

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB230027-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach  
sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Tanner

## Urteil vom 11. Dezember 2023

in Sachen

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

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

Kläger und Berufungskläger

gegen

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

Beklagte und Berufungsbeklagte

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

betreffend **Nachbarrecht**

**Berufung gegen ein Urteil des Zivilgerichtes des Bezirksgerichtes Uster  
vom 14. Juli 2023; Proz. CG200018**

**Rechtsbegehren:**

(act. 2 S. 2)

"Die beklagte Partei sei zu verpflichten, die der klagenden Partei gehörende Quelle gemäss Grunddienstbarkeit SP Art. 748 wieder in den ordnungsgemässen funktionstüchtigen Zustand zu bringen.

Zudem sei sie zur Zahlung aller bisherigen wie auch künftig anfallenden Aufwendungen zu verpflichten.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**anlässlich der Replik angepasstes Rechtsbegehren:**

(act. 20 S. 3)

"Es sei von der Streitverkündung gegenüber den folgenden juristischen Personen Vormerk zu nehmen:

- D. \_\_\_\_\_ AG
- Stockwerkeigentümergeinschaft "E. \_\_\_\_\_"
- F. \_\_\_\_\_ AG
- G. \_\_\_\_\_ AG
- H. \_\_\_\_\_ GmbH

und es seien die Beklagte und/ oder die streitverkündeten Parteien je einzeln oder solidarisch zu verpflichten, die den Klägern gehörende Quelle gemäss Grunddienstbarkeit SP Art. 748 wieder in den ordnungsgemässen funktionstüchtigen Zustand zu bringen.

Zudem seien diese einzeln oder solidarisch zur Zahlung aller bisherigen wie auch künftig anfallenden Aufwendungen von mindestens Fr. 36'500.– zu verpflichten.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten Beklagte bzw. Streitberufene."

**Urteil des Bezirksgerichtes:**

(act. 61)

**Es wird beschlossen:**

1. Der Antrag der Kläger um Vormerknahme der Streitverkündung gegenüber folgenden Personen wird abgewiesen:

- D. \_\_\_\_\_ AG
- Stockwerkeigentümergeinschaft "E. \_\_\_\_\_"
- F. \_\_\_\_\_ AG
- G. \_\_\_\_\_ AG

- H.\_\_\_\_\_ GmbH

2./3. [Mitteilungen / Rechtsmittel]

Es wird erkannt:

1. Die Klage vom 15. Dezember 2020 wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'470.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden den Klägern auferlegt, je unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag.
4. Die Kläger werden verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 8'000.– zu bezahlen, je unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag.

5./6. [Mitteilungen / Rechtsmittel]

**Berufungsanträge:**

(act. 59 S. 1)

"Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 14. Juli 2023 aufzuheben und es sei wie vor Vorinstanz beantragt die Berufungsbeklagte zu verpflichten, die den Berufungsklägern gehörende Quelle gemäss der Grunddienstbarkeit SP Art. 748 wieder in den ordnungsgemässen funktionstüchtigen Zustand zu bringen. Zudem sei sie zur Zahlung aller – wie vor Vorinstanz vorgetragen – bisherigen wie auch künftig anfallenden Aufwendungen zu verpflichten.

Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten Berufungsbeklagte."

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) sind Eigentümer zweier Parzellen an der I.\_\_\_\_\_-strasse in J.\_\_\_\_ und verfügen über ein grundbuchamtlich verbrieftes Recht an einer auf der Nachbarparzelle Kat. Nr. 1 gelegenen K.\_\_\_\_. Die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) war als Bauunternehmen für die Bebauung des an die Parzelle Nr. 1 angrenzenden Grundstücks verantwortlich. Die Kläger machen geltend, als Folge der Überbauung jenes Grundstücks mit Mehrfamilienhäusern sei durch eine Sorgfaltspflichtverletzung der Beklagten die Wasserzufuhr zu ihrer Quelle/K.\_\_\_\_ unterbrochen worden und mittlerweile ganz versiegt. Die Beklagte widersetzt sich den klägerischen Forderungen nach Wiederinstandstellung der Quelle und Schadenersatz. Die Vorinstanz hat die entsprechende Klage abgewiesen. Dagegen wehren sich die Kläger mit ihrer Berufung.

2. Der Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens ist im angefochtenen Urteil des Bezirksgerichts Uster (Vorinstanz) vom 14. Juli 2023 dargestellt (act. 61 S. 2 ff.); darauf kann verwiesen werden. Das Urteilsdispositiv ist vorne wiedergegeben.

Am 10. September 2023 erhoben die Kläger Berufung (act. 59). Mit Verfügung vom 22. September 2023 wurde ihnen Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 62). Weiterungen sind nicht erforderlich. Das Verfahren ist spruchreif (vgl. Art. 312 Abs. 1 HS 2 ZPO).

### **II.**

1. Die Kläger sind durch das angefochtene Urteil beschwert. Es handelt sich um einen berufungsfähigen Entscheid (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO; vgl. act. 76 S. 32 E. VI.). Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 ZPO; vgl. act. 55) und der Kostenvorschuss wurde geleistet (act. 64). Dem Eintreten auf die Berufung steht nichts entgegen.

2. Es kann mit Berufung sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310

ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel in Tat- und Rechtsfragen frei und uneingeschränkt prüfen (sog. volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen), vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch gewesen sein soll (vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4); blosser Verweis auf die Vorakten genügen nicht (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36 f.). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 374 ff., E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Die dargestellte Kognition hat nicht zur Folge, dass die Berufungsinstanz die vorinstanzlich eingereichten Beilagen umfassend prüfen würde, wie die Kläger in der Berufung beantragen (act. 59 S. 4). Damit eine Beilage resp. deren Inhalt beachtlich ist, bleibt allemal erforderlich, dass die entsprechenden Behauptungen vor Vorinstanz prozesskonform aufgestellt wurden, d.h. vor allem rechtzeitig und in der richtigen Form. Eine mündliche Verhandlung zwecks Befragung der Kläger (so act. 59 S. 4) ist nicht durchzuführen, da das Berufungsverfahren nicht eine Fortsetzung des vorinstanzlichen Verfahrens ist, in welchem der Sachverhalt zu klären wäre: Gegenstand des Berufungsverfahrens ist vielmehr die Frage, ob das vorinstanzliche Urteil nach Massgabe des anwendbaren Rechts als mangelhaft zu beurteilen ist oder nicht.

3. Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diejenige Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen will, hat darzutun und zu beweisen, dass diese Voraussetzungen vorliegen. Im Falle unechter Noven hat sie namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz vorbringen können (vgl. BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; OGer ZH LB170050 vom 22. September 2017, E. II./3; LB170028 vom 30. November 2017, E. II./1.2; LB140047 vom 5. Februar 2015,

E. III./1b; LB130063 vom 17. September 2014, E. II./2; LB140014 vom 3. Juni 2014, E. III./2). Die Kläger legen ihrer Berufung zwei Beilagen bei, welche sie vor Vorinstanz offenbar noch nicht eingereicht haben (act. 60/3 und 60/4). Ersteres ist ein Schreiben der Gemeinde L.\_\_\_\_\_ vom 22. Februar 2023. Hierzu bringen die Kläger indes nicht vor, weshalb sie dieses nicht schon vor Vorinstanz hätten einbringen können, wobei aus der Berufungsschrift auch nicht hervorgeht, was genau aus jenem Schreiben abgeleitet werden soll. Es ist daher nicht beachtlich. Ein grundsätzlich zulässiges echtes Novum bildet die Aktennotiz vom 31. August 2023 einer Besprechung vor Ort betreffend Quellfassungen und Mängelbehebung (act. 60/4). Die Kläger leiten daraus ab, dass die Beklagte nun plötzlich bereit sei, eine neue K.\_\_\_\_\_ mit entsprechender Leitung zu bauen, die Wiederherstellung also mit vernünftigem Aufwand machbar und in Planung sei (act. 59 S. 4). Falls dem so ist, ist das für die Kläger sicherlich erfreulich. Indes ist damit nichts darüber gesagt, ob das vorinstanzliche Urteil an einem Mangel leidet. Das ist im Folgenden zu untersuchen.

### III.

1. Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid zuerst das klägerische Hauptbegehren auf Wiederherstellung der Quelle geprüft. Art. 707 Abs. 1 ZGB (Marginale "Abgraben von Quellen. Wiederherstellung") bestimmt, dass grundsätzlich die Wiederherstellung des früheren Zustands verlangt werden kann, wenn Quellen und Brunnen, die für die Bewirtschaftung oder Bewohnung eines Grundstückes oder für Trinkwasserversorgungen unentbehrlich sind, abgegraben werden. Die Vorinstanz hat zwar entgegen der Beklagten bejaht, dass den Klägern ein Quellrecht im Sinne dieser Bestimmung zukommt. Sie ist indes zum Schluss gekommen, dass die Quelle der Kläger nicht unentbehrlich sei. Von Unentbehrlichkeit werde nur ausgegangen, wenn die Quelle unersetzlich sei, was nur zutreffe, wenn der unabdingbare Wasserbedarf nicht anderweitig in gleichwertiger und wirtschaftlich tragbarer Weise gedeckt werden könne (act. 61 E. 5.6. S. 18 mit Verweis auf BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 706/707 N 15). Die Klägerin habe indes nicht dargetan, inwiefern die streitgegenständliche Quelle unentbehrlich in diesem Sinne gewesen sei (act. 61 E. 5.7. S. 18 f.).

2. Die Kläger bringen dazu in der Berufungsschrift zumindest sinngemäss vor, dass die Quelle unentbehrlich sei, da früher drei und seit 1976 noch zwei Gewerbebetriebe das Wasser der Quelle genutzt hätten. Gänzlich unentbehrlich sei das Wasser heute für den Betrieb des Laufbrunnens, welcher nie am Leitungswasser angeschlossen sein dürfe. Wegen des Klimawandels sei zudem auch hierzulande Wassermangel ein Thema (act. 59 S. 3).

Diese Vorbringen hat der (damalige) Anwalt der Kläger im vorinstanzlichen Verfahren in seiner Eingabe vom 20. Februar 2023 schon gemacht (act. 39 S. 1), bis auf das Argument des Laufbrunnens, welcher zwingend am Quellwasser angeschlossen sein müsse. Die Kläger bringen nicht vor, Letzteres schon vor Vorinstanz geltend gemacht zu haben (und dies ist auch nicht ersichtlich), weshalb diese neue Behauptung im vorliegenden Verfahren unbeachtlich ist (vgl. oben, E. II.3.). Die im vorinstanzlichen Verfahren mit Eingabe vom 20. Februar 2023 gemachten Vorbringen ergingen nach abgeschlossenem zweiten Schriftenwechsel und damit verspätet: Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat (act. 61 E. 3.3.), dürfen zu diesem Zeitpunkt neue Behauptungen nur noch dann vom Gericht beachtet werden, wenn dargetan wird, weshalb diese Behauptungen nicht früher eingebracht werden konnten (sei es, weil die entsprechenden Tatsachen erst nach dem Schriftenwechsel entstanden sind, sei es, dass sie der Partei ohne eigene Unsorgfalt erst dann bekannt wurden). Der Anwalt der Kläger, dem diese Voraussetzungen eigentlich hätten bekannt sein müssen, äussert sich in seiner Eingabe vom 20. Februar 2023 mit keinem Wort dazu. Unter diesen Voraussetzungen durfte die Vorinstanz all die neuen Behauptungen nicht mehr beachten, und zwar weil das Recht (in Art. 229 ZPO) dies vorschreibt, damit sich die Verfahren nicht zu sehr in die Länge ziehen: Wäre es anders, könnte jede Prozesspartei kurz vor der Urteilsfällung mit den einschlägigen Tatsachenbehauptungen aufwarten und dem Verfahren eine ganz neue Richtung geben und es dadurch unter Umständen erheblich verlängern. Deshalb gilt: Was nicht rechtzeitig behauptet wird, das gilt als nicht behauptet. Für Laien mag das schwer verständlich sein, der Rechtsvertreter der Kläger hätte darum wissen müssen.

Die Kläger machen mit ihrer Berufung zu Recht nicht geltend, ihr Anwalt hätte vor Vorinstanz im Schriftenwechsel – und damit rechtzeitig – Behauptungen zur Unentbehrlichkeit der Quelle aufgestellt. Es ist daher nicht zu bemängeln, wenn die Vorinstanz die Wiederherstellung der Quelle mangels Unentbehrlichkeit abgelehnt hat, da dies von den Klägern nicht (rechtzeitig) behauptet worden war.

3. Die Vorinstanz hat sodann geprüft, ob die Beklagte zu Schadenersatz zu verpflichten sei, wie dies von den Klägern ebenfalls beantragt worden war. Dies wird im angefochtenen Urteil verneint, da die behaupteten Schadenspositionen zu wenig genau behauptet – nicht genügend substantiiert, wie es in der Fachsprache heisst – worden seien (act. 61 S. 20 ff. E. 6, E. 6.7. ff.).

Entgegen den Klägern ist es weder eine Spitzfindigkeit noch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, dass die Vorinstanz so vorgegangen ist (act. 59 S. 2), sondern auch dies ist verfahrensrechtlich geboten. Wird eine zunächst allgemein gehaltene Behauptung von der Gegenseite bestritten, so ist die entsprechende Tatsache genauer zu behaupten (zu substantiieren), wiederum nicht als Selbstzweck, sondern damit sich letztlich herauschält, was im Einzelnen umstritten und worüber Beweis abzunehmen ist. Darauf hat bereits die Vorinstanz hingewiesen (act. 61 E. 6.3.), und das hätte dem klägerischen Anwalt bekannt sein müssen. Wenn etwa seitens der Kläger vorgebracht wurde, es seien Beratungskosten entstanden und die Beklagte bestritt, dass dem Berater überhaupt ein Honorar bezahlt worden sei (act. 2 S. 12 f., act. 14 S. 14 Rz 6.3.), so hätte der klägerische Anwalt zwingend behaupten müssen, der Berater sei tatsächlich bezahlt worden, und es wären als Beweis für diese Behauptung z.B. Zahlungsbelege oder Quittungen einzureichen gewesen. Solcherlei ist indes unterblieben. Dass dies anders wäre, machen die Kläger zu Recht nicht geltend. Gleich verhält es sich bezüglich der anderen Schadenspositionen. Dass die Vorinstanz dabei irgendwo zu hohe Anforderungen an die Substantiierung gestellt hätte (und wenn ja welche), machen die Beschwerdeführer indes zu Recht nicht geltend. Das angefochtene Urteil ist damit auch bezüglich der Ablehnung der Schadenersatzansprüche nicht zu beanstanden.



4. Die Berufung ist demnach abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen.

#### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Prozesskosten sind dem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend zu verlegen. Die Kläger unterliegen mit der Berufung vollumfänglich. Das führt zur entsprechenden Kostenaufgabe (Art. 106 Abs. 1 ZPO).
2. Die bezirksgerichtliche Festsetzung von Gerichts- und Parteikosten im angefochtenen Urteil wurde im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt. Es ist deshalb das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 2-4) zu bestätigen.
3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist – ausgehend vom Streitwert – gestützt auf § 12 Abs. 1-2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 4'000.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind aus dem von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Im Mehrumfang ist der Kostenvorschuss den Klägern zurückzuerstatten, unter Vorbehalt eines Verrechnungsrechtes des Staates. Parteientschädigungen sind für das Berufungsverfahren keine zuzusprechen: Den Klägern nicht, weil sie unterliegen, der Beklagten nicht, weil ihr im Rechtsmittelverfahren keine zu entschädigenden Aufwendungen entstanden sind.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksamtes Uster vom 14. Juli 2023 (CG200018) wird vollumfänglich bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden den Klägern auferlegt und aus dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss bezogen.  
  
Im Mehrumfang wird der Kostenvorschuss zurückerstattet, unter Vorbehalt eines Verrechnungsrechtes des Staates.

4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 59 samt Beilagen (act. 60/1-4), und an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

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

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 36'500.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

Dr. M. Tanner

versandt am: