

Die Verlegung eines Fuss- und Fahrwegrechts

Soll ein Fuss- und Fahrwegrecht wegen geplanter Bauten auf dem dienenden Grundstück auf eine andere Ausübungsstelle verlegt und gleichzeitig in der Höhe beschränkt werden, so kommen als Grundlagen sowohl Art. 742 ZGB als auch Art. 736 Abs. 2 ZGB in Betracht. Eine Verschlechterung der neuen Stelle der Dienstbarkeit nach Art. 742 Abs. 1 ZGB kann auch in einer Höhenbeschränkung liegen. Die Anwendung von Art. 736 ZGB setzt sodann eine Veränderung der Verhältnisse voraus.

Un droit de passage à pied et à véhicules peut être déplacé et en même temps limité en hauteur en principe sur la base de l'art. 742 CC et de l'art. 736 al. 2 CC. Une détérioration du nouvel emplacement peut aussi consister dans une limitation en hauteur. L'art. 736 CC est applicable seulement en cas d'un changement de circonstances. Cf. ég. n° 609, pour un commentaire en français (Irène Martin-Rivara, docteure en droit, avocate, Genève)

Urteil des Bundesgerichts vom 13. April 2021, BGE 147 III 215 ff. (5A_128/2020; Pra 2021, Nr. 73, S. 733 ff.)¹

Jörg Schmid, Dr. iur., Professor an der Universität Luzern
Aristotelis Plattner, Rechtsanwalt, MLaw, Luzern

Der Entscheid

Der Fall

(606) A. (Beklagter und Beschwerdeführer) war Eigentümer des Grundstücks Nr. sss in U. (mit einem Haus und einem Streifen Land, der als Abstellplatz für Fahrzeuge verwendet werden konnte). Das daran angrenzende Grundstück Nr. uuu stand im Eigentum der Stadt Zürich (Klägerin und Beschwerdegegnerin) und war zu einem kleinen Teil überbaut. Zu Lasten des Grundstücks Nr. uuu und zugunsten des Grundstücks Nr. sss bestanden zwei Wegrechte, von denen hier das Fuss- und Fahrwegrecht www interessiert. Dieses sicherte über das Grundstück Nr. uuu den Zugang zur Strasse.

Auf dem Grundstück Nr. uuu plante die Stadt Zürich die Vergabe eines Baurechts. Das bestehende Haus sollte durch ein neues Gebäude ersetzt werden; auf diese Weise wollte die Stadt eine Lücke zur betreffenden Strasse hin schliessen und einen teilweise begrünten Innenhof schaffen. Im Bereich des bestehenden Hauses war eine Gebäudedurchfahrt mit einer lichten Höhe von 3,6 Metern vorgesehen, welche die Strasse mit dem Grundstück Nr. sss verbindet.

Nachdem A.'s Rechtsmittel gegen die Baubewilligung für dieses Bauvorhaben rechtskräftig abgewiesen worden war, klagte die Stadt Zürich am 23. Januar 2019 beim Bezirksgericht Zürich gegen A. auf Verlegung der Ausübungsfläche der Dienstbarkeit www. Diese sollte um einige Meter verlegt werden und das Wegrecht künftig durch eine Öffnung des geplanten Baukörpers führen. Das Bezirksgericht Zürich und das Obergericht des Kantons Zürich schützten die Klage. A.'s Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht hat keinen Erfolg.

Das Bundesgericht geht zunächst auf Art. 742 Abs. 1 ZGB ein, der die Verlegung einer Dienstbarkeit erlaubt, sofern die neue Ausübungsstelle für den Berechtigten nicht weniger geeignet ist als die alte. Darin liegt nach bundesgerichtlicher Praxis ein Anwendungsfall des in Art. 737 Abs. 2 ZGB verankerten Grundsatzes, wonach der Servitutsberechtigte sein Recht in möglichst schonender Weise ausüben hat. Über die Verlegung entscheidet das Gericht nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB), das heisst «auf Grund einer objektiven Interessenabwägung unter Beachtung sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls» (E. 3.1). Dass die neue Zufahrt (bezüglich der Fläche, unter Ausklammerung der geplanten Höhenbeschränkung) nicht weniger geeignet ist als die bisherige, hat die Vorinstanz ohne Verletzung bundesrechtlicher Vorschriften festgestellt (E. 3.4).

Sodann wendet sich das Bundesgericht der Frage zu, ob (wie vom Beschwerdeführer behauptet) die Höhenbeschränkung auf dem geplanten Verlauf des Fuss- und Fahrwegrechts Art. 736 ZGB (gerichtliche Ablösung einer Dienstbarkeit) verletzt. Diese Bestimmung setzt voraus, dass sich seit der Begründung der Dienstbarkeit Veränderungen ergeben haben, dass mit anderen Worten «neue Tatsachen eingetreten sind, seitdem die bei der Errichtung der Servitut beteiligten Parteien die gegenseitigen Rechte und Pflichten ...» begründet haben; hingegen kann Art. 736 Abs. 2 ZGB nicht dazu dienen, ein «Missverhältnis» zu korrigieren, das zwischen den Interessen der Eigentümer des herrschenden und des dienenden Grundstücks schon von Anfang an bestand (E. 4.1 mit Hinweisen).

Sind die Voraussetzungen von Art. 742 Abs. 1 ZGB zur Verlegung einer Dienstbarkeit nicht erfüllt, etwa weil sich die neue Ausübungsstelle für den Berechtigten «weniger eignet», kommt nach dem Bundesgericht – bei gegebenen Voraussetzungen – die Teilablösung der Dienstbarkeit gegen Entschädigung gestützt auf Art. 736 Abs. 2 ZGB in Betracht. Die Verlegung der Dienstbarkeit stellt dann «eine Art Naturalersatz dar, der mit einer Entschädigung in Geld zu kombinieren ist, um die Einbusse an Bequemlichkeit zu kompensieren, die mit der Verlegung einhergeht» (E. 4.1). Indessen

¹ In der amtlichen Sammlung ist neben dem Sachverhalt nur E. 4.5 publiziert. Die vorliegende Besprechung nimmt aber auch auf andere lesenswerte Erwägungen Bezug. Die Bezeichnung der beteiligten Grundstücke folgt der Internet-Publikation (von der die amtliche Publikation leicht abweicht).

hat die Vorinstanz rechtskonform festgestellt, dass A. sein Wegrecht nie mit Fahrzeugen genutzt hat, die höher als 3,5 Meter waren. Daher fehlt es an einer Veränderung der Verhältnisse, und für die Anwendbarkeit von Art. 736 ZGB bleibt kein Raum (E. 4.2–4.4).

Damit kehrt das Bundesgericht wieder zurück zu Art. 742 Abs. 1 ZGB und dort zur Frage, ob die neue Ausübungsstelle für den Berechtigten «nicht weniger geeignet» ist als die bisherige. Dies ist anhand des Inhalts des durch die Dienstbarkeit eingeräumten Nutzungsrechts zu beurteilen, also danach, «ob die neue Ausübungsstelle in wirtschaftlicher Hinsicht gleichwertig ist und dem Berechtigten objektiv betrachtet den gleichen Nutzen, das heisst die gleichen Vorteile und Annehmlichkeiten in der Ausübung bietet». Zu berücksichtigen sind demnach auch topografische Verhältnisse des alten und neuen Weges und – wie hier – eine Höhenbeschränkung (E. 4.5, amtlich publiziert). Auch wenn Letztere (entgegen der Vorinstanz) in die Bewertung einbezogen wird, ist jedoch nach dem Bundesgericht eine Verschlechterung der Verhältnisse durch die eingeklagte Servitutsverlegung bei objektiver Betrachtung zu verneinen, zumal A. das Fuss- und Fahrwegrecht bisher nie mit Fahrzeugen benutzt hat, die höher als 3,4 Meter waren, und eine solche künftige Nutzung völlig ungewiss ist (E. 4.6). Das führt zur Abweisung der Beschwerde.

Anmerkungen

1. Der Entscheid ist nicht einfach zu lesen – auch deshalb, weil die Vorinstanz und die Vorbringen des Beschwerdeführers sich offenbar auf die Ablösung einer Dienstbarkeit (Art. 736 ZGB) bezogen, nicht auf deren Verlegung (Art. 742 Abs. 1 ZGB; so E. 4.6, zweiter Absatz). Vor diesem Hintergrund mäandriert das Bundesgericht, das sich mit zahlreichen Rügen des Beschwerdeführers zur Sachverhaltsermittlung zu befassen hat, zwischen Art. 742 ZGB (E. 3) und Art. 736 ZGB (E. 4.1–4.4), um schliesslich zu Art. 742 ZGB zurückzukehren (E. 4.5–4.6) und den vorinstanzlichen Entscheid mit einer «Motivsubstitution» zu schützen. Dem Obergericht wird also bescheinigt, im Ergebnis richtig entschieden zu haben, «wenn auch mit der falschen Gesetzesbestimmung im Kopf» (E. 4.6).

2. Bemerkenswert sind mehrere bundesgerichtliche Aussagen, die bereits Entschiedenes (aber bisweilen Vergessenes)

in Erinnerung rufen: etwa die Verlegungsmöglichkeit nach Art. 742 ZGB als Anwendungsfall des Gebots der schonenden Rechtsausübung nach Art. 737 Abs. 2 ZGB (E. 3.1) oder das Erfordernis von Veränderungen bei der Ablösung nach Art. 736 ZGB, wo auch der Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit zur Sprache kommt (E. 4.1). Neu – und deshalb wohl amtlich publiziert – sind sodann die Erwägungen zu den Anforderungen an die Gleichwertigkeit bei Servitutsverlegung, wenn mit der neuen Ausübungsfläche eine Höhenbeschränkung verbunden ist; sie konkretisieren mit Art. 742 ZGB eine Vorschrift, zu der noch keine reichhaltige Judikatur besteht (E. 4.5). Fest steht nach der Praxis immerhin, dass das Interesse des Belasteten an der Verlegung häufig ein wirtschaftliches sein wird, dass grundsätzlich aber auch ein ästhetisches oder anderes immaterielles Interesse genügen kann.² Dass nach dem Berichtsentcheid der Aspekt einer Höhenbeschränkung in die Bewertung einbezogen werden muss, verdient Zustimmung.

3. Die Frage der Gleichwertigkeit (Art. 742 ZGB) erfordert einen Ermessensentscheid (Art. 4 ZGB), den das Bundesgericht entsprechend den allgemeinen Grundsätzen nur mit Einschränkungen überprüft (E. 2.2 mit zahlreichen Hinweisen sowie E. 3.1). Hier hatte die Vorinstanz rechtserhebliche Gesichtspunkte (Höhenbeschränkung) ausser Acht gelassen und die falsche Rechtsnorm angewendet, sodass ein Eingreifen geboten war – auch wenn sich am Prozessergebnis nichts änderte.

4. Als Ermessensentscheid ist die präjudizielle Wirkung des besprochenen Urteils naturgemäss gering, weil alles auf die Umstände des konkreten Falls ankommt. Immerhin lassen sich Erkenntnisse gewinnen für all jene Fälle, bei welchen die eingeklagte Verlegung der Ausübungsfläche eines Fuss- und Fahrwegrechts mit einer Höhenbeschränkung einhergeht – etwa weil die Fahrfläche in eine Gebäudedurchfahrt zu liegen kommt (wie in casu) oder durch Fahrbahnen führt, deren Luftraum durch Balkone, Dachrinnen oder ähnliche Hindernisse beeinträchtigt werden. Hier wird zu beachten sein, ob der Servitutsberechtigte den Weg bis anhin mit Fahrzeugen der «kritischen» Höhe befahren hat und ob für eine derartige künftige Nutzung (unter Wahrung der Identität der Dienstbarkeit) hinreichend konkrete Anhaltspunkte vorliegen (E. 4.1).

² BGer 5A_178/2011 vom 21. April 2011, E. 4.1 mit Hinweisen (= ZBGR 93/2012, S. 263 ff.); vgl. auch J. SCHMID/B. HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Auflage, Zürich 2017, Nr. 1292.