

# ZH\_HANDELSGERICHT HG130158 vom 20. Mai 2016

Zh Handelsgericht, 2016-05-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG130158](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG130158)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG130158 du 20 mai 2016

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG130158 del 20 maggio 2016

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

Prozessvoraussetzungen

##### E. 1.1.1

Zuständigkeit Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich wird nicht bestritten (act. 37 Ziff. 3) und ist gegeben (Art. 29 Abs. 1 ZPO; Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

##### E. 1.1.2

Rechtsschutzinteresse a. Die Beklagte macht in der Duplik geltend, der Klägerin fehle es an einem Rechtsschutzinteresse, weshalb auf die Klage nicht einzutreten sei. Das belastete und das berechtigte Grundstück lägen gemäss revidierter Bau- und Zonenordnung der Gemeinde C.\_\_\_\_\_ innerhalb des Gebiets "F.\_\_\_\_\_", für welches eine Gestaltungsplanpflicht gelte. Die Klägerin habe kein schutzwürdiges Interesse an der vorliegenden Klage, weil im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Gestaltungsplans mit ergänzendem Quartierplan oder einer Gebietssanierung im ganzen Gebiet "F.\_\_\_\_\_" über die Erschliessung und Parzellarordnung und damit auch über den Bestand der streitbetroffenen Dienstbarkeiten zu entscheiden sei (act. 37 Ziff. 2.1). Die Klägerin begründet ihr Interesse damit, dass die Beklagte ansonsten versuchen könne, die Umsetzung des Neubauvorhabens zu verhindern (act. 1 Rz. 6). In der Stellungnahme zur Duplik führte sie zudem aus, dass für das Gebiet einzig ein Gestaltungsplan erforderlich sei. Im Rahmen eines solchen, könne keine Ablösung der Dienstbarkeit erfolgen. Ohnehin seien die gesetzlichen Bestim-

- 8 - mungen des ZGB weiter anwendbar und sie habe ein grosses Interesse an der Bereinigung im vorliegenden Verfahren (act. 43 Rz. 5 ff.). b. Auf eine Klage kann nur eingetreten werden, wenn die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 ZPO), deren Vorliegen von Amtes wegen zu prüfen ist (Art. 60 ZPO). Unter anderem setzt Art. 59 ZPO voraus, dass die klagende Partei ein schutzwürdiges Interesse hat (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Ein Interesse ist als schutzwürdig anzusehen, wenn sich die Gutheissung der Klage positiv auf die rechtliche Situation der klagenden Partei auswirken kann (SIMON ZINGG, in: HAUSHEER/WALTER, Berner Kommentar, Schweizerischer Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012, N 32 zu Art. 59 ZPO). Dabei kann es sich um ein tatsächliches oder ein rechtliches Interesse handeln. Insbesondere genügen auch Interessen wirtschaftlicher oder ideeller Natur (ZINGG, a.a.O., N 35 zu Art. 59 ZPO). Das verfolgte Interesse muss grundsätzlich aktuell sein, es kann aber auch in der Zukunft liegen (ZINGG,

a.a.O., N 45 zu Art. 59 ZPO). c. Die Klägerin will mit ihrer Klage erreichen, dass sich die dingliche Belastung auf ihrem Grundstück in C.\_\_\_\_\_ ändert. Dies ist nach ihrer eigenen Darstellung erforderlich, damit sie das geplante Bauprojekt realisieren kann (act. 1 Rz. 6). Dabei handelt es sich um ein schutzwürdiges Interesse. Die Beklagte bestreitet das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses der Klägerin mit der fehlenden Aktualität. Die Neuregelung der Dienstbarkeit könne auch im Rahmen eines Gestaltungsplanes mit ergänzendem Quartierplan oder einer Gebietssanierung erfolgen (act. 37 Ziff. 2.1). Dieser Argumentation ist nicht zu folgen. Die Änderung der Bau- und Zonenordnung der Gemeinde C.\_\_\_\_\_ (BZO C.\_\_\_\_\_) beeinflusst die zivilrechtlichen Ansprüche und die Interessenlage der Klägerin nicht. Die BZO C.\_\_\_\_\_ sieht lediglich eine Gestaltungsplanpflicht vor, nicht aber die Pflicht, ein Quartierplanverfahren oder eine Gebietssanierung durchzuführen (Art. 3 Abs. 1 BZO C.\_\_\_\_\_; act. 40/18). Ein Gestaltungsplan kann eine bestehende Dienstbarkeit jedoch nicht ausser Kraft setzen (Urteil des Bundesgerichts vom 26. Mai 2015, 5A\_737/2014 E. 5.2; BGE 134 III 341 E. 2.2; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. November 2014, LB140015 E. 4.2).

- 9 - Somit ist es der Klägerin im Rahmen der von der BZO C.\_\_\_\_\_ verlangten Voraussetzungen nicht möglich, die Dienstbarkeit auf ihrem Grundstück zu ändern. Auch wenn aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse ein Quartierplanverfahren oder eine Gebietssanierung erforderlich wird, um die geplante Neuüberbauung zu realisieren, kann dies dem Rechtsschutzinteresse der Klägerin nicht entgegen stehen. Das Interesse der Klägerin an der Umlegung oder Löschung der Dienstbarkeiten erschöpft sich nicht in der Fortführung des aktuellen Bauprojekts. Die Umlegung oder Löschung der Dienstbarkeiten würde der Klägerin auch unabhängig davon eine erhöhte Flexibilität bei der Planung der Überbauung des Grundstücks bieten - wobei soweit unbestritten ist, dass die Sanierung der Liegenschaft erforderlich ist und bald realisiert werden sollte. Aus dem Gesagten erhellt, dass ein schutzwürdiges Interesse der Klägerin an der Prüfung der beantragten Streitpunkte besteht.

### **E. 1.1.3**

Weitere Prozessvoraussetzungen Die weiteren Prozessvoraussetzungen im Sinne von Art. 59 ZPO sind unbestritten erfüllt, weshalb auf die Klage einzutreten ist.

### **E. 1.2**

Klageänderung a. Im Rahmen der Replik hat die Klägerin die gestellten Rechtsbegehren angepasst. Anstelle der Löschung des Fahrwegrechts und der Dienstbarkeit betreffend Erstellung einer Tiefgarage im Hauptantrag beantragt sie neu in erster Linie die Verlegung des Fahrwegrechts (act. 1 S. 2; act. 32 S. 2). Die bisherigen Anträge hat sie als Eventualanträge aufrecht erhalten. Sie habe die Reihenfolge der Rechtsbegehren geändert, weil es nicht erheblich sei, ob die Dienstbarkeit betreffend die Tiefgarage im Grundbuch gelöscht werde (act. 32 Rz. 12). Die Beklagte bestreitet die Zulässigkeit der Klageänderung, insbesondere habe die Klägerin nicht dargelegt, dass die Voraussetzungen erfüllt seien. Sie stimme der Klageänderung nicht zu (act. 37 Rz. 2.2).

- 10 - b. Eine Klageänderung ist gemäss Art. 227 Abs. 1 ZPO zulässig, wenn die gleiche Verfahrensart anwendbar ist und der Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht (lit. a) oder die Gegenpartei der Änderung zustimmt (lit. b). Eine Beschränkung der Klage ist jederzeit zulässig (Art. 227 Abs. 3 ZPO). c. Die Klägerin hat in ihrer Klageschrift die Löschung der Dienstbarkeiten nach Art. 736 ZGB beantragt. In ihrer Replik macht sie den

bisherigen Eventualantrag der Verlegung des Fahrwegrechts nach Art. 742 ZGB zu ihrem Hauptantrag. Da- bei handelt es sich nicht um eine Klageänderung im Sinne von Art. 227 Abs. 1 ZPO. Im Unterschied zur Löschung nach Art. 736 ZGB, bleibt bