

BGer 5A_740/2014 vom 1. Februar 2016

Bundesgericht, 2016-02-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_740_2014

FR: TF 5A_740/2014 du 1 février 2016

IT: TF 5A_740/2014 del 1 febbraio 2016

Erwägungen

E. 1

Der angefochtene Entscheid betrifft die Löschung eines Wegrechts gestützt auf Art. 736 ZGB und damit eine Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 BGG) in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit mit einem obergerichtlich festgestellten (E. II/4.3 S. 5) Streitwert von Fr. 52'000.-- (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ; BGE 54 II 51 ; 89 II 370 E. 6 S. 385). Er ist kantonal letztinstanzlich (Art. 75 BGG), lautet zum Nachteil der Beklagten (Art. 76 Abs. 1 BGG) und schliesst das kantonale Verfahren ab (Art. 90 BGG). Die fristgerecht (Art. 100 Abs. 1 BGG) erhobene Beschwerde ist zulässig. Auf formelle Einzelfragen wird im Sachzusammenhang zurückzukommen sein.

E. 2

Die Kläger haben das wegrechtsbelastete Grundstück Nr. yyy während laufender Beschwerdefrist verkauft, verlangen aber keinen Parteiwechsel (S. 7 der Beschwerdeantwort). Wird nach Zustellung des angefochtenen Entscheids die im Streit liegende Sache veräussert oder der streitige Anspruch abgetreten, ergeht das Urteil unter den bisherigen Parteien, wenn die Gegenpartei einem Parteiwechsel nicht zustimmt oder - wie hier - kein Parteiwechsel verlangt wird (Art. 17 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 2 BZP i.V.m. Art. 71 BGG ; vgl. POUURET/SANDOZ-MONOD, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, II, 1990, N. 3 zu Art. 53 OG , S. 383 und 385; Urteil 4P.226/2001 vom 1. Februar 2002 E. 1, nicht veröffentlicht in: BGE 128 III 234 , wohl aber in: Praxis 91/2002 Nr. 91 S. 529).

E. 3

Gemäss Kaufvertrag vom 22. November 1920 sollte das Wegrecht entlang der Nordgrenze des Grundstücks Nr. yyy dahinfallen, wenn der Käufer oder der jeweilige Besitzer des Grundstücks Nr. yyy ab dem bestehenden Weg an der Südgrenze einen Zufahrtsweg zum Wohnhaus Nr. xxx a auf dem Grundstück Nr. xxx erstellt.

E. 3.1

Das Regionalgericht hat angenommen, die Klausel sei heute (vertragsergänzend) als erfüllt zu betrachten, das Klagebegehren auf Feststellung, dass das Wegrecht dahingefallen ist, gutzuheissen und die Löschung im Grundbuch anzuordnen. Das Obergericht ist der Auffassung nicht gefolgt und hat vielmehr angenommen, mit der Klausel hätten die Kaufvertragsparteien eine Resolutivbedingung vereinbart, die im Verhältnis unter den heutigen Grundeigentümern als Rechtsnachfolgern der Kaufvertragsparteien weder dinglich noch obligatorisch wirke. Die Bedingung entfalte keine dingliche Wirkung, weil sie nicht im Grundbuch eingetragen sei, und keine obligatorische Wirkung, weil eine Vertrags- bzw. Schuldübernahme nicht bewiesen und von den Parteien auch nicht behauptet worden sei (E. IV/6-8 S. 6 ff. des angefochtenen Entscheids). Die Beklagte schliesst sich der

obergerichtlichen Beurteilung an (S. 9 Ziff. 3 der Beschwerdeschrift), während die Kläger dagegenhalten, das Wegrecht sei zufolge Eintritts der Resolutivbedingung dahingefallen und folglich bereits deshalb im Grundbuch zu löschen (S. 15 ff. Ziff. 3 der Beschwerdeantwort). Zu diesem Einwand sind die Kläger auch als Beschwerdegegner befugt (BGE 136 III 502 E. 6.2). Die Beklagte hätte dazu Stellung nehmen können, hat darauf aber verzichtet.

E. 3.2

Zutreffend und unbestritten ist die Auslegung, dass die Kaufvertragsparteien das Wegrecht resolutiv bedingt haben (Art. 154 Abs. 1 OR). Das vertraglich eingeräumte und als Dienstbarkeit zugunsten des Grundstücks des Verkäufers (Nr. xxx) und zulasten des Grundstücks des Käufers (Nr. yyy) im Grundbuch eingetragene Wegrecht fällt dahin und kann im Grundbuch wieder gelöscht werden, wenn der Käufer oder der jeweilige Besitzer des Grundstücks Nr. yyy ab dem A. _____weg, der Südgrenze beider Grundstücke, einen Zufahrtsweg zum Gebäude des Verkäufers auf dem Grundstück Nr. xxx erstellt. Der Eintritt der Resolutivbedingung hängt allein vom Willen des Käufers oder jeweiligen Besitzers des Grundstücks Nr. yyy ab (sog. Potestativbedingung: BGE 132 V 149 E. 5.2.3 S. 153).

E. 3.3

Die dingliche Wirkung der Resolutivbedingung leiten die Kläger aus dem Wortlaut der Vereinbarung vom 22. November 1920 ab, räumen aber zutreffend ein, dass die Kaufvertragsparteien damit etwas rechtlich Unmögliches hätten vereinbaren wollen. Denn nach der 1920 geltenden Grundbuchpraxis des Bundesrates, die das Bundesgericht später bestätigt hat (BGE 87 I 311 E. 2 S. 315 ff.), war es unzulässig, eine resolutiv-bedingte Dienstbarkeit im Grundbuch einzutragen (Entscheid vom 10. Juni 1919, in: ZBGR 1/1920 S. 3 ff.). Die Eintragung der vorliegenden Dienstbarkeit als "Wegrecht" im Grundbuch konnte deshalb nur erfolgen, wenn der Resolutivbedingung die Bedeutung eines bloss obligatorischen Rechtsverhältnisses unter den Vertragschliessenden zukam. Da nicht anzunehmen ist, die Kaufvertragsparteien, deren innerer Wille nicht ermittelt werden konnte, hätten eine unangemessene Lösung gewollt (BGE 122 III 420 E. 3a S. 424), ist davon auszugehen, dass sie vereinbart haben, ein Wegrecht mit dinglicher Wirkung zu begründen und mit einer obligatorisch wirkenden Resolutivbedingung zu versehen (vgl. Urteil 5A_175/2007 vom 3. September 2007 E. 2.3.1, nicht veröffentlicht in: BGE 133 III 641 , wohl aber in: Praxis 97/2008 Nr. 54 S. 365; D. PIOTET, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, SPR V/2, 2. Aufl. 2012, S. 47 Rz. 111).

E. 3.4

Eine von den Kaufvertragsparteien bloss obligatorisch vereinbarte Resolutivbedingung kann gegenüber Dritten wie den Prozessparteien - vorbehaltlich einer hier nicht nachgewiesenen Schuldübernahme - nicht durchgesetzt werden (Urteil 4C.360/2002 vom 14. Februar 2003 E. 2.1; REY, Berner Kommentar, 1981, N. 144, und LIVER, Zürcher Kommentar, 1980, N. 74, je zu Art. 730 ZGB). Ihren gegenteiligen Standpunkt begründen die Kläger damit, alle Mitglieder der Beklagten hätten den Inhalt des Dienstbarkeitsvertrags beim Erwerb des wegrechtsberechtigten Grundstücks gekannt und könnten deshalb nicht als gutgläubig gelten. Die Berechtigung dieses Einwandes kann dahingestellt bleiben. Denn weder dem angefochtenen Entscheid noch den angeführten Belegstellen (S. 18 der Beschwerdeantwort) lässt sich entnehmen, dass alle Mitglieder der Beklagten von der

zwischen den Kaufvertragsparteien vereinbarten Resolutivbedingung tatsächlich Kenntnis hatten. Aufgrund des insoweit klaren Eintrags der Dienstbarkeit als "Wegrecht" hatten sie auch keinen Anlass, nach allfälligen vertraglichen Vorbehalten zu forschen, die das "Wegrecht" als nur bedingtes hätten erscheinen lassen können (Urteil 5A_412/2009 vom 27. Oktober 2009 E. 5, in: ZBGR 92/2011 S. 198 ff.; vgl. D. PIOTET, a.a.O., S. 101 Rz. 316).

E. 3.5

Die obergerichtliche Beurteilung, die Kläger könnten aus der Resolutivbedingung nichts zu ihren Gunsten ableiten, erweist sich - aufgrund der Vorbringen der Kläger - nicht als bundesrechtswidrig. Die sinngemässe Abweisung des auf die Resolutivbedingung gestützten Hauptbegehrens der Kläger kann deshalb nicht beanstandet werden.

E. 4

Das Obergericht hat die Klage gutgeheissen. Es ist davon ausgegangen, das Wegrecht habe im Sinne von Art. 736 Abs. 1 ZGB für das berechnigte Grundstück der Beklagten alles Interesse verloren, so dass die Kläger als Eigentümer des belasteten Grundstücks die Löschung des Wegrechts beantragen könnten (E. V/9-19 S. 10 ff. des angefochtenen Entscheids).

E. 4.1

Hat eine Dienstbarkeit für das berechnigte Grundstück alles Interesse verloren, so kann der Belastete ihre Löschung verlangen (Art. 736 Abs. 1 ZGB). Unter dem Interesse für das berechnigte Grundstück bzw. dem Interesse des Berechnigten versteht die Rechtsprechung das Interesse des Eigentümers des berechnigten Grundstücks an der Ausübung der Dienstbarkeit gemäss deren Inhalt und Umfang. Dabei ist vom Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit auszugehen, der besagt, dass eine Dienstbarkeit nicht zu einem andern Zweck aufrecht erhalten werden darf als jenem, zu dem sie errichtet worden ist. Zu prüfen ist somit in erster Linie, ob der Eigentümer des berechnigten Grundstücks noch ein Interesse daran hat, die Dienstbarkeit zum ursprünglichen Zweck auszuüben, und wie sich dieses Interesse zu jenem verhält, das anlässlich der Begründung der Dienstbarkeit bestand (BGE 107 II 331 E. 3 S. 334 f.; 130 III 554 E. 2 S. 556).

E. 4.2

Zum Inhalt und zum ursprünglichen Zweck der im Grundbuch als "Wegrecht" eingetragenen Dienstbarkeit hat das Obergericht gestützt auf den Kaufvertrag vom 22. November 1920 als Erwerbsgrund festgehalten, der Weg habe zu Fuss oder mit Fahrzeugen als Zugang zum Haus (damals Nr. xxx a) auf dem Grundstück Nr. xxx dienen sollen. Aus dem Plan, der integrierender Bestandteil des Dienstbarkeitsvertrags gebildet habe und damit auch für die Auslegung zu berücksichtigen sei, ergebe sich erstens, dass es damals nur diesen einen Weg gegeben habe, und zweitens, dass vom A. _____weg über das Wegrecht auf dem Grundstück Nr. yyy (entlang dessen nördlichen Marche) der Zugang zum Haus Nr. xxx a habe erfolgen sollen (E. V/12.2 und E. V/12.3 S. 14 des angefochtenen Entscheids).

E. 4.3

Zu den heutigen Verhältnissen hat das Obergericht festgestellt, dass das - anstelle des Wohnhauses Nr. xxx a neu erbaute - Wohnhaus Nr. xxx b mit seinen Einzelgaragen und deren jeweiligen Vorplätzen ebenerdig an den A. _____weg grenze. Neben den

Einzelgaragen befindet sich eine Eingangstüre zum Wohnhaus mit den Briefkästen. Durch diesen Eingang gelange man in das Untergeschoss des Wohnhauses (mit Kellern, Heizung, Abstellräumen usw.) und durch einen kurzen Gang in das Treppenhaus mit Lift. Vom A. _____ weg führe sodann ein 1.7 m breiter Weg über siebzehn Stufen hinauf zur Eingangstüre mit Klingeln auf dem nächsthöheren Geschoss des Hauses ("Obergeschoss" [recte wohl: Erdgeschoss]). Durch die Eingangstüre gelange man wiederum in das Treppenhaus (E. V/13.4 S. 15 des angefochtenen Entscheids). Das Obergericht hat in tatsächlicher Hinsicht als erstellt betrachtet, dass die Bewohner des Hauses Nr. xxx b vom A. _____ weg her zu ihrem bzw. in ihr Haus gelangten, und zwar sowohl mit dem Fahrzeug (zu den Garagen oder Vorplätzen der Garagen) als auch zu Fuss (Eingangstüre rechts von den Garagen im Untergeschoss oder über die Treppe zur Eingangstüre im "Obergeschoss"). Demgegenüber benutzten die Bewohner des Hauses den strittigen Weg über das Grundstück Nr. yyy nicht mehr als Zugang zu ihrem Haus. Vielmehr werde dieser Weg heute nach Aussage von K.J. _____ nur noch vom Gärtner, für Lieferungen (z.B. Holz für das Cheminée), für Umzüge oder Transporte (z.B. grosse Pflanzen) und für Bauarbeiten benutzt, und zwar in den Jahren 1989 - 2006 bei rund sechs Gelegenheiten pro Jahr, aktuell etwas mehr, da der Gärtner öfter komme. Das Wegrecht sei etwa benutzt worden für die Anlieferung von Maschinen für die Böden im Gartenhaus auf dem Grundstück Nr. xxx, für den Abtransport einer gefällten Tanne, für Materiallieferungen im Zusammenhang mit der Neugestaltung des Weihers, für den Partyservice anlässlich einer Feier im Gartenhaus, für die jährliche Dachkontrolle oder für die Frühlingsreinigung des Gartenhauses. Das Wegrecht diene gemäss Replik auch der Nutzung des Park- und Wendeplatzes im nordöstlichen Teil des Grundstücks Nr. xxx, wo sich auch die Erdsonden befänden (E. V/13.5 S. 15 f. des angefochtenen Entscheids).

E. 4.4

Gestützt auf seine Tatsachenfeststellungen hat das Obergericht dafürgehalten, die Voraussetzungen von Art. 736 Abs. 1 ZGB erwiesen sich aus drei (voneinander unabhängigen) Gründen als gegeben (E. V/14 S. 16). Es hat die Klage gutgeheissen und die Löschung des Wegrechts angeordnet, weil die Beklagte wegen der Erschliessung über den A. _____ weg alles Interesse am Wegrecht verloren habe (E. V/15 S. 16 f.), das Wegrecht nicht mehr als Zugang und damit zu seinem ursprünglichen Zweck benutze (E. V/16 S. 17) und rechtsmissbräuchlich auf der Ausübung des Wegrechts bestehe (E. V/17 S. 17 f. des angefochtenen Entscheids).

E. 4.5

Da die Beklagte jeden der drei Urteilsgründe anfight, ist auf ihre Beschwerde in formeller Hinsicht einzutreten (BGE 119 Ia 13 E. 2 S. 16; 133 IV 119 E. 6.3 S. 120 ; 138 I 97 E. 4.1.4 S. 100).

E. 5

Die Beklagte verwarft sich gegen die obergerichtliche Beurteilung, das Wegrecht sei der einzige Zugang zu ihrem Grundstück gewesen (E. V/12.2 S. 14) und habe den Charakter eines Notwegs (E. V/15.3 S. 17 des angefochtenen Entscheids). Sie erhebt Sachverhalts- und Rechtsrügen (S. 7 und S. 13 ff. der Beschwerdeschrift).

E. 5.1

Zutreffend und unbestritten sind die Grundsätze der Auslegung für die Parteien als Dritterwerber des berechtigten und des belasteten Grundstücks (Art. 738 ZGB ; BGE 137

III 145 E. 3 S. 147 ff.) sowie das Ergebnis dieser Auslegung, dass die im Grundbuch als Wegrecht eingetragene Dienstbarkeit aufgrund des Erwerbsgrundes den Zugang zum Gebäude auf dem Grundstück Nr. xxx bezweckt. Streitig ist zunächst, ob es nur diesen Zugang über das Wegrecht gegeben hat und was aus einem allfälligen Charakter eines Notweges abgeleitet werden kann.

E. 5.2

Die Feststellung des Sachverhalts kann gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann. Letzteres bestreiten die Kläger. Sie wenden ein, die Beklagte zeige nicht einmal im Ansatz auf, inwiefern die gerügten Mängel bzw. deren Behebung für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein sollen (S. 14 f. der Beschwerdeantwort). Der Einwand ist haltlos. Die Beklagte erhebt ihre Sachverhaltsrügen im Zusammenhang mit der Rechtsfrage nach dem objektivierten Willen der Kaufvertragsparteien als Rechtsvorgängern der heutigen Parteien (S. 13 ff. Ziff. 4-12 der Beschwerdeschrift). Das Obergericht hat in rechtlicher Hinsicht an der verwiesenen Stelle ausdrücklich auch auf den Charakter eines Notwegs Bezug genommen (E. V/15.3 Abs. 3 S. 17 des angefochtenen Entscheids). Schliesslich stehen auch die gesamten Ausführungen der Kläger vor dem Hintergrund, das Wegrecht habe den Charakter eines Notwegs, wenn sie etwa behaupten, dass es sich höchstens um einen bequemen, aber nicht nötigen Nebenzugang handle (S. 30 der Beschwerdeantwort).

E. 5.3

Die Kläger wenden sodann ein, das Vorbringen der Beklagten, zugunsten des Grundstücks Nr. xxx hätten gemäss Grundbuchauszug bereits 1920 siebzehn Wegrechte über den A. _____ weg bestanden, sei nicht nur unzutreffend, sondern neu und unzulässig im Sinne von Art. 99 Abs. 1 BGG (S. 12 und S. 25 der Beschwerdeantwort). Der Einwand ist haltlos. In ihrer Klageantwort vom 9. März 2011 (S. I/83 ff., insbesondere Ziff. 9 und 15) hat sich die Beklagte darauf berufen, dass der A. _____ weg schon 1920 im heutigen Umfang bestanden habe und benutzt werden konnte. Das Obergericht selber hat zudem festgestellt, dass das Grundstück Nr. xxx über die entsprechenden Wegrechte für den A. _____ weg bis zur öffentlichen Strasse verfügt (E. V/15.3 S. 16 des angefochtenen Entscheids mit Hinweis auf den Beschwerdeentscheid der Baudirektion des Kantons Bern vom 30. Dezember 1987 in den Baubewilligungsakten 111/86). Ob es sich nun um siebzehn Wegrechte oder um ein Wegrecht über den A. _____ weg handelt, ändert nichts an der Zulässigkeit des Vorbringens (vgl. BGE 135 II 384 E. 2.1 S. 388).

E. 5.4

Ihre Sachverhaltsrügen begründen die Beklagten damit, dass sich aus dem Plan nicht ergebe, das Wegrecht sei der einzige Zugang (S. 7 f.), dass zugunsten des berechtigten Grundstücks im Zeitpunkt der Errichtung des Wegrechts siebzehn Wegrechte über den privaten A. _____ weg bestanden hätten (S. 13 und S. 15) und dass sich in den Unterlagen zur Begründung des Wegrechts keine Anhaltspunkte für einen Notweg fänden (S. 16 der Beschwerdeschrift).

E. 5.4.1

Dem Plan vom 16. Februar 1920 (Klagebeilage Nr. 6 und abgedruckt in E. I/1.2 S. 2 des angefochtenen Entscheids) kann der heutige A. _____ weg in gestrichelter Linie

entnommen werden. Er verläuft ab der Strasse "nach dem F. _____" von Osten nach Westen und bildet die Südgrenze der beiden Grundstücke Nrn. yyy und xxx. Ebenfalls in gestrichelter Linie ist auf dem Grundstück Nr. yyy bis zu dessen Nordgrenze eine Abzweigung vom A. _____weg eingezeichnet. Es handelt sich dabei unstreitig um die Auffahrt über das wegrichtsbelastete Grundstück, von wo aus der Weg weiter der Nordgrenze entlang westwärts bis zur gemeinsamen Grenze der Grundstücke Nrn. yyy und xxx führt. Zeichnerisch ist dieses Wegrecht im Plan aber nicht festgehalten. Es ergibt sich daraus auch nicht, dass es 1920 nur einen Weg zum Grundstück Nr. xxx mit dem Wohnhaus Nr. xxx a gegeben hat. Vielmehr ist das Grundstück Nr. xxx über das Wegrecht auf dem Grundstück Nr. yyy und von Süden über den A. _____weg erreichbar. Denn im Plan von 1920 ist - im Gegensatz etwa zum Plan von 1960 (Klagebeilage Nr. 7) - auf dem Grundstück Nr. xxx kein Zugangsweg eingezeichnet, und zwar weder eine Fortsetzung des Wegrechts auf dem Grundstück Nr. yyy noch ein Zubringer ab dem A. _____weg. Die gegenteilige Feststellung des Obergerichts (E. V/12.2 S. 14), die die Kläger unterstützen (S. 12), ist offensichtlich unrichtig.

E. 5.4.2

Dem Grundbuchauszug (Klagebeilage Nr. 4a) lässt sich entnehmen, dass zugunsten des Grundstücks Nr. xxx seit 1812 und 1867 eine Vielzahl von Wegrechten zulasten von Grundstücken besteht, auf denen der damals private A. _____weg ostwärts in Richtung der Strasse "nach dem F. _____" gelegen ist. Aus dem verwiesenen Entscheid der Baudirektion geht auch hervor, was das Obergericht allerdings nicht erwähnt hat, dass das Wegrecht über den A. _____weg ab 1909 und mehr als sechzig bzw. achtzig Jahre durch die Eigentümer der Parzellen Nrn. xxx und yyy in umfassender Weise und wie heute (Erschliessung von Wohnhäusern) ausgeübt wurde (E. 3b S. 4). An der Augenscheins- und Instruktionsverhandlung vom 31. August 1987 hat K.J. _____, heute noch Mitglied der Beklagten, erklärt, die Bewohner des Wohnhauses auf dem Grundstück Nr. xxx seien über den Weg hinter dem Haus auf dem Grundstück Nr. yyy gefahren, weil auf der Seite A. _____weg keine Abstellplätze vorhanden gewesen seien (S. 3 des Protokolls in den Baubewilligungsakten 111/86). Es trifft folglich nicht zu, dass das Grundstück Nr. xxx über den A. _____weg und damit von Süden her nicht zugänglich gewesen wäre. Der Zugang wurde vielmehr nicht benutzt, weil es dort keine Abstellplätze gegeben hat. In diesem Sinn ist auch die Aussage von K.J. _____ im vorliegenden Verfahren zu verstehen, man habe nur diesen Weg [gemeint auf dem Grundstück Nr. yyy] brauchen können, es habe keinen anderen gegeben (S. I/233 Z. 15/16). Die Feststellung, dass es nur den Zugang über das Wegrecht auf dem Grundstück Nr. yyy gegeben hat, erweist sich auch unter diesen Blickwinkel als aktenwidrig.

E. 5.4.3

Schliesslich beruft sich die Beklagte auf die Errichtungsakten, in denen sich keine Anhaltspunkte für die Begründung eines Notwegs fänden. Die Auffassung trifft zu. Entgegen der Behauptung der Kläger (S. 11 f.) belegt die Vereinbarung der Bedingung durch die Kaufvertragsparteien, dass der heutige A. _____weg bis zum Grundstück Nr. xxx befahren werden konnte und durfte. Andernfalls wäre die Vereinbarung einer Bedingung, ab dem A. _____weg eine einfache Zufahrt zum Haus Nr. xxx a zu erbauen, sinnlos gewesen.

E. 5.5

Als Zwischenergebnis kann festgestellt werden, dass das Wegrecht über das Grundstück Nr. yyy aufgrund der örtlichen Verhältnisse nicht der Behebung einer Notlage gedient hat, sondern die Zufahrt zum Grundstück Nr. xxx vereinfacht und verbessert hat. Insoweit kann ihm auch kein notwegähnlicher Charakter zuerkannt werden. Das Wegrecht ist deshalb nur unter den Voraussetzungen von Art. 736 ZGB und nicht schon zufolge Wegfalls der Notlage ablösbar. Letztere Möglichkeit hat das Bundesgericht in BGE 130 III 554 im Rahmen einer Eventualerwägung (E. 3.3 Abs. 3 S. 560 mit Hinweis auf LIVER, a.a.O., N. 75 zu Art. 736 ZGB) angezeigt, inzwischen aber ausdrücklich verworfen. Der Wille der Parteien, ein Notwegrecht zu begründen, muss sich aus dem Eintrag im Grundbuch und aus dem Dienstbarkeitsvertrag ergeben, damit er gutgläubigen Dritterwerbenden entgegengehalten werden kann. Dass eine Grunddienstbarkeit allein ihrem Entstehungsgrund nach ein (vertraglich begründetes) Notrecht ist, genügt folglich nicht. Ist die Dienstbarkeit aus dem Hauptbucheintrag nicht als Legalservitut (Bezeichnung als "Notweg") erkennbar, begründet der Wegfall der Wegenot für sich allein deshalb noch keinen Lösungsanspruch (Urteile 5A_412/2009 vom 27. Oktober 2009 E. 5 und 6, in: ZBGR 92/2011 S. 198 ff., und 5A_521/2013 vom 14. Juli 2014 E. 2.3, in: RtiD 2015 I S. 896). Auch in rechtlicher Hinsicht könnte dem Obergericht (E. V/15.3 S. 17) somit nicht gefolgt werden.

E. 6

Die Beklagte verwehrt sich weiter gegen die obergerichtliche Beurteilung, das Wegrecht werde heute nicht mehr zu dem Zweck ausgeübt, zu dem es begründet worden sei (E. V/16 S. 17 des angefochtenen Entscheids).

E. 6.1

Das Obergericht hat festgestellt, das Wegrecht diene heute nicht mehr als Zugang zum Haus auf dem Grundstück Nr. xxx und werde auch gar nicht mehr zu diesem Zweck benutzt. Bezeichnenderweise führe vom Weg auf dem Grundstück Nr. yyy ab der Grundstücksgrenze auf dem Grundstück Nr. xxx auch kein nach aussen erkennbarer Weg zum Haus Nr. xxx b. Vielmehr befinde sich ab der Grenze zwischen dem Grundstück Nr. yyy und Nr. xxx nur Rasen. Bereits daraus sei ersichtlich, dass die strittige Dienstbarkeit heute nicht mehr den Zugang zum Haus auf dem Grundstück Nr. xxx bezwecke (E. V/16.1 S. 17 mit Hinweis auf die Bilder 8-11 S. I/153 ff.). Das Obergericht hat weiter festgestellt, das Wegrecht diene heute für den Unterhalt des Gartens, für den Transport schwerer Sachen oder den Partyservice bei Feiern auf dem Grundstück Nr. xxx. Dass es mitunter für solche Arbeiten und Transporte gerade aufgrund des Gefälles einfacher und bequemer sei, beispielsweise den Rasenmäher auf den Rasen auf dem Grundstück Nr. xxx zu transportieren als vom südlichen Zugang vom A. _____ weg her, möge sein. Die heutige Nutzung des Wegrechts entspreche aber nicht mehr dem ursprünglichen Zweck. Dies werde auch daraus ersichtlich, dass die Bewohner des Hauses Nr. xxx b das Wegrecht selber gar nicht mehr benützten. Vielmehr werde es pro Jahr nur noch einige wenige Male zu den erwähnten Zwecken benützt. Daraus werde ersichtlich, dass der von der Beklagten geltend gemachte Zweck nicht mit dem ursprünglichen identisch sei. Ihr gehe es mit dem Wegrecht nicht mehr um den Zugang zum Haus auf dem Grundstück Nr. xxx. Dies dokumentierten auch die örtlichen Verhältnisse sowie die Tatsache, dass die Stockwerkeigentümer das Wegrecht als Zugang zum Haus nicht mehr benützten (E. V/16.2 S. 17 des angefochtenen Entscheids).

E. 6.2

Die Beklagte erhebt verschiedene Sachverhaltsrügen, die sich - wie die Kläger es hervorheben (S. 8 f. und S. 14 f.) - als unbegründet erweisen.

E. 6.2.1

In tatsächlicher Hinsicht wendet die Beklagte ein, es befinde sich ab der nördlichen Grenze zwischen den Parzellen Nrn. yyy und xxx nicht einfach "nur Rasen", sondern auch - unter der Rasenfläche - der mit Kieskoffer-Belag versehene Bereich, welchen die Zubringer und Besucher der Parzelle Nr. xxx als Park- und Wendeplatz verwendeten. Der Bereich sei deshalb frei belassen und verdichtet gebaut worden, damit dieser auch mit schweren Fahrzeugen belastet werden könne (S. 6 der Beschwerdeschrift). Den Bildern, auf die das Obergericht abgestellt hat, lässt sich entnehmen, dass das Wegrecht auf dem belasteten Grundstück Nr. yyy an einem Tor endet (Bild 8 S. I/153). Dahinter befindet sich ein ebener Rasenplatz, auf dem - von der Grösse her - Fahrzeuge parkiert und gewendet werden können (Bilder 9-11 S. I/155 und I/157). Ob sich unter dem Rasen eine Kofferung befindet, ist nicht ersichtlich, letztlich aber auch unerheblich, zumal sich auch ein Rasenplatz zum Parkieren und zum Wenden nutzen lässt.

E. 6.2.2

Die Beklagte rügt, offensichtlich unkorrekt sei die Feststellung, es führe kein nach aussen erkennbarer Weg vom Wegrecht zum Grundstück. Dagegen spreche die in nordöstlicher Richtung erbaute Eingangstüre im Erdgeschoss (nicht im Obergeschoss), die innenseitig in das Treppenhaus und aussenseitig über Fusswege sowohl zum A._____weg als auch zum soeben genannten Park- und Wendeplatz führe. Daraus erhelle, dass sämtlichen Bewohnern des Hauses Nr. xxx b nicht nur eine Verbindung zum A._____weg offenstehe, sondern auch zum Wegrecht (S. 7 der Beschwerdeschrift). Die Rüge betrifft unstrittige Tatsachen. Auf den verwiesenen Bildern ist erkennbar, dass der Rasenplatz in südlicher Richtung durch einen Steinplatten- bzw. Ziegelweg begrenzt wird, der von einem an der Grenze stehenden Holzschopf um einen Teich herum zur Eingangstüre des Hauses Nr. xxx b und zur Aussentreppe hinunter zum A._____weg führt (Bild 10 S. I/155 und Bild 18 S. I/163).

E. 6.2.3

Ob auf dem berechtigten Grundstück Nr. xxx ein Weg über den Rasen erkennbar ist, wie das die Beklagte anders als das Obergericht in tatsächlicher Hinsicht behauptet, ist rechtlich unerheblich. Entscheidend ist, dass das Wegrecht auf dem belasteten Grundstück als Dienstbarkeit eingetragen ist (BGE 135 III 496 E. 4.1 S. 499) und dass deren Ausübung auf dem belasteten Grundstück räumlich festgelegt ist (BGE 138 III 742 E. 2.1 S. 743). Auf dem berechtigten Grundstück braucht die Fortsetzung des Weges für dessen Bestand nicht erkennbar zu sein, zumal es dem Eigentümer des berechtigten Grundstücks aus dienstbarkeitsrechtlicher Sicht frei steht, wo und wie er über sein eigenes Grundstück geht oder fährt.

E. 6.3

Das Obergericht ist davon ausgegangen, die heutige Benutzung des Wegrechts verletze den Identitätsgrundsatz. Danach darf eine Dienstbarkeit nicht zu einem anderen Zweck aufrecht erhalten werden als jenem, zu dem sie errichtet worden ist (E. 4.1 oben). Soweit sich der Zweck nicht aus dem Eintrag im Grundbuch ergibt, gilt im Verhältnis zu Dritten der Zweck

als massgebend, der aus dem Dienstbarkeitsvertrag selber hervorgeht oder objektiv erkennbar ist. Kann davon nicht ausgegangen werden, ist zur Bestimmung des Zwecks danach zu fragen, welche Interessen bei objektiver Betrachtung zur Zeit der Errichtung aufgrund der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks vernünftigerweise von Bedeutung sein konnten (BGE 107 II 331 E. 3b S. 335 f.; 138 III 650 E. 5.3 S. 656).

E. 6.4

Der Zweck der Dienstbarkeit besteht in einem Wegrecht (Grundbucheintrag) zum Gebäude Nr. xxx a auf dem berechtigten Grundstück Nr. xxx (Dienstbarkeitsvertrag), wobei es sich bei diesem Gebäude um ein Wohnhaus gehandelt hat. Von diesem Zweck gedeckt ist die Benutzung des Wegrechts durch die Bewohner des Wohnhauses selber, aber fraglos auch die Benutzung des Wegrechts durch Besucher von Bewohnern sowie durch Bauhandwerker, durch Gärtner oder durch Zügeldienste, die allesamt für das Wohnhaus, den Umschwung oder die Bewohner tätig werden. In diesem Sinn hat das Bundesgericht anerkannt, dass es bei einem Wegrecht zugunsten einer Geschäftsliegenschaft auf die Verkehrsbedürfnisse des dortigen Geschäftsbetriebs ankommt und dass folglich nicht bloss die Inhaber und Mitarbeiter des Geschäfts, sondern auch dessen Kunden das Wegrecht benutzen dürfen (BGE 131 III 345 E. 3.2 S. 355 f.; BGE 114 II 426 E. 2d S. 430/431: Mieter oder Pächter). Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass ein Wegrecht als Zugang und Zufahrt zu einem Wohnhaus sowohl von Bewohnern selber als auch von deren Angehörigen und dem durch Wohnzwecke bedingten Zubringerdienst (z.B. Taxifahrten, Möbeltransporte und Fahrten von Reparatur-, Sanitäts- oder anderen Unternehmen) benutzt werden darf (für weitere Beispiele und Abgrenzungen: CYRIL GALLAND, *Le contenu des servitudes foncières*, 2013, S. 56 ff. Rz. 193-211, mit Hinweisen).

E. 6.5

Mit Rücksicht auf die Rechtsprechung muss die Beurteilung, die heutige Nutzung des Wegrechts durch Gärtner, Zügeldienst usw. verletze den Grundsatz der Identität, als rechtswidrig beanstandet werden. Der Beklagten ist zuzustimmen (S. 16 der Beschwerdeschrift).

E. 7

Den Verlust des Interesses im Sinne von Art. 736 Abs. 1 ZGB hat das Obergericht damit begründet, dass mit dem Neubau des Hauses Nr. xxx b (das dem vormaligen Haus Nr. xxx a entspreche) auf dem Grundstück Nr. xxx der Zugang zu diesem Haus nunmehr von Süden vom A._____weg her erfolge. Dieser neue Zugang habe und erfülle denselben Zweck wie das Wegrecht auf dem Grundstück Nr. yyy, das in keiner Weise vorteilhafter sei als der Zugang vom A._____weg her (E. V/15 S. 16 des angefochtenen Entscheids).

E. 7.1

Die Feststellung des Obergerichts, die beiden Eingangstüren des Hauses im Untergeschoss und im Obergeschoss (recte wohl: Erdgeschoss) seien auf den Zugang vom A._____weg ausgerichtet, rügt die Beklagte als offensichtlich unrichtig, was die Ausrichtung der Eingangstüre im Erdgeschoss angeht (S. 7 der Beschwerdeschrift). Unstreitig steht die Eingangstüre im Untergeschoss am Vorplatz, der an den A._____weg grenzt (z.B. Bild 24 S. I/169). Wer die siebzehn Stufen der Aussentreppe hinaufsteigt, steht an deren Ende nicht unmittelbar vor Eingangstüre zum Erdgeschoss, sondern auf einem Zwischenboden, von dem es schräg halblinks zur besagten Eingangstüre geht und nach rechts über den Ziegel- bzw. Plattenweg in Richtung Holzschopf und dann

über den Rasen zum Gartentor an der gemeinsamen Grenze der Grundstücke Nrn. xxx und yyy (Bild 20 S. I/165). Die Eingangstüre im Erdgeschoss befindet sich dabei in einer dreieckigen Auskrugung der östlichen Hauswand (Plan S. I/145) und blickt nach Südosten (Bild 20 S. I/165). Die Feststellung, beide Eingangstüren seien auf den im Süden des Grundstücks Nr. xxx gelegenen A._____weg ausgerichtet, ist somit nicht offensichtlich unrichtig (vgl. zum Begriff: BGE 137 III 226 E. 4.2 S. 234).

E. 7.2

Durch den Neubau des Hauses auf dem Grundstück Nr. xxx haben sich die Zugangsmöglichkeiten insofern verändert, als der A._____weg nicht mehr bloss befahren werden kann, sondern die Fahrzeuge auch unmittelbar vor den Garagen abgestellt werden können (E. 5.4.2 oben). Der Neubau hat bewirkt, dass die Hausbewohner im Alltag die Zufahrt über den A._____weg benutzen und das Wegrecht über das Grundstück Nr. yyy regelmässig, aber nur mehr wenige Male im Jahr (z.B. für Garten- und Unterhaltsarbeiten, für Umzüge usw.) in Anspruch nehmen. Das Obergericht ist zum Schluss gelangt, dass das Wegrecht auf dem Grundstück Nr. yyy nicht vorteilhafter sei als das Wegrecht über den A._____weg. Die Beklagte bestreitet diese Folgerung. Sie macht geltend, die Zufahrt über das Wegrecht auf dem Grundstück Nr. yyy sei deshalb vorteilhafter als der Zugang über den A._____weg, weil es den direkten Zugang zum Garten, zum Hausdach und zum Eingang im Erdgeschoss gestatte und dem Gärtner, Dachdecker und Zügelmann den mühsamen Transport von Rasenmähern, Leitern und Möbeln über die Aussentreppe mit siebzehn Stufen erspare. Das Interesse an der Benutzung des Wegrechts auf dem Grundstück Nr. yyy habe sich seit dem Neubau fraglos vermindert, rechtfertige aber die Ablösung gemäss Art. 736 Abs. 1 ZGB nicht (S. 17 ff. der Beschwerdeschrift).

E. 7.3

Das Bundesgericht hat sich in BGE 130 III 554 mit der Frage befasst, ob ein Wegrecht für das berechnigte Grundstück alles Interesse verloren hat, wenn eine neue Erschliessung des berechnigten Grundstücks über eine neu angelegte Strasse mit anderem Verlauf als das Wegrecht erfolgt ist. Das Obergericht hat zutreffend angenommen, dass eine neue Erschliessung nicht zwingend auf die Erstellung eines neuen Zugangs zurückzuführen sein muss, sondern auch durch bauliche Veränderungen auf dem berechnigten Grundstück bewirkt werden kann, die die Nutzung eines bereits vorhandenen anderen Zugangs verbessern oder erleichtern. Hier wie dort ist zu prüfen, ob die neue Erschliessung den mit dem Wegrecht gewährleisteten Zweck vollumfänglich erfüllt oder - anders gesagt - ob die bisherige Wegverbindung nicht vorteilhafter ist als die neue Erschliessung. Denn entscheidend ist, ob die Dienstbarkeit im konkreten Fall für das berechnigte Grundstück alles Interesse verloren hat bzw. ob der berechnigte Eigentümer weiterhin ein vernünftiges Interesse an der Ausübung der Dienstbarkeit hat (BGE 130 III 554 E. 3.3 Abs. 2 S. 560). Dass ein Wegrecht angesichts der neuen Erschliessung nur nicht mehr den gleichen Stellenwert hat wie im Zeitpunkt seiner Errichtung, vermag eine Löschung folglich für sich allein nicht zu rechtfertigen (so ausdrücklich: Urteil 5A_412/2009 vom 27. Oktober 2009 E. 6.2, in: ZBGR 92/2011 S. 201).

E. 7.4

Die Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Der Zugang über den A._____weg nimmt einen anderen Verlauf als das Wegrecht auf dem Grundstück Nr. yyy. Er hat zwar

bedeutende Vorteile für die Bewohner des Wohnhauses auf dem Grundstück Nr. xxx und hat die Nutzung des bisherigen Wegrechts erheblich vermindert. Dass das Interesse am Wegrecht auf dem Grundstück Nr. yyy vollständig weggefallen sei, kann gleichwohl nicht gesagt werden. Da es die Zufahrt oben am Hang des Grundstücks Nr. xxx ermöglicht, hat es - wie die Kläger (S. 29) und das Obergericht (E. V/16.2 S. 17) auch einräumen - durchaus noch seine Berechtigung. Für die erwähnten Arbeiten und Transporte zugunsten von Bewohnern ist der Zugang aufgrund des Gefälles von Norden her einfacher und bequemer als von Süden her hangaufwärts.

E. 7.5

Aus den dargelegten Gründen erweist sich die obergerichtliche Annahme, das Wegrecht habe für das berechtigte Grundstück alles Interesse verloren, als bundesrechtswidrig. Vielmehr besteht heute noch ein vernünftiges Interesse an der Ausübung des Wegrechts.

E. 8

Schliesslich hat das Obergericht der Beklagten vorgeworfen, sie verhalte sich rechtsmissbräuchlich, wenn sie auf der Ausübung der Dienstbarkeit bestehe. Die Dienstbarkeitsverpflichtung habe nämlich durch den Neubau und die Erschliessung am A._____weg ihre Berechtigung verloren und für die Beklagte nur noch einen unverhältnismässig geringen Nutzen (E. V/17 S. 17 f. des angefochtenen Entscheids). Die Beklagte verwahrt sich gegen den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs und bezeichnet das Verhalten der Kläger als rechtsmissbräuchlich (S. 20 f. der Beschwerdeschrift), die ihrerseits in Abrede stellen, sie verhielten sich widersprüchlich oder rechtsmissbräuchlich (S. 34 f. der Beschwerdeantwort).

E. 8.1

Der obergerichtliche Rechtsmissbrauchsvorwurf an die Beklagte betrifft das Beharren auf der Ausübung des Wegrechts. Der Vorwurf müsste sich gegen jedes Mitglied der Beklagten richten, da in der Regel nicht die Beklagte als Stockwerkeigentümergeinschaft das Wegrecht ausüben kann, sondern die Stockwerkeigentümer zur Ausübung befugt sind (Urteil 5A_657/2014 vom 27. April 2015 E. 2.2), mag die Beklagte auch - wie es das Obergericht unwidersprochen angenommen hat (E. II/4.6 S. 5 f.) - im vorliegenden Streit um den Bestand des Wegrechts prozessfähig sein (so wohl: VALENTIN PICCININ, *La propriété par étages en procès*, 2015, S. 126 Rz. 259; eher ablehnend: WERMELINGER, *Zürcher Kommentar*, 2010, N. 149 zu Art. 712 ZGB). Die Frage, wen der praktisch wörtlich auf LIVER (a.a.O., N. 40 zu Art. 736 ZGB) gestützte Rechtsmissbrauchsvorwurf treffen müsste, kann indessen dahingestellt bleiben, ist er doch nicht geeignet, die obergerichtlich angeordnete Löschung des Wegrechts im Grundbuch zu begründen. Denn aus Art. 2 ZGB ergibt sich allenfalls das Verbot der rechtsmissbräuchlichen Ausübung, aber kein Anspruch auf Löschung eines Rechts (LIVER, a.a.O., N. 42 zu Art. 736 ZGB).

E. 8.2

Das Obergericht ist davon ausgegangen, das Wegrecht habe für die Beklagte nur noch einen unverhältnismässig geringen Nutzen. Diesen Tatbestand erfasst Art. 736 Abs. 2 ZGB, wonach die 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. Verteidigt die Beklagte somit geldwerte Interessen, die durch Art. 736 Abs. 2 ZGB geschützt werden sollen, kann ihr kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden (vgl. BGE 123 III 200 E. 2b/aa S.

203; für den Fall der Verlegung eines Wegrechts: Urteil 5A_178/2011 vom 21. April 2011 E. 4.2, in: ZBGR 93/2012 S. 265).

E. 8.3

Ein Rechtsmissbrauch der Beklagten, der zudem ein offener sein müsste (Art. 2 Abs. 2 ZGB), kann aus den dargelegten Gründen nicht bejaht werden. Welche Rolle das von der Beklagten hinterfragte Verhalten der Kläger spielen könnte, ist weder ersichtlich noch dargetan und deshalb nicht zu erörtern.

E. 9

Keiner der vom Obergericht angeführten Gründe rechtfertigt nach dem Gesagten (E. 4-8) die Gutheissung der Klage im Sinne von Art. 736 Abs. 1 ZGB . Das darauf gestützte Eventualbegehren der Kläger muss abgewiesen werden.

E. 10

Die Beklagte beantragt mit ihrer Beschwerde, die Klage insgesamt abzuweisen. Die Klage umfasst indessen das auf Art. 736 Abs. 2 ZGB gestützte Subeventualbegehren der Kläger, über das noch keine kantonale Instanz entschieden hat. Es stellt sich die Frage nach dem weiteren Vorgehen:

E. 10.1

Die Beurteilung des Tatbestandes von Art. 736 Abs. 2 ZGB erfordert Feststellungen zur Interessenlage, aber auch zur Belastung durch das Wegrecht, die hier fehlen (vgl. BGE 107 II 331 E. 4-5 S. 338 ff.). Da es nicht Aufgabe des Bundesgerichts ist, Tatsachenfeststellungen zu Fragen zu treffen, die das Obergericht nicht beantwortet hat, muss die Sache zu diesem Zweck und zur Neubeurteilung zurückgewiesen werden (BGE 135 III 31 E. 2.2 S. 33).

E. 10.2

Obwohl das Regionalgericht sich mit einer Ablösung des Wegrechts gemäss Art. 736 Abs. 1 und 2 ZGB nicht befasst hat, ist das Obergericht davon ausgegangen, es dürfe diesen Tatbestand entgegen dem Rückweisungsantrag der Kläger (S. IV/1071) selber beurteilen (vgl. dazu immerhin Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO). Die Sache wird deshalb nicht an das Obergericht, wie es die Parteien beantragen, sondern zur Wahrung des Instanzenzuges an das Regionalgericht zurückgewiesen, auf dass es als erste Instanz über das Subeventualbegehren der Kläger entscheide (Art. 107 Abs. 2 BGG ; BGE 134 I 184 E. 6.2 S. 198; Urteil 5A_286/2012 vom 29. Oktober 2012 E. 4, in: sic! 2013 S. 161).

E. 10.3

Die Rückweisung ist auch ohne Parteiantrag von Amtes wegen anzuordnen. Ein entsprechender Eventualantrag ist nicht erforderlich (BGE 93 II 213 E. 1 S. 216), geschweige denn neu, soweit er gestellt wird (Art. 99 Abs. 2 BGG ; BGE 84 II 685 E. 1 S. 691). Auf Weiterungen zu den Beschwerdebegehren der Beklagten (S. 4 der Beschwerdeantwort) kann deshalb verzichtet werden.

E. 11

Der Ausgang des Verfahrens entspricht nicht dem Hauptantrag der Beklagten auf Abweisung der Klage, weshalb die Beschwerde bloss teilweise gutzuheissen ist (Urteil 5A_40/2014 vom 17. April 2014 E. 5, in: FamPra.ch 2014 S. 759). Zuzufolge Rückweisung

bleibt die Sache allerdings nur mehr mit Bezug auf das Subeventualbegehren der Kläger offen, während deren Haupt- und Eventualbegehren abzuweisen sind. Es rechtfertigt sich deshalb die Gerichtskosten der Beklagten zu einem Drittel und den Klägern zu zwei Dritteln aufzuerlegen und die Kläger zu einer entsprechend herabgesetzten Parteientschädigung an die Beklagte zu verpflichten (Art. 66 Abs. 1 und 5 sowie Art. 68 Abs. 1 und 4 BGG ; vgl. BGE 139 III 345 E. 6 S. 351). Über die Kosten und Entschädigungen im kantonalen Berufungsverfahren wird das Obergericht neu zu befinden haben (Art. 67 und Art. 68 Abs. 5 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.