



dRSK

Kommentar zu: Urteil: [5A_128/2020](#) vom 13. April 2021, zur Publikation vorgesehen
Sachgebiet: Sachenrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: II. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Sachenrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Verlegung einer Grunddienstbarkeit gemäss Art. 742 ZGB

Zur Gegenüberstellung der bisherigen Situation mit der neuen Regelung im Rahmen der Interessenabwägung, ob eine geforderte Verlegung für den Dienstbarkeitsberechtigten nicht mehr als einen nur geringfügigen Nachteil darstellt

Autor / Autorin

Philipp Eberhard

**UNIVERSITÄT
LUZERN**



Redaktor / Redaktorin

Barbara Graham-Siegenthaler

**UNIVERSITÄT
LUZERN**

Christina Schmid-Tschirren

u^b

UNIVERSITÄT
BERN

Soll eine (Grund-)Dienstbarkeit auf Klage hin verlegt werden, gilt es zu prüfen, ob die neue Stelle für den Dienstbarkeitsberechtigten nach Art. 742 Abs. 1 ZGB nicht weniger geeignet ist. Die Prüfung der Geeignetheit erfolgt anhand des Inhalts des durch die entsprechende Dienstbarkeit eingeräumten Nutzungsrechts, wobei sämtliche rechtserheblichen Gesichtspunkte, wie vorliegend eine Höhenbeschränkung der Zufahrt auf eine Höhe von 3.6 m, in die Interessenabwägung einzubeziehen sind.

I. Sachverhalt

[1] Der beschwerdeführende Dienstbarkeitsberechtigte ist Eigentümer des Grundstücks sss an der B.strasse ttt in der im Kanton Zürich gelegenen Gemeinde U. Zur Liegenschaft gehört ein Streifen Land hinter dem Haus, der als Abstellplatz für Fahrzeuge verwendet werden kann.

[2] Die Stadt Zürich ist die dienstbarkeitsbelastete Eigentümerin des nördlich angrenzenden Grundstücks uuu, welches heute zu einem kleinen Teil überbaut ist.

[3] Die Zufahrt zur Rückseite vom Haus des Dienstbarkeitsberechtigten ist durch zwei Dienstbarkeiten gesichert. Einerseits durch die Dienstbarkeit www, einem Fuss- und Fahrwegrecht, welches quer von der C.strasse her ins Grundstück uuu führt und dann, nach einem rechten Winkel, weiter in Richtung des Grundstücks sss, welches in seiner nordwestlichen Ecke erreicht wird. Von diesem Punkt führt die Dienstbarkeit www weiter über das benachbarte Grundstück xxx.

[4] Zudem besteht zugunsten des Grundstücks sss und zulasten des Grundstücks uuu die Dienstbarkeit zzz, ein Fuss- und Fahrwegrecht. Dieses erstreckt sich auf eine dreiecksförmige Fläche an der nördlichen Grenze des Grundstücks sss. Die Fläche grenzt an der kürzesten Seite des Dreiecks im Westen an die Fläche der ersten Dienstbarkeit.

[5] Die Stadt Zürich beabsichtigt, auf ihrem Grundstück uuu ein Baurecht zu vergeben. Das bestehende Haus an der C.strasse vvv soll abgebrochen und durch ein neues Gebäude ersetzt werden. Im Bereich des heutigen Hauses C.strasse vvv ist eine Gebäudedurchfahrt mit einer lichten Höhe von 3.6 m geplant.

[6] Der Dienstbarkeitsberechtigte focht die Baubewilligung für das Bauprojekt bis zum Verwaltungsgericht des Kantons Zürich erfolglos an.

[7] Mit Eingabe vom 23. Januar 2019 klagte die Stadt Zürich beim Bezirksgericht Zürich und verlangte, die Dienstbarkeit www sei in dem Sinn zu ändern, dass die Fläche verlegt werde und das Fuss- und Fahrwegrecht zudem künftig durch eine Öffnung des neuen Baukörpers zur C.strasse hin führe. Die Klägerin wollte damit die Dienstbarkeit www um einige Meter nach Osten verlegen.

[8] Die vom Dienstbarkeitsberechtigten dagegen erhobene Widerklage zielte darauf ab, dass dieser auf der Dreiecksfläche gemäss der Dienstbarkeit zzz nicht nur gehen und fahren könne, sondern auch Fahrzeuge abstellen dürfe.

[9] Das Bezirksgericht Zürich hiess die Klage mit Urteil vom 23. Oktober 2019 gut. Die Widerklage wies es ab.

[10] Der vom Dienstbarkeitsberechtigten beim Obergericht des Kantons Zürich gegen die Klageguthetung erhobenen Berufung war kein Erfolg beschieden. Die Abweisung seiner Widerklage focht dieser nicht an.

[11] Der Dienstbarkeitsberechtigte wandte sich mit Beschwerde vom 12. Februar 2020 ans Bundesgericht und beantragte zusammengefasst im Hauptstandpunkt, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Klage sei vollumfänglich abzuweisen. Eventualiter sei die Verlegung des Wegrechts nur gemäss den klägerischen Eventualanträgen und unter Bezahlung einer Ablöseentschädigung von CHF 50'000.00 für die Einführung der Höhenbeschränkung zu gewähren. Subeventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an das Obergericht zurückzuweisen.

[12] Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

[13] Der beschwerdeführende Dienstbarkeitsberechtigte hat eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichwertigkeit i.S.v. Art. 742 [ZGB](#) gerügt (E. 3).

[14] Gestützt auf Art. 742 Abs. 1 ZGB kann der belastete Eigentümer bei entsprechend gegebenen Voraussetzungen die Verlegung der Dienstbarkeit auf eine andere, für den Dienstbarkeitsberechtigten nicht weniger geeignete Stelle verlangen (E. 3.1).

[15] Rechtsfrage ist, ob sich der neue Ort für die Ausübung der Dienstbarkeit nicht weniger eignet als der bisherige. Tatfrage hingegen sind die Feststellungen über die örtlichen Verhältnisse, insbesondere diejenigen über die Beschaffenheit des bisherigen und des neuen Orts, an dem die Dienstbarkeit ausgeübt wird bzw. werden soll (E. 3.1).

[16] Für die Vorinstanz sei offenkundig gewesen, dass in casu lediglich die Ausübung der Dienstbarkeit mit Kraftwagen strittig und somit einzig zu beurteilen sei, ob die Zufahrt über die von der Beschwerdegegnerin beantragte Fläche das Manövrieren zusätzlich erschwere. Dabei sei das Obergericht zum Schluss gekommen, dass von der Gleichwertigkeit der alten und neuen Variante (d.h. ohne bzw. mit Verlegung der Dienstbarkeit) auszugehen sei und sogar der Wegfall der heute zu befahrenden engen Kurve für den Berechtigten eine Verbesserung darstelle. Entscheidend für das Obergericht sei gewesen, dass jedes Ein- und Ausfahren sowohl in der aktuellen wie in der geplanten Situation entweder beim Einparken oder beim Wegfahren ein komplettes Wenden des Fahrzeuges bedinge, wobei dafür nach der geplanten Regelung nicht weniger Platz zur Verfügung stehe. Somit sei zwischen der bestehenden und geplanten Wegführung kein Unterschied erkennbar (E. 3.2).

[17] Nach Auffassung des Beschwerdeführers widerspreche die geplante Verlegung der Dienstbarkeit www dem Grundsatz der Gleichwertigkeit nach Art. 742 ZGB (E. 3.3).

[18] Diesbezüglich hielt das Bundesgericht fest, dass als Einwand gegen die Gleichwertigkeit der geplanten Wegrechtsverlegung einzig die Reklamation übrig bleibe, dass ein Auto im Falle der beabsichtigten Verlegung des Wegrechts eine (im Vergleich zum Status quo) um 90 Grad weitere Drehung ausführen und zu diesem Zweck mehrmals vor- und zurückfahren müsse, um vom Innenhof auf die C.-Strasse herausfahren zu können. Der Beschwerdeführer habe in seinen wortreichen Erörterungen allerdings nicht zu erklären vermocht, inwiefern das Obergericht das ihm zustehende Ermessen in bundesrechtswidriger Weise ausgeübt habe, wenn es allein dieses Erschweris im Ergebnis als eine bloss geringfügige und vom Dienstbarkeitsberechtigten deshalb hinzunehmende Verschlechterung eingestuft habe. Zudem sei an die vorinstanzliche Erkenntnis zu erinnern, wonach der geplante Wegfall der heute zu befahrenden engen rechtwinkligen Kure am nördlichen Ende des Grundstücks uuu für den Berechtigten eine Verbesserung bedeute. Diese vorinstanzliche Beurteilung sei vor Bundesgericht unbestritten geblieben. Auch habe der Beschwerdeführer nicht dargelegt, weshalb die Optimierung der Einfahrt die beanstandete Erschwerung der Ausfahrt nicht in demjenigen Umfang aufwiege, dass die geplante Verlegung des Wegrechts für den Dienstbarkeitsberechtigten insgesamt als eine nur geringfügige Verschlechterung erscheine. Gestützt auf Art. 742 Abs. 1 ZGB hält die vorinstanzliche Erkenntnis somit vor Bundesrecht stand (E. 3.4).

