



Kommentar zu: Urteil: [5A_777/2017](#) vom 29. Januar 2018

Sachgebiet: Sachenrecht

Gericht: Bundesgericht

Spruchkörper: II. zivilrechtliche Abteilung

dRSK-Rechtsgebiet: Sachenrecht

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

Passivlegitimation beim Notwegrecht

Autor / Autorin

Martina Frischkopf



Redaktor / Redaktorin

Barbara Graham-Siegenthaler



Christina Schmid-Tschirren



Das Bundesgericht präzisiert ein weiteres Mal die Prioritätenordnung bei der Geltendmachung des Notweganspruches. Die Vorinstanz habe nicht willkürlich entschieden, indem sie die früheren Wegverhältnisse als vorliegend irrelevant qualifiziert habe, da diese ebenfalls die Erstellung einer neuen Dienstbarkeit zu Lasten eines Dritten gefordert hätten. Insofern sei in legitimer Weise auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgestellt worden.

Zusammenfassung des Urteils

[1] B war alleiniger Eigentümer der Parzelle Nr. 2104 der Gemeinde U, welche über keinen befahrbaren Zugang zu einer öffentlichen Strasse verfügte. Im Westen wurde das Grundstück Nr. 2104 durch die Parzelle Nr. 3770 und 3771 vom Weg D abgeschnitten und im Osten durch die Parzellen Nr. 2177 und 2179 (im Miteigentum von C und A) vom Weg E. Es bestanden verschiedene Dienstbarkeiten zugunsten der Parzelle Nr. 2104:

- zwei Fusswegdienstbarkeiten zu Lasten der Parzellen Nr. 3770 und 3771, welche am 15. Mai 1924 und 27. Januar 1933 ins Grundbuch eingetragen wurden;
- eine Fuss- und Fahrwegdienstbarkeit für kleine Fahrzeuge von zwei Metern Breite, welche am 28. November 1959 zu Lasten der Parzelle Nr. 2177 eingetragen wurde. Diese Dienstbarkeit erlaubte B, die angrenzende Parzelle Nr. 2177 bis an die westliche Grenze des Grundstückes Nr. 2179 zu überqueren. Diese letztere Parzelle war mit einer Wegdienstbarkeit zu Gunsten der Parzelle Nr. 2177, nicht jedoch mit einer Dienstbarkeit zu Gunsten des Grundstückes Nr. 2104, belastet.

[2] B hatte sein Grundstück Nr. 2104 durch Schenkung von seinem Vater, der seit dem 20. November 1959 dessen Eigentümer war, am 14. Dezember 2000 erworben. Historisch stammen die beiden Parzellen Nr. 2104 und 2193 von den damals vereinten früheren Parzellen Nr. 88 und 89 des Katasters U. Die Parzelle Nr. 2105 stammt von der Parzelle Nr. 85, während die Parzellen Nr. 3770 und 3771 aus den Parzellen Nr. 10, 12 und 24

derselben Gemeinde entstanden sind. Alle diese Parzellen gehörten zu Beginn des 20. Jh. F (Sachverhalt A).

[3] Am 8. November 2012 verlangte B von C und A die Gewährung eines Notwegrechts auf ihrer Parzelle Nr. 2179 zu Gunsten seiner Parzelle Nr. 2104 gegen eine Entschädigung von CHF 7'000 und Übernahme der Grundbuchkosten. Während A sich nicht darauf einliess, erklärte sich C unter gewissen Voraussetzungen, u.a. einer Entschädigung von CHF 10'000, dazu bereit. Als B darauf die Eintragung unter Berücksichtigung der Bedingungen von C beim Grundbuchamt beantragte, forderte A deren Abweisung. Die Erstinstanz wies den Antrag auf Eintragung mit Urteil vom 23. Mai 2016 ab. Die Berufung von B wurde hingegen gutgeheissen und das Urteil im Sinne von B abgeändert (Sachverhalt B). Am 4. Oktober 2017 beantragte A mittels Zivilklage und subsidiärer Verfassungsbeschwerde die Abänderung des kantonalen Entscheids im Sinne einer Abweisung der Berufung von B und die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils, subsidiär die Aufhebung des kantonalen Urteils (Sachverhalt C).

[4] Das Bundesgericht trat wegen fehlendem Streitwert nicht auf die Beschwerde in Zivilsachen ein. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wurde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (E. 1.1.1.-1.1.3. und 6.). Die Beschwerdeführerin rügte, dass die Vorinstanz Art. 694 Abs. 2 Zivilgesetzbuch ([ZGB](#)) willkürlich angewendet habe, indem sie ohne rechtliche Grundlage festgestellt habe, dass der frühere Zustand der Parzellen über eine Generation bzw. über 50 Jahre hinaus nicht mehr erlaube, die belastenden Grundstücke zu bestimmen, wenn in der Zwischenzeit Änderungen des Areals und Handänderungen durch Dritte stattgefunden hätten (E. 4.3.).

[5] Das Bundesgericht hält fest, dass sofern der Eigentümer über keinen genügenden Weg von seinem Grundstück auf eine öffentliche Strasse verfüge, der Anspruch auf ein Notwegrecht sich in erster Linie gegen den Nachbarn richte, dem die Gewährung des Notweges aufgrund der früheren Eigentums- und Wegverhältnisse am ehesten zugemutet werden könne, und im Weiteren gegen denjenigen, für den der Notweg am wenigsten schädlich sei. Diese Prioritätenordnung von Art. 694 Abs. 2 ZGB sei im Falle mehrerer möglicher zu belastender Grundstücke zu berücksichtigen. So werde, *falls die Parzelle aufgrund der Teilung eines Grundstückes oder der Veräusserung einer angrenzenden Parzelle des gleichen Eigentümers keinen Zugang mehr zu einer öffentlichen Strasse habe, das Wegrecht auf jenem anderen Grundstück ausgeübt, welches noch über den Zugang verfüge.* Dabei seien nur die vorherigen Wegrechte, und nicht etwa eine Gewährung auf Zusehen hin, zu berücksichtigen. *Die existierenden Zugangswege, welche sich jedoch hinsichtlich der aktuellen Bedürfnisse als ungenügend erweisen, namentlich weil der Weg zu schmal oder der Zugang mit einem Motorfahrzeug nicht möglich sei, würden ebenfalls berücksichtigt.* In diesem Fall werde das Notwegrecht auf diesem Grundstück errichtet, sofern ein genügender Zugang ermöglicht werden könne. Nur wenn kein Grundstück diesen Kriterien entspreche, d.h. sofern der Notzustand weder durch eine Änderung der Liegenschaftsverhältnisse noch der Zugangswege verursacht worden sei, könne das Wegrecht gegenüber demjenigen Grundeigentümer verlangt werden, für den der Notweg am wenigsten schädlich sei. Bei der Interessenabwägung sei insbesondere der durch die Errichtung der Dienstbarkeit verursachende Schaden zu berücksichtigen (E. 4.4.1.). Das Bundesgericht folgert, dass das Grundstück, welches mit einem Notwegrecht zu belasten sei, nicht unbedingt jenes sein müsse, welches die kürzeste Verbindung zu einer öffentlichen Strasse biete, noch jenes, welches am günstigsten für den Berechtigten sei. Der frühere Zustand der Liegenschaften und der Zugangswege stehe im Vordergrund (E. 4.5.).

[6] Das Bundesgericht erinnert in tatsächlicher Hinsicht daran, dass gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen die Parzellen Nr. 2104 und 2103 aus den früheren Parzellen Nr. 88 und 89 entstanden seien, die Parzelle Nr. 2105 aus jener Nr. 85 und die Parzellen Nr. 3770 und 3771 zurück auf die Grundstücke Nr. 10, 12 und 24 gehen. Alle diese Grundstücke hätten zu Beginn des 20. Jh. F gehört. Über die Grundstücke 10 und 12 verlief der Weg D. Die Parzelle Nr. 88 hätte nicht von einem direkten Zugang zum Weg D profitiert, weshalb die Neugestaltung der Parzellen keine Auswirkung auf den Zugang zu einer öffentlichen Strasse gehabt hätte. Die Parzelle Nr. 2104 verfüge jedoch über ein Fusswegrecht zum Weg D über die Parzellen Nr. 3770 und 3771, weshalb festzustellen sei, ob dieses Wegrecht so abgeändert werden könne, dass es auch den Durchgang mit einem Motorfahrzeug erlaube. Gemäss Expertenbericht sei ein solches finanziell zwar nicht empfehlenswert, technisch aber möglich (über die Grundstücke Nr. 2105, 3771 und 3770). Die Durchfahrt über letzteres Grundstück erfordere gemäss kantonaler Instanz jedoch zumindest eine Verbindung über die Parzelle Nr. 2109 und die Errichtung einer Dienstbarkeit auf diesem Grundstück. *Soweit die Berücksichtigung des Kriteriums des früheren Zustandes der Zugangswege die Errichtung einer neuen Dienstbarkeit erfordere, kann gemäss Bundesgericht nicht gesagt*

werden, dass dieser Zugang vorgehe. Folglich liege keine Willkür vor, indem das kantonale Gericht das Kriterium des am wenigsten schädigenden Zugangs gewählt habe (E. 4.5.).

[7] Bezuglich letzterem Kriterium hält die Vorinstanz auf der Basis des Expertenberichts fest, dass die Zugänge über Westen und Norden stärker den physischen Zustand der überquerenden Oberflächen einreissen und Arbeiten von grösserer Tragweite verlangen würden. Die Nachteile seien jedoch viel kleiner, sofern der Zugang über die Parzelle der Beschwerdeführerin erfolge, da es sich zwischen diesem und dem Grundstück der Beschwerdegegnerin um relativ flaches Gelände handle. Dazu komme, dass die zu belastende Parzelle bereits Gegenstand eines Wegrechtes zugunsten der Parzelle Nr. 2177 sei, weshalb das neue Wegrecht ohne weiteres in diesem Ausmass ausgeübt werden könne. Die Beschwerdeführerin rügt diesbezüglich eine willkürliche Anwendung des Art. 694 Abs. 2 und 3 ZGB, indem die Vorinstanz Kriterien wie die Kosten der Arbeiten und den Einfluss auf den physischen Zustand der überquerenden Oberflächen angewendet habe. Das Bundesgericht hält fest, dass zwar die Kostenfrage vorliegend nicht notwendigerweise in der Interessengewichtung entscheidend sei, da es vor allem das subsidiäre Interesse des Begünstigten darstelle, die Beschwerdeführerin jedoch nicht bestreite, dass die *Kosten der Arbeiten ein Indiz für den Einfluss der Dienstbarkeit auf die belasteten Grundstücke darstelle*. Da bereits eine Dienstbarkeit auf ihrem Grundstück bestehe, seien die vorgebrachten Argumente wie Teilung des Grundstückes in zwei Teile, Durchfahrt in geringer Distanz zum Chalet, ungeeigneter Boden zur Durchfahrt etc. nicht einschlägig (E. 5.).

Kommentar

[8] Das Bundesgericht setzte sich im [BGer 5A_777/2017](#) mit der Passivlegitimation beim Notweganspruch auseinander, wenn i.S.v. Art. 694 Abs. 2 ZGB mehrere Grundstücke für die Belastung in Frage kommen.

[9] Primär richtet sich der Anspruch gemäss Art. 694 Abs. 2 ZGB gegen denjenigen Nachbarn, dem die Gewährung des Notwegrechts aufgrund der früheren Eigentums- und Wegerechte am ehesten zugemutet werden kann. Gemäss Bundesgericht werden damit jene Fälle angesprochen, in denen der Zugang zu einer öffentlichen Strasse aufgrund einer Parzellierung oder Veräusserung eines, damals dem gleichen Eigentümer gehörenden Grundstückes unterging (vgl. auch Urteil [5C.246/2004](#) vom 2. März 2005, E. 2.2.1.; [5A_714/2012](#) vom 29. Mai 2013, E. 4.2.1.1.). In der Lehre werden die Verlegung einer öffentlichen Strasse oder die Löschung einer Wegdienstbarkeit in der Zwangsvollstreckung als weitere Anwendungsfälle genannt (BSK ZGB II-HEINZ REY/LORENZ STREBEL, 5. Aufl., Basel 2015, Art. 694 N 15). Diesfalls werde das Wegrecht auf jenem anderen Grundstück ausgeübt, welches noch über einen Anschluss verfüge. Vorliegend bedürfte die Berücksichtigung des früheren Zustandes jedoch ebenfalls die Errichtung einer (zusätzlichen) Dienstbarkeit auf einem Drittgrundstück, weshalb die Lausanner Richter die vorinstanzliche Interessenabwägung nach Art. 694 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 ZGB (und nicht nach Abs. 1 derselben Bestimmung) nicht als willkürlich beurteilten. Diese Argumentation entspricht dem teleologischen Sinn der Norm, welcher die Belastung durch ein Wegrecht primär dem Verursacher der Wegnot auferlegen möchte (vgl. ZK-ROBERT HAAB/AUGUST SIMONIUS/WERNER SCHWERRER/DIETER ZOBL, Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum: Art. 641 bis 729 ZGB, N 11 zu den Art. 694, 695 und 696 ZGB). Dieser Vorzug ist dann nicht mehr begründet, wenn auch Dritte betroffen sind, welche an der Änderung der früheren Verhältnisse unbeteiligt waren. Folglich ist in solchen Fällen auf das Kriterium der Schädlichkeit abzustellen. Entsprechend konnte das Bundesgericht die Frage, ob der frühere Zustand i.S.v. Art. 694 Abs. 2 ZGB nach einer Generation bzw. nach mehr als fünfzig Jahren nicht mehr notwendigerweise entscheidend ist, wie es die Vorinstanz entschieden hat, aufgrund der gegebenen Sachlage (leider) offenlassen.

[10] Die Einräumung der Passivlegitimation nach dem sog. Proportionalitätsgrundsatz (vgl. CHK V/1-THOMAS SUTTER-SOMM, Eigentum/Besitz, 2. Aufl., Basel 2014, Nr. 841) kommt gemäss Art. 694 Abs. 2 ZGB sekundär zur Anwendung. Das Bundesgericht hält dabei unter Angabe seiner früheren Rechtsprechung ([BGE 86 II 235](#) E. 4 S. 241, der sogar unterstreicht, dass lediglich bei Gleichwertigkeit der Interessen des Belasteten bezüglich des Wegverlaufes die Interessen des Berechtigten ausschlaggebend sein dürfen) und in Übereinstimmung mit der Lehre (vgl. BK-HANS LEEMANN, Sachenrecht, I. Abteilung, Art. 641–729, 2. Aufl., Bern 1920, N 13 zu Art. 694 ZGB; CR CC-II-DENIS PIOTET, Basel 2016, N 32 zu Art. 694 ZGB) fest, dass die Interessen des Eigentümers des belasteten Grundstückes im Vordergrund stehen. Im vorliegenden Fall scheint die relativ flache Oberflächenstruktur des Grundstücks der Beschwerdeführerin ausschlaggebend. Dadurch sei dieser Zugang mit weniger starken Eingriffen und folglich auch einem kleineren Arbeitsaufwand verbunden als jener über Norden oder

Westen. Das Kriterium des Einflusses auf den physischen Zustand der belastenden Grundstücke wird auch in der Lehre genannt (MONIKA SOMMER, Nachbarrecht, Zürich 2007, S. 168; vgl. ZK-Haab/Simonius/Schwerrer/Zobl, a.a.O., N 11 zu den Art. 694, 695 und 696 ZGB) und scheint generell, aber insbesondere im vorliegenden Fall, wo sogar bereits eine Wegdienstbarkeit auf dem Grundstück der Beschwerdeführerin besteht, sinnvoll.

BLaw, MARTINA FRISCHKOPF, Universität Luzern.

Zitiervorschlag: Martina Frischkopf, Passivlegitimation beim Notwegrecht, in: dRSK, publiziert am 21. Juni 2018

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

www.weblaw.ch

Weblaw AG | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern

T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | info@weblaw.ch