteil des Bundesgerichts 5A\_69/2018 vom 21. September 2018 E. 2.1.2 m.w.H.). Wenn die Berufungsklägerin behauptet, die Bezeichnung «Tröckne» gelte für den ganzen unteren Bereich von Grundstück Nr. ee, kann sie daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Wie zuvor ausgeführt, kann offenbleiben, ob der gesamte untere Raum auf Grundstück Nr. ee oder nur der gelb markierte Bereich (vgl. vi-KB 7 S. 1) unter das Mitbenutzungsrecht fällt, nachdem die Berufungsbeklagten nur diesen Teil beanspruchen wollen. Ebenso ist denkbar, dass auch der obere Bereich des Raumes (Teil links von der violetten Markierung auf vi-KB S. 1 und vorstehender Abbildung bis zur Grenze zu Grundstück Nr. bb) zum Mitbenutzungsrecht zählt, wie dies die Berufungsklägerin behauptet. Unzulässig ist ihr daraus folgender Schluss, dass der gelb markierte Bereich nicht zum Mitbenutzungsrecht gehören soll. Diese Behauptung findet in den Grundbuchbelegen zum Mitbenutzungsrecht keine Stütze. Zudem spricht der ursprüngliche Standort der Wäscheleinen, respektive der noch vorhandenen Haken für die Wäscheleinen, die sich an den linken und rechten Wänden zu den Nachbargrundstücken im gelb markierten Bereich gemäss Beilage zum Augenscheinprotokoll (vi-B-7 Ziff. 7 und Beilage) befinden, gegen eine solche Interpretation.

### **3.6**

Die formellen und materiellen Rügen der Berufungsklägerin gegen die vorinstanzliche Auslegung des Standorts/Umfangs des Mitbenutzungsrechts sind unbegründet. Die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen.

## **4.**

### **4.1**

Die Berufungsklägerin rügt weiter, ein Mitbenutzungsrecht am Trockenraum gemäss der gelb schraffierten Fläche (vi-KB 7 S. 1) mache keinen Sinn, denn die Berufungsbeklagten könnten diesfalls ihre Dienstbarkeit ohne Durchgangsrecht/Wegrecht gar nicht erreichen. Ein solches Durchgangsrecht/Wegrecht sei nicht vereinbart und deshalb von den Berufungsbeklagten auch nie behauptet worden. Lediglich die Berufungsklägerin erwähne im Schlussvortrag vom 6. August 2020 (Rz. 14), dass ein solches nicht bestehe. Die Vorinstanz bezeichne den «Gang» als Teil des Trockenraums, womit er Teil des Mitbenutzungsrechts wäre. Im Keller seien die Durchgangsrechte geregelt worden. Die Vorinstanz könne damit nicht entgegen des Grundbucheintrags und der Behauptungen der Berufungsbeklagten begründen, dass das Durchgangsrecht im Mitbenutzungsrecht des Trockenraumes mitumfasst sei. Damit verletze sie den Verhandlungsgrundsatz (amtl. Bel. 1 Rz. 21 – 24; amtl. Bel. 7 «zu ad Materielles Ziff. 21 – 24).

### **4.2**

Im erstinstanzlichen Verfahren tritt nach einem zweifachen Schriftenwechsel der Aktenschluss ein, unabhängig davon, ob noch eine Instruktionsverhandlung stattfindet. Neue Tatsachen und Beweismittel können danach nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO in den Prozess eingebracht werden. Danach werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden sind (lit. a; echte Noven) oder bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (lit. b; unechte Noven). Wer sich auf Noven beruft, hat deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 140 III 312 E. 6.3.2; 143 III 42 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 5A\_86/2016 vom 5. September 2016 E. 2.1, zu Art. 317 Abs. 1 ZPO).

Der Berechtigte ist befugt, alles zu tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit nötig ist (Art. 737 Abs. 1 ZGB). Er ist jedoch verpflichtet, sein Recht in möglichst schonender Weise auszuüben (Art. 737 Abs. 2 ZGB). Es werden diejenigen Handlungen des Berechtigten geschützt, mit denen die Dienstbarkeit ausgeübt wird und ohne die eine Dienstbarkeit nicht ausgeübt werden kann (ETIENNE PETIPIERRE, in: Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl. 2019, N. 5 zu Art. 737 ZGB). Bei den sogenannten «*adminicula servitutis*» geht es um Handlungen, mittels welcher die Dienstbarkeit ausgeübt wird, ohne die dies also nicht möglich ist und die als stillschweigend gestattet gelten, weil sie notwendiges Mittel zum Zweck sind; der ursprüngliche, der Dienstbarkeitseinreichung zugrunde liegende Zweck der Dienstbarkeit ist bestimmend für die Beurteilung der Frage, ob eine das belastete Grundstück benutzende Handlung zum Kreis der «*adminicula servitutis*» gehört (Urteil des Bundesgerichts 5C.270/2000 vom 12. April 2001 E. 2c; unter Verweis auf PETER LIVER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Aufl. 1980, N. 11 und 15 zu Art. 737 ZGB).

### 4.3

Wie die Berufungsklägerin selber ausführt, erfolgte der Einwand, die Berufungsbeklagten hätten kein Durchgangsrecht/Wegrecht zu ihrem Mitbenutzungsrecht am Trockenraum, erstmals – in einem Satz (vi-B-10 Rz. 14) – im erstinstanzlichen Schlussvortrag der Berufungsklägerin. Im erstinstanzlichen Verfahren wurde zunächst ein einfacher Rechtschriftenwechsel durchgeführt (vi-A-3; vi-A-4). Danach fand eine Instruktionsverhandlung statt, mit der die Novenschranke noch nicht ausgelöst wurde (vi-C-12, Vorladung vom 9. April 2020 S. 2). Den Parteien wurde nach der Instruktionsverhandlung nochmals Gelegenheit gegeben, unbeschränkt Tatsachen und Beweismittel vorzubringen (vi-C-12, Verfügung vom 24. Juni 2020), wovon die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 24. Juli 2020 Gebrauch machte (vi-A-6). Mit dieser zweiten Eingabe fiel für die Berufungsklägerin die Novenschranke (vgl. Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO). Die neu im Schlussvortrag vorgebrachte Tatsache, die Berufungsbeklagten hätten kein Durchgangsrecht/Wegrecht gehabt, kann folglich nur unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden. Dabei handelt es sich um ein unechtes Novum, womit die Berufungsklägerin darzutun hätte, weshalb sie diese Tatsache trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vor Abschluss des Schriftenwechsels vorbringen konnte. Die Berufungsklägerin äussert sich dazu nicht; es sind auch keine entsprechenden Gründe ersichtlich. Damit wurde diese Tatsache verspätet in den Prozess eingebracht und ist nicht mehr zu beachten.

Selbst wenn diese Tatsache und die darauf basierende Rüge der Berufungsklägerin noch zu beachten wäre, wäre ihr kein Erfolg beschieden. Beim Zugang bis zum Ort des Mitbenutzungsrechts am Trockenraum handelt es sich um eine notwendige Handlung, um die Dienstbarkeit auszuüben, die als mitgestattet gilt (sog. *adminiculum servitutis*). Im Zweck, einen Teil des Trockenraums auf einem fremden Grundstück mitbenutzen zu dürfen, ist auch der Zugang zu diesem Teil des Trockenraums enthalten. Folglich sind die Berufungsbeklagten berechtigt, zur Ausübung ihres Mitbenutzungsrechts am Trockenraum den dafür notwendigen Teil des Grundstücks der Berufungsklägerin zu durchqueren.

#### **4.4**

Diese Rüge der Berufungsklägerin ist somit ebenfalls unbegründet und die Berufung ist auch diesbezüglich abzuweisen.

### **5.**

#### **5.1**

Weiter macht die Berufungsklägerin zusammengefasst geltend, wenn auch das Obergericht zum Schluss gelange, das Mitbenutzungsrecht befinde sich am gelb schraffierten Ort gemäss dem Grundrissplan (vi-KB 7 S. 1), sei eine Verlegung der Dienstbarkeit nach Art. 742 ZGB zu prüfen. Die Berufungsklägerin habe ein grosses Interesse an der Verlegung der Dienstbarkeit. Sie habe ein Interesse, ihre Ware diebstahlsicher aufzubewahren, nachdem ihr im Jahr 2013 ein Velo aus den Kellerräumlichkeiten gestohlen worden und in ihrem Kellerraum eine Sachbeschädigung begangen worden sei. Die Voraussetzungen seien erfüllt, um die Dienstbarkeit auf den Bereich links neben der violetten Markierung und oberhalb der roten Markierung (vi-KB 7 S. 1) zu verlegen. Die Vorinstanz sei fälschlicherweise davon ausgegangen, dass diese Fläche weniger geeignet sei als die gelb schraffierte Fläche. Das Argument, dass der «Gang» nicht zum Wäschetrocknen geeignet sei, sondern um die Räume zu verbinden, scheitere schon daran, dass es keinen «Gang» gäbe. Da es den berufungsbeklagten Grundstücken an einem Durchgangsrecht fehle, hätten sie ein Interesse an der Verlegung des Mitbenutzungsrechts, weil sie dann ihr Mitbenutzungsrecht am Trockenraum nutzen und es der Eigentümerin des Grundstücks Nr. bb dadurch gar erlaubt wäre, die Grundstücke Nrn. aa und dd durch den Keller zu erreichen. Auch das Argument der Vorinstanz, dass bei einer Verlegung ein Fenster zum Lüften fehle, sei unzutreffend. Die Luftfeuchtigkeit sei seit vielen Jahren zu hoch, gemäss Kurzgutachten von Bauaustrocknung Burch vom 17. Juli 2020 sei die Feuchtigkeit in den gesamten Kellerräumen viel zu hoch und der Keller müsste mechanisch gelüftet

werden. Zudem habe sich das Raumklima durch den Bau der Mauer durch die Berufungsklägerin nicht verändert und zwei der Berufungsbeklagten hätten ihre Fenster auch mit einer Mauer versperrt. Eine korrekte Interessenabwägung müsse deshalb zugunsten einer Verlegung ausgehen (amtl. Bel. 1 Rz. 25 – 33; amtl. Bel. 7 «zu ad Materielles Ziff. 25 – 33).

## 5.2

Die Vorinstanz hat Art. 742 Abs. 1 ZGB und die dazugehörige Rechtsprechung korrekt wiedergegeben, weshalb darauf verwiesen werden kann. Zu ergänzen ist Folgendes: Es genügt nicht irgendein Verlegungsinteresse, sondern dieses muss vertretbar und aktuell sein (JONAS MANGISCH, Die Verlegung von Grunddienstbarkeiten unter besonderer Berücksichtigung von Art. 742 ZGB, 2020, Rz. 5.17 m.w.H.). Ein Verlegungsanspruch ist überdies nur dann gegeben, wenn der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Kosten übernimmt und andererseits der neue Ort für die Eigentümer des herrschenden Grundstücks nicht weniger geeignet ist (MANGISCH, a.a.O., Rz. 5.35 m.w.H.). Ist eine Verlegung für den Berechtigten nachteilig, hat sie auch dann zu unterbleiben, wenn sie für den Belasteten von grossem Interesse ist. Bei einer Abwägung nach Recht und Billigkeit kann das Gericht aber zum Schluss kommen, dass ein ganz geringer, kaum erheblicher Nachteil vom Berechtigten in Kauf genommen werden muss, um dem Eigentümer des belasteten Grundstücks einen ungleich grösseren Vorteil zu gewähren (MANGISCH, a.a.O., Rz. 5.37 m.w.H.). Über die Voraussetzungen nach Art. 742 Abs. 1 ZGB hat der Belastete Beweis zu führen (MANGISCH, a.a.O., Rz. 5.143 m.w.H.). Selbst wenn die Voraussetzungen für eine Verlegung erfüllt sind, ist der Belastete nicht ermächtigt, die Verlegung selbst vorzunehmen. Er kann nur verlangen, dass der Berechtigte die Ausübung seiner Dienstbarkeit auf die nicht weniger geeignete Stelle verlegt (MANGISCH, a.a.O., Rz. 5.42 m.w.H.). Weigert sich der Belastete, kann zur Verlegung das Gericht angerufen werden (MANGISCH, a.a.O., Rz. 5.142 m.w.V.). Ist die Lage des Ausübungsbereichs örtlich fixiert, so ist für die Verlegung nach Art. 742 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 1 ZGB das Grundbuch anzupassen. Es handelt sich dabei um eine dingliche Klage, die in der Regel in einem Gestaltungs- oder Leistungsurteil mündet (MANGISCH, a.a.O., Rz. 5.144 ff. m.w.H.).

### 5.3

Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen ist zunächst festzuhalten, dass die Lage des Mitbenutzungsrechts örtlich fixiert ist, auch wenn der Ort der Ausübung umstritten ist. Weiter ist festzustellen, dass die Berufungsklägerin weder dargetan hat, dass sie die Verlegung des Mitbenutzungsrechts von den Berufungsbeklagten verlangt hat, noch im vorliegenden Verfahren ein entsprechendes Rechtsbegehren stellte. Vielmehr hat sie eigenmächtig eine Mauer erstellt und damit die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert. Mangels eines entsprechenden Rechtsbegehrens kann im vorliegenden Verfahren keine Verlegung der Dienstbarkeit verfügt werden, ohne gegen die Dispositionsmaxime zu verstossen (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz war schon aus diesem Grund nicht befugt, eine Verlegung der Dienstbarkeit gutzuheissen.

Im Übrigen wären die Einwände der Berufungsklägerin sowieso nicht geeignet, die vorinstanzliche Ablehnung der Verlegung umzustossen. Es fehlt schon an einem vertretbaren Verlegungsinteresse, ein solches ist nicht dargetan, nachdem die Berufungsklägerin über zwei abschliessbare Kellerräume verfügt (vgl. vi-A-2 E. 6.3.2). Selbst wenn von einem solchen auszugehen wäre, wäre der angebotene Verlegungsort nicht gleichwertig, sondern weniger geeignet. Es erhellt sich aus den räumlichen Verhältnissen, dass der Ort, wohin die Berufungsklägerin das Mitbenutzungsrecht verlegen will, dem Durchgang von Personen dient, und sei es nur der Berufungsklägerin selber. Überdies ist es notorisch, dass ein (zusätzliches) geöffnetes Fenster die Feuchtigkeit beim Wäschetrocknen vermindert. Diese Verminderung wird verhindert, solange das einzige Fenster im Trockenraum von der Mauer der Berufungsklägerin abgetrennt wird. Deshalb ist der Verlegungsort nicht gleichwertig und die Verlegung würde auch daran scheitern. Es handelt sich im Übrigen nicht um einen kaum erheblichen Nachteil, womit die Verlegung auch deshalb ausscheidet. Dies muss umso mehr gelten, weil der angebliche Vorteil der Berufungsklägerin – sofern man von einem solchen ausgehen würde – wenn überhaupt ebenfalls kaum erheblich ist und eine Interessenabwägung auch deshalb gegen eine Verlegung sprechen würde.

### 5.4

Im Ergebnis hat die Vorinstanz eine Verlegung des Mitbenutzungsrechts am Trockenraum zu Recht verwehrt; die dagegen erhobenen Rügen der Berufungsklägerin fangen ebenfalls nicht.

## **6.**

### **6.1**

Schliesslich rügt die Berufungsklägerin die Kostenverlegung der Vorinstanz selbst für den Fall, dass ihre Berufung abgewiesen wird. Die Berufungsbeklagten seien von acht Anträgen lediglich mit drei Anträgen teilweise durchgedrungen. Im ersten Antrag wären die Berufungsbeklagten lediglich teilweise durchgedrungen, da nur eine Mauer, nicht jedoch zusätzlich eine Tür zu entfernen sei. Im achten Antrag wären die Berufungsbeklagten lediglich bezüglich Antrag 1 und 4 durchgedrungen, und im vierten Antrag seien sie voll durchgedrungen. Die Berufungsbeklagten seien zu mehr als fünf Achteln unterlegen, weshalb die Kosten entsprechend zu verlegen seien (amtl. Bel. 1 Rz. 35; amtl. Bel. 7 «zu ad Materielles Ziff. 35 und 36).

### **6.2**

Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen für die erstinstanzliche Kostenverlegung korrekt dargelegt (vi-A-2 E. 12). Darauf kann verwiesen werden. Sie hat die Prozesskosten (mit Ausnahme der Gebühr für die Urteilsbegründung gemäss Art. 4 Abs. 3 PKoG) hälftig verteilt mit der Begründung, die Berufungsbeklagten seien mit ihren Hauptbegehren Ziffer 1 (Entfernung der Wand) und Ziffer 4 (Verpflichtung zur Duldung des Mitbenutzungsrechts) voll und mit Ziffer 8 (Polizeiliche Hilfe und Ersatzvornahme) in Bezug auf Ziffer 1 und 4 durchgedrungen. Hingegen seien sie mit ihren Begehren Ziffer 2 (Wiederanbringen der Trocknungsleinen) und einem weiteren Hauptbegehren in Ziffer 3 (Entfernen der Türe im Kellergang) unterlegen und hätten die Ziffern 5 – 7 zurückgezogen, was zu ihren Lasten zu berücksichtigen sei.

### **6.3**

Die zurückgezogenen Klageanträge 5 – 7 machen nur Fr. 600.– des gesamten Streitwerts von Fr. 24'000.– aus (vgl. vorstehend E. 1.1). Für den Klageantrag 2 (Wiederanbringen der Trocknungsleinen), mit dem die Berufungsbeklagten ebenfalls unterlegen sind, ist von einem ermessensweisen Streitwert von Fr. 100.– auszugehen (vgl. vi-BB 3, Kosten von Fr. 81.10 für das Anbringen der Trocknungsleinen im Jahr 1989, unter Berücksichtigung der Teuerung). Folglich verbleibt für die Anträge 1, 3, 4 und 8 ein Streitwert von Fr. 23'300.–. Die Anträge 1, 3 und 4 sind als gleichwertig zu betrachten, Ziffer 8 hat streitwertmässig keine eigenständige Bedeutung. Von diesen Hauptanträgen sind die Berufungsbeklagten erstinstanzlich nur mit Antrag 3 (Entfernen der Türe im Kellergang) unterlegen, in den anderen beiden Anträgen 1 und 4 haben sie obsiegt. Daraus erhellt sich, dass die Berufungsklägerin zu Unrecht beanstandet, ihr sei ein zu grosser Teil der Prozesskosten auferlegt worden. Dies würde selbst dann gelten, wenn

man fälschlicherweise mit ihr davon ausginge, die Berufungsbeklagten hätten in Antrag 1 nur teilweise obsiegt.

## **6.4**

Auch diese Rüge ist somit abzuweisen, womit die Berufung vollumfänglich abzuweisen ist.

## **7.**

### **7.1**

Die Prozesskosten des Berufungsverfahrens werden nach den gleichen Grundsätzen wie im erstinstanzlichen Verfahren bemessen und verteilt. Eine Partei gilt im zweitinstanzlichen Verfahren als obsiegend, wenn sie im Ergebnis vollständig mit ihren Rechtsmittelansprüchen durchgedrungen ist (SEILER, a.a.O. Rz. 160 f. m.w.H.).

### **7.2**

Die Gerichtskosten vor Obergericht als Berufungsinstanz richten sich nach dem im Verfahren vor dem Kantonsgericht massgebenden Tarif; sie werden um einen Drittel reduziert, betragen jedoch mindestens Fr. 500.– (Art. 8 Abs. 1 Ziff. 2 PKoG [NG 261.2]). In Rechtsmittelverfahren gilt in Streitsachen mit Vermögensinteressen der noch strittige Betrag als Streitwert (Art. 5 Abs. 2 PKoG).

Im vorliegenden Berufungsverfahren waren die Klageanträge 1 (Entfernen von Wand und Türe zum Trockenraum) und 4 (Verpflichtung zur Duldung des Mitbenutzungsrechts) strittig. Für die klägerischen Anträge 1, 3 und 4 wurde ein Streitwert von Fr. 23'300.– angenommen (vgl. vorstehend E. 6.3). Die drei Anträge sind für die Streitwertbemessung als gleichwertig zu betrachten, womit für das Berufungsverfahren von einem Kostenstreitwert von Fr. 15'533.35 auszugehen ist. Dieser Streitwert entspricht auch dem Rechtsmittelstreitwert nach Bundesgerichtsgesetz (Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG). Die Entscheidegebühr für das Berufungsverfahren wird deshalb auf Fr. 2'000.– festgesetzt und ausgangsgemäss der Berufungsklägerin auferlegt (vgl. Art. 8 Abs. 1 Ziff. 2 PKoG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 Ziff. 3 PKoG). Sie wird mit dem Kostenvorschuss der Berufungsklägerin von Fr. 1'500.– (amtl. Bel. 2 f.) verrechnet und ist in diesem Umfang bezahlt (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsklägerin ist anzuweisen, die Restanz von Fr. 500.– an die Gerichtskasse zu überweisen.

### 7.3

Im Berufungsverfahren beträgt das ordentliche Honorar 20 bis 60 Prozent des für das Verfahren vor erster Instanz zulässigen Honorars, bemessen nach dem noch strittigen Betrag, mindestens jedoch Fr. 500.– (Art. 43 PKoG). In Prozessen mit einem Streitwert über Fr. 10'000.– bis Fr. 40'000.– beträgt das Honorar für das Verfahren vor erster Instanz zwischen Fr. 2'000.– bis Fr. 8'000.– (Art. 42 Abs. 1 Ziff. 4 PKoG). Somit liegt der Kostenrahmen für das Honorar des vorliegenden Berufungsverfahrens zwischen Fr. 500.– bis Fr. 4'800.–.

Der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten 1, 2 und 4 macht mit Kostennote vom 25. Oktober 2021 für das Berufungsverfahren eine Parteienschädigung von Fr. 4'287.55 (Honorar Fr. 3'937.50 [15.58 Stunden à Fr. 250.–], Auslagen Fr. 43.50, 7.7 % MWST Fr. 306.55) geltend. Das Honorar liegt im Kostenrahmen. Als Leistung werden allerdings unter anderem 3.08 Stunden für einen Augenschein/Besprechung mit der Klientschaft (inkl. Hin- und Rückweg) geltend gemacht. Ein solcher Augenschein hat bereits im erstinstanzlichen Verfahren durch das Gericht, im Beisein der damaligen Anwältin der Berufungsbeklagten, stattgefunden (vi-B-7 S. 2). Der entsprechende Aufwand ist deshalb ermessensweise von 3.08 Stunden auf 1 Stunde (reiner Instruktions-/Besprechungsaufwand) zu kürzen. Das von der Berufungsklägerin zu entschädigende Honorar wird folglich auf Fr. 3'375.– (13.50 Stunden à Fr. 250.–) festgesetzt. Unter Auslagen werden überdies Fr. 13.50 für E-Mails geltend gemacht. Solche allgemeinen Kanzlei-Unkosten stellen keine entschädigungspflichtigen (Bar-)Auslagen dar (vgl. Art. 52 f. PKoG und RÜEGG/RÜEGG, a.a.O., N. 17 zu Art. 95 ZPO). Folglich sind Auslagen von Fr. 30.00 zu entschädigen, hinzu kommen 7.7 % MWST und damit Fr. 262.20. Die Berufungsklägerin wird somit verpflichtet, den Berufungsbeklagten 1, 2 und 4 für das Berufungsverfahren eine Parteienschädigung von Fr. 3'667.20 zu bezahlen.

Die Berufungsbeklagte 3 hat sich im Berufungsverfahren nicht anwaltlich vertreten lassen und keine Berufungsantwort eingereicht. Ihr wird deshalb für das Berufungsverfahren keine Umtriebsentschädigung zugesprochen (vgl. Art. 30 PKoG).

**Demnach erkennt das Obergericht:**

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden auf 2'000.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt. Sie werden mit ihrem Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– verrechnet und sind in diesem Umfang bezahlt. Die Berufungsklägerin wird angewiesen, die Restanz von Fr. 500.– innert 30 Tagen nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils an die Gerichtskasse Nidwalden zu bezahlen.
3. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, den Berufungsbeklagten 1, 2 und 4 eine Parteientschädigung von Fr. 3'667.20 zu bezahlen. Der Berufungsbeklagten 3 wird keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
4. [Zustellung].

Stans, 14. Dezember 2021

**OBERGERICHT NIDWALDEN**

**Zivilabteilung**

Die Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann

Der Gerichtsschreiber

Dr. iur. Marius Tongendorff

i.V. MLaw Reto Rickenbacher

Versand: \_\_\_\_\_

**Rechtmittelbelehrung:**