[19] Ferner habe der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der Höhenbeschränkung auf dem geplanten Verlauf des Fuss- und Fahrwegrechts www eine Verletzung von Art. 736 ZGB moniert (E. 4).

[20] Nach Art. 736 Abs. 1 ZGB kann der Dienstbarkeitsbelastete die Löschung der Dienstbarkeit verlangen, wenn eine Dienstbarkeit für das berechnigte Grundstück alles Interesse verloren hat. Unter dem Interesse für das berechnigte Grundstück bzw. dem Interesse des Berechnigten verstehe die Rechtsprechung das Interesse des Eigentümers des berechnigten Grundstücks an der Ausübung der Dienstbarkeit gemäss deren Inhalt und Umfang, die sich aus Art. 738 ZGB ergeben. Ob das Interesse im Sinne von Art. 736 Abs. 1 ZGB verloren gegangen sei, beurteile sich nach Massgabe des Grundsatzes der Identität der Dienstbarkeit, wonach eine Dienstbarkeit nicht zu einem anderen Zweck aufrechterhalten werden darf als jenem, zu dem sie errichtet worden ist. Mit Hinweis auf die Rechtsprechung betonte das Bundesgericht, dass die Löschung einer Dienstbarkeit gegen Entschädigung nach Art. 736 Abs. 2 ZGB voraussetze, dass das Interesse des Berechnigten, seine Dienstbarkeit unverändert aufrechtzuerhalten, nachträglich unverhältnismässig gering geworden sei, entweder, weil sich das Interesse des Eigentümers des herrschenden Grundstücks verringert, oder weil sich die Belastung für den Eigentümer des dienenden Grundstücks vergrössert habe, wobei das Anwachsen der Belastung nicht auf Gründe zurückgehen dürfe, die vom Eigentümer des belasteten Grundstücks selbst herbeigeführt worden seien. Auch für die Zwecke von Art. 736 Abs. 2 ZGB beurteile sich die Dienstbarkeit nach dem ursprünglichen Zweck, für den sie errichtet worden sei. Diese Norm erfasse allerdings nur die Teilablösung gegen Entschädigung, nicht aber die Teilaufhebung ohne Entschädigung (E. 4.1).

[21] Das Obergericht habe festgestellt, dass das Wegrecht www bisher in der Höhe nicht beschränkt gewesen sei, wogegen gemäss der geplanten Verlegung eine 3.6 m hohe Durchfahrt durch das neue Gebäude zu passieren sei. Zudem habe das Obergericht erklärt, dass die Nichtausübung der heute strittigen Dienstbarkeit der Höhe nach im Rahmen des Interesses, das bei der Anwendung von Art. 736 ZGB zu prüfen sei, sehr wohl eine Rolle spiele und ein mögliches künftiges Interesse einigermaßen realistisch sein müsse. Der Beschwerdeführer habe in der Berufung jedoch die erstinstanzliche Erkenntnis nicht bestritten, wonach die meisten im Nahverkehr eingesetzten Lastkraftwagen nicht höher als 3.4 m seien und daher die geplante Hofdurchfahrt passieren könnten. Für die Vorinstanz habe mit ausreichender Sicherheit festgestanden, dass der Beschwerdeführer an der Ausübung der Dienstbarkeit mit einer nach oben unbegrenzten Höhe oder jedenfalls an einer Durchfahrt mit einer lichten Höhe von mehr als 3.6 m kein plausibles bzw. vernünftiges Interesse habe (E. 4.2).

[22] Der Beschwerdeführer habe bestritten, kein plausibles bzw. vernünftiges Interesse an der Aufrechterhaltung der unbeschränkten Höhe bzw. an einer Durchfahrt mit einer lichten Höhe von mehr als 3.6 m zu haben (E. 4.3).

[23] Gemäss Bundesgericht sei von der vorinstanzlichen Erkenntnis auszugehen, wonach der Beschwerdeführer sein Wegrecht gar nie mit Fahrzeugen genutzt habe, die höher als 3.5 m gewesen seien (E. 4.4). Wenn in

tatsächlicher Hinsicht feststehe, dass der Beschwerdeführer das strittige Wegrecht der Höhe nach schon bisher nicht über 3.5 m hinaus ausgeübt habe, so bleibe für die Anwendung von Art. 736 ZGB kein Platz. Hierfür wäre vorausgesetzt, dass sich seit der Begründung der Dienstbarkeit Veränderungen eingestellt hätten. Dem angefochtenen Entscheid sei jedoch gerade nicht zu entnehmen, dass mit der geplanten Umgestaltung des dienenden Grundstücks uuu Umstände einhergehen würden, aufgrund derer das Interesse des Beschwerdeführers an der unveränderten Ausübung des Wegrechts gänzlich wegfiel bzw. als in dem Umfang herabgesetzt erscheinen würde, dass die Belastung für die Beschwerdegegnerin unverhältnismässig wäre. Vorliegend müsse als erstellt gelten, dass der Beschwerdeführer den Zugang zu seinem Grundstück sss von der C.-Strasse her schon bis anhin nicht mit Fahrzeugen in Anspruch genommen habe, die höher als 3.5 m waren. Soweit das Obergericht die auf dem Grundstück uuu geplante Höhenbeschränkung der Dienstbarkeit www unter dem Blickwinkel von Art. 736 ZGB prüfe, subsumiere die Vorinstanz den festgestellten Sachverhalt unter eine Norm, deren Tatbestandsvoraussetzungen gerade nicht erfüllt seien, womit sich im Ergebnis der Beschwerdeführer zu Recht über eine Verletzung von Art. 736 ZGB beklage (E. 4.4).

[24] So verbleibe zu prüfen, ob die eingeklagte Verlegung des Wegrechts wegen der strittigen Beschränkung der Durchfahrtshöhe auf 3.6 m für den Berechtigten im Sinne von Art. 742 Abs. 1 ZGB nicht weniger geeignet sei. Gestützt auf die Lehre beurteile sich anhand des Inhalts des durch die Grunddienstbarkeit eingeräumten Nutzungsrechts, ob sich die neue Stelle nicht weniger eigne als die alte (E. 4.5).

[25] Die Vorinstanz habe keinen Grund gehabt, die Frage der Höhenbeschränkung von ihrer Beurteilung auszuklammern, ob die geplante Verlegung der Dienstbarkeit www für den Beschwerdeführer nicht weniger geeignet sei als die bisherige. Der angefochtene Entscheid vertrage sich diesbezüglich nicht mit Art. 742 Abs. 1 ZGB, denn das Obergericht lasse ohne Grund einen rechtserheblichen Gesichtspunkt ausser Acht. In Bezug auf die vertikale Dimension des Wegrechts sei dem angefochtenen Entscheid zufolge im Berufungsverfahren unbestritten geblieben, dass die meisten Kleinlaster, leichte und sogar gewisse mittelschwere LKW die Höhe von 3.4 m unterschreiten würden und die geplante Gebäudedurchfahrt unter Berücksichtigung eines Sicherheitszuschlages von 0.2 m passieren könnten. Diese vorinstanzliche Feststellung über den Prozesssachverhalt habe der Beschwerdeführer nicht in Abrede gestellt. Das Obergericht komme, wenn auch mit der falschen Gesetzesbestimmung im Kopf, jedoch in tatsächlicher Hinsicht willkürfrei zum Schluss, dass eine Nutzung durch Fahrzeuge mit einer Höhe von mehr als 3.4 m schon ausgehend von der heutigen Wegführung der Dienstbarkeit www völlig ungewiss sei. Diese Erkenntnis sei jedoch für die Anwendung von Art. 742 Abs. 1 ZGB von Bedeutung, denn auch für die Beurteilung, ob die geforderte Verlegung im Sinne dieser Vorschrift für den Berechtigten nicht mehr als einen nur geringfügigen Nachteil bedeute, sei die bisherige Situation mit der neuen Regelung zu vergleichen, die der Eigentümer des belasteten Grundstücks für die Zukunft fordere. Objektiv betrachtet könne die von der Beschwerdegegnerin geforderte Wegführung mit einer Höhenbeschränkung auf 3.6 m für den Beschwerdeführer als Eigentümer des herrschenden Grundstücks sss objektiv betrachtet keine Verschlechterung bedeuten, die das Mass dessen überschreiten würden, was er mit Blick auf die Eignung der von der Beschwerdegegnerin vorgeschlagenen neuen Stelle im Sinne von Art. 742 Abs. 1 ZGB gerade noch zu akzeptieren habe. Mit dieser Begründung sei dem Obergericht im Ergebnis beizupflichten, wenn es die Klage der Beschwerdegegnerin auf Änderung der Dienstbarkeit www im Ergebnis schützt (E. 4.6).

[26] In diesem Sinn erwies sich die Beschwerde als unbegründet (E. 5).

III. Kommentar

(a) Recht des dienstbarkeitsbelasteten Grundeigentümers zur Verlegung der Belastung

[27] Gestützt auf Art. 742 Abs. 1 ZGB kann der belastete Grundeigentümer die Verlegung auf eine andere, für den Dienstbarkeitsberechtigten nicht weniger geeignete Stelle verlangen, sofern er ein Interesse nachweist und die Kosten übernimmt und durch die Ausübung der Grunddienstbarkeit nur ein Teil des Grundstückes in Anspruch genommen wird. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung ist er dazu auch dann befugt, wenn die Dienstbarkeit im Grundbuch auf eine bestimmte Stelle gelegt worden ist.

[28] Dieses Recht zur Verlegung stellt einen Ausfluss des *Grundsatzes der schonenden Rechtsausübung* dar (Urteil [5C.91/2004](#) vom 5. September 2004, E. 5.1; vgl. ferner CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN, Kurzkommentar ZGB,

2. Aufl., Basel 2018 [zit. KUKO ZGB-SCHMID-TSCHIRREN], Art. 742 N 3; ETIENNE PETITPIERRE, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019 [zit. BSK ZGB II-PETITPIERRE], Art. 742 N 1; MARIA CONSUELO ARGUL, Commentaire Romand, Code civil II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, Basel 2016 [zit. CR CC II-ARGUL], Art. 742 N 1 m.w.H.). Art. 742 stellt zudem eine Alternative dar in Fällen, in denen es an einem genügenden Interesse des Dienstbarkeitsberechtigten an der Aufrechterhaltung seiner Dienstbarkeit an einer bestimmten Stelle fehlt und folglich nur eine Ablösung der Dienstbarkeit in Frage kommen würde (BSK ZGB II-PETITPIERRE, Art. 742 N 1).

(b) Voraussetzungen des Verlegungsanspruchs

(aa) Gesetzliche Voraussetzungen nach Art. 742 ZGB

[29] Voraussetzung der Anwendung von Art. 742 ZGB ist, dass sich die Belastung ausschliesslich *auf einen Teil des Grundstückes* bezieht und folglich die Ausübung der Dienstbarkeit örtlich beschränkt ist, wobei sich die Beschränkung aus dem Grundbuch bzw. dem Errichtungsakt oder durch die faktische Art der Dienstbarkeitsausübung ergeben kann (BSK ZGB II-PETITPIERRE, Art. 742 N 8; CR CC II-ARGUL, Art. 742 N 3). Falls die Ausübung einer Dienstbarkeit auf einer ganzen Fläche erfolgt, so ist die Verlegung auf ein anderes Grundstück zu prüfen, dies in analoger Anwendung von Art. 742 ZGB (KUKO ZGB-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 742 N 5 m.w.H.).

[30] Grundsätzlich steht das Recht auf Verlegung einer Dienstbarkeit – dem Wortlaut von Art. 742 Abs. 1 ZGB folgend – dem Dienstbarkeitsbelasteten zu (KUKO ZGB-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 742 N 4). Ein Teil der Lehre spricht sich jedoch dafür aus, dass auch dem Dienstbarkeitsberechtigten ein Verlegungsanspruch zusteht (vgl. KUKO ZGB-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 742 N 4 m.w.H.; CR CC II-ARGUL, Art. 742 N 3 m.w.H.).

(bb) Interesse des Belasteten an der Verlegung

[31] Das Interesse des Belasteten kann sich auch in *wirtschaftlichen Interessen* konkretisieren, wenn der belastete Eigentümer an der entsprechenden Stelle neue Bauten oder Pflanzungen erstellen möchte (BSK ZGB II-PETITPIERRE, Art. 742 N 9). Davon geht auch das Bundesgericht aus: «Entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers ist das Kantonsgericht somit von einem zutreffenden Begriff des Interesses im Sinne von Art. 742 ZGB ausgegangen. Das Interesse kann sich auf die belastete Parzelle beziehen, doch ist eine derartige Objektbezogenheit gerade nicht vorausgesetzt. Es genügt irgendein schutzwürdiges, namentlich auch ein wirtschaftliches Interesse des belasteten Eigentümers an der Verlegung der Dienstbarkeit.» (Urteil [5A 178/2011](#) vom 21. April 2011, E. 4.2).

[32] Dabei gilt es zu beachten, dass das Interesse weder ein notwendiges noch ein nützliches zu sein hat, da auch *luxuriöse* bzw. *rein ästhetische Gründe* als einen Verlegungsanspruch rechtfertigende Interessen aufgefasst werden (BSK ZGB II-PETITPIERRE, Art. 742 N 9). Dazu führt das Bundesgericht aus: «Im Unterschied zu anderen Rechtsordnungen setzt der Verlegungsanspruch gemäss Art. 742 ZGB nicht voraus, dass die Ausübung der Dienstbarkeit am bisherigen Ort zu einer Erschwerung der Belastung geführt hat oder den Eigentümer an der Ausführung von Verbesserungen an seinem Grundstück hindert. Es genügt vielmehr, dass der Belastete ein Interesse an der Verlegung dartut. In der Regel wird es sich um wirtschaftliche Interessen handeln, doch vermag auch ein ästhetisches oder anderes immaterielles Interesse, solange es schutzwürdig ist, die Verlegung der Dienstbarkeit zu rechtfertigen.» (Urteil [5A 178/2011](#) vom 21. April 2011, E. 4.1, m.w.H.).

[33] Dass ein *rein ästhetisches Interesse des Belasteten* für eine Verlegung einer Dienstbarkeit ausreichend ist, zeigt ein älterer Bundesgerichtsentscheid mit einem zugerischen Sachverhalt aus dem Jahr 1931 eindrücklich. Dem dienstbarkeitsbelasteten Kläger gehörte eine Liegenschaft nördlich der Mündung des Aabaches in den Zugersee, den beklagten Dienstbarkeitsberechtigten eine landwärts anstossende Wirtschaftsliegenschaft. Auf der Liegenschaft des Klägers war eine Dienstbarkeit eingetragen, wonach der Eigentümer des berechtigten Grundstückes sowie weitere Eigentümer einiger benachbarter Grundstücke auf einen Landungs- und Lagerplatz am See sowie auf einen Fahrweg zwischen diesem Platz und der Kantonsstrasse berechtigt sind. Der Landungs- und Lagerplatz befindet sich ungefähr in der Mitte der Seelinie des belasteten Grundstückes, wobei der Fahrweg dieses durchschneidet und an der vom Kläger neu erbauten Villa vorbeiführt. Der Eigentümer des belasteten Grundstückes wollte mit seiner Klage erreichen, dass gegenüber den Beklagten festzustellen sei, dass der Kläger

den Landungs- und Lagerplatz in die Ecke bei der Mündung des Aabaches und damit auch den Fahrweg an den Aabach verlegen dürfe, da er den Lagerplatz teilweise als Tennisgrund sowie zur Errichtung eines Badehauses benützen dürfe. Den neuen Landungs- und Lagerplatz sowie den neuen Fahrweg werde er auf seine Kosten so ausgestalten, dass sie für die Berechtigten nicht weniger geeignet seien als die bisherigen Anlagen. Das Bundesgericht schützte im Ergebnis die Klage auf Verlegung des Landungs- und Lagerplatzes vor allem gestützt auf folgenden Umstand: «Für die andern Zwecke sieht die Expertise vor, dass die neue Landungsstelle bis zur Tiefe der bisherigen ausgebaggert, die Sträucher am Ufer abgehauen, die oberste Humusschicht auf dem Platz entfernt und dieser dafür mit etwas Baggermaterial überdeckt werde, ferner dass der Fahrweg in der Breite des alten anzulegen, mit einem Geröllbett zu versehen und zu bekiesen sei. Unter diesen Voraussetzungen weist die Beschaffenheit des neuen Platzes und des neuen Fahrweges gegenüber den bisherigen Anlagen nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 81 OG) keinerlei Nachteile auf. Ausserdem verpflichtet sich der Kläger, Unzukömmlichkeiten, die etwa später eintreten sollten, ohne weiteres auf seine Kosten zu beheben.» (BGE [57 II 155](#) E. 1b S. 158).

[34] Die entsprechenden Interessen dürfen nicht vorbestehend sein, sondern sie müssen sich in zeitlicher Hinsicht eindeutig *aus nach der Begründung der Dienstbarkeit entstandenen Bedürfnissen* ergeben (so KUKO ZGB-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 742 N 5 m.w.H.; vgl. CR CC II-ARGUL, Art. 742 N 4).

(cc) Interesse des Berechtigten an der Verlegung

[35] Den Interessen des Dienstbarkeitsberechtigten wird durch den Umstand Rechnung getragen, dass die neue Stelle, auf welche die Dienstbarkeit gelegt werden soll, *nicht weniger geeignet* sein darf (KUKO ZGB-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 742 N 5; vgl. BSK ZGB II-PETITPIERRE, Art. 742 N 10). Somit ist im Rahmen einer Interessenabwägung zwischen den Änderungswünschen des Dienstbarkeitsbelasteten und den mit den Änderungen einhergehenden Nachteilen für den Dienstbarkeitsberechtigten abzuwägen (KUKO ZGB-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 742 N 5; BSK ZGB II-PETITPIERRE, Art. 742 N 10). Jedoch kann auch ein noch so grosses Interesse des Belasteten eine Verlegung dann nicht rechtfertigen, wenn aus der Verlegung ein erheblicher Nachteil für den Berechtigten resultiert (KUKO ZGB-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 742 N 5; BSK ZGB II-PETITPIERRE, Art. 742 N 10). Diesfalls ist allerdings eine entschädigungspflichtige Verlegung nach Art. 736 Abs. 2 ZGB näher zu prüfen (KUKO ZGB-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 742 N 5 m.w.H.).

[36] Das Bundesgericht stellt in seiner Rechtsprechung diesbezüglich denn auch klar: «Der Eigentümer des belasteten Grundstücks soll in dessen Gebrauch, Nutzung und Verbesserung nur soweit eingeschränkt werden, als dies für eine dem Inhalt und Zweck der Dienstbarkeit entsprechende Ausübung des Rechts nötig ist. Trotz der gesetzlichen Formulierung (‹nicht weniger geeignet›) werden in der Literatur kleinere Verschlechterungen zu Lasten des Dienstbarkeitsberechtigten zugelassen.» (Urteil [5C.91/2004](#) vom 5. August 2004, E. 5.1).

[37] In diesem Zusammenhang hat sich das Bundesgericht gegen eine «engherzige Anwendung» von Art. 742 Abs. 1 ZGB ausgesprochen: «In Art. 742 Abs. 1 ZGB liegt eine besondere Anwendung des Grundsatzes, dass der Dienstbarkeitsberechtigte sein Recht in möglichst schonender Weise auszuüben hat (BGE [88 II 150](#) E. 4 S. 154). Der Eigentümer des belasteten Grundstückes soll in dessen Gebrauch, Nutzung und Verbesserung nur soweit eingeschränkt werden, als dies für eine dem Inhalt und Zweck der Dienstbarkeit entsprechende Ausübung des Rechtes nötig ist (LIVER, Zürcher Kommentar, N. 1 zu Art. 742 ZGB). Trotz der gesetzlichen Formulierung werden in der Literatur kleinere Verschlechterungen zu Lasten des Dienstbarkeitsberechtigten zugelassen (vgl. LIVER, Zürcher Kommentar, N. 32 zu Art. 742 ZGB, PIOTET, Dienstbarkeiten und Grundlasten, in: Schweizerisches Privatrecht, V/1, S. 587/588; PETITPIERRE, Basler Kommentar, N. 10 zu Art. 742 ZGB). Unter Berücksichtigung auch der für den Dienstbarkeitsberechtigten mit der Verlegung verbundenen Vorteile hat die bundesgerichtliche Praxis als mit Art. 742 Abs. 1 ZGB vereinbar betrachtet, dass der neue Fahrweg etwa um eine Minute länger ist als der alte (BGE [57 II 158](#)). Später hat das Bundesgericht auf das volkswirtschaftliche Interesse an der Verhinderung jeder unnötigen Beschränkung des Eigentums und auf das durch den Bevölkerungszuwachs begründete Bedürfnis nach einer zweckmässigen, sinnvollen Ordnung des Bodenrechts hingewiesen und sich daher gegen eine «engherzige Anwendung» von Art. 742 Abs. 1 ZGB ausgesprochen (BGE [88 II 150](#) E. 4 S. 154). Der Grundsatz, wonach Art. 742 Abs. 1 ZGB nicht «engherzig» auszulegen ist, muss aufgrund der seitherigen Entwicklung in diesen Bereichen auch für den zu beurteilenden Fall gelten.» (Urteil [5C.275/2000](#) vom 7. September 2001, E. 3a).

[38] Vor diesem Hintergrund konkretisierte das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahr 2004 denn auch, dass eine Interessenabwägung sich *nicht nur an zweidimensionalen Gegebenheiten* zu orientieren, sondern auch bspw. eine Steigung einer Strasse zu berücksichtigen hat. In diesem Sachverhalt hätte sich die mittlere Steigung der Zufahrt durch die Verlegung der Grunddienstbarkeit von 10 % auf 11.8 % erhöht: «Laut Gutachten beträgt die Steigung («mittlere Neigung») der Zufahrt heute 10 % und liegt damit 2 % über dem Richtwert gemäss den Normen der Vereinigung der Schweizerischen Strassenfachleute (sog. Schweizer Norm, SN 640050). Durch die Verlegung erhöht sich die Steigung auf 11.8 %, so dass die «Qualität der Zufahrt» nach der Beurteilung des Gutachters «in Folge der grösseren Steigung leicht abnehmen» wird. Das Bezirksgericht hat dazu auf Grund des vorgenommenen Augenscheins ergänzend festgestellt, dass die geplante Zufahrt an einer gegen den Mittelweg hinauf progressiv ansteigenden Böschung zu liegen komme und im oberen Teil vor der Einmündung eine erheblich höhere Steigung als der Mittelwert von 11.8 % aufweise (E. 7g S. 28). Unter Hinweis auf diese Feststellungen ist das Kantonsgericht davon ausgegangen, die Verlegung der Zufahrt bewirke hinsichtlich der Steigungsverhältnisse eine deutliche Qualitätsabnahme für die Beklagten. Im Bereich der Einmündung sei die Qualität der Zufahrt von entscheidender Bedeutung, da vor dem Einbiegen in den vortrittsberechtigten Mittelweg allenfalls angehalten und wieder angefahren werden müsse. Die erhöhte Steigung könne beim Wiederanfahren nach einem solchen Halt zu erheblichen Schwierigkeiten führen, namentlich wenn Eis, Schnee oder nasses Laub die Fahrbahn beeinträchtigten (E. 3b/bb S. 12 f.).» (Urteil [5C.91/2004](#) vom 5. August 2004, E. 5.2.1). Gegen die Verlegung des Wegrechts sprach in casu ferner die Verschlechterung der Sichtverhältnisse bei der Einmündung in den Mittelweg (vgl. Urteil [5C.91/2004](#) vom 5. August 2004, E. 5.2.3). Im Ergebnis schützte das Bundesgericht das Urteil des Kantonsgerichts Graubünden, welches sich gegen die Verlegung des Wegrechts aussprach: «Auf Grund der Vorbringen der Kläger erscheint es insgesamt nicht als bundesrechtswidrig, dass das Kantonsgericht die beantragte Verlegung des Wegrechts abgelehnt hat, weil dessen neue Lage für die Beklagten deutlich weniger geeignet ist als die bisherige. Die Berufung bleibt in diesem Punkt erfolglos.» (Urteil [5C.91/2004](#) vom 5. August 2004, E. 5.3).

(c) Praxisrelevante Schlussfolgerungen

[39] Will ein dienstbarkeitsbelasteter Eigentümer einen Verlegungsanspruch gemäss Art. 742 ZGB geltend machen, gilt es, eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Belasteten und den Interessen des Berechtigten vorzunehmen. Dabei sind sämtliche rechtserheblichen Gegebenheiten in die Beurteilung miteinzubeziehen.

[40] Insbesondere ist gerade bei Grunddienstbarkeiten dem Umstand Rechnung zu tragen, dass nicht nur zweidimensionale Parameter von Relevanz sein können, sondern – und vor allem, insbesondere bei Weg- bzw. Fahrwegrechten – auch deren dreidimensionaler Natur Rechnung zu tragen ist und dementsprechend auch deren Höhe bzw. Steigung zu berücksichtigen sind.

[41] Sofern und soweit eine Verlegung der entsprechenden Grunddienstbarkeit nur unerhebliche Beeinträchtigungen und somit nur kleinere Verschlechterungen für den Berechtigten nach sich zieht, ist einem Verlegungsanspruch nach Art. 742 ZGB grundsätzlich stattzugeben.

[42] Ist eine gerichtliche Interessensabwägung notwendig, hat das Gericht eine Interessenabwägung gestützt auf Art. 4 ZGB vorzunehmen und in diesem Rahmen die Interessen an der Verlegung den Interessen der Berechtigten am Festhalten an der ursprünglichen Stelle der Dienstbarkeit gegenüberzustellen.

[43] Wenn eine Dienstbarkeitsverlegung für den Belasteten von sehr grossem Interesse ist, sich jedoch für den Dienstbarkeitsberechtigten als nachteilig erweist, ist sie im Lichte von Art. 742 ZGB nicht zulässig. Diesfalls ist – und dies erwies sich im vorliegenden Verfahren über zwei Instanzen hinweg als unklar – eine Anwendung von Art. 736 Abs. 2 ZGB zu prüfen, wonach eine Dienstbarkeit gegen Entschädigung ganz oder teilweise abgelöst werden kann, wenn ein Interesse des Berechtigten zwar noch vorhanden, aber im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung ist.

Zitiervorschlag: Philipp Eberhard, Verlegung einer Grunddienstbarkeit gemäss Art. 742 ZGB, in: dRSK, publiziert am 16. August 2021

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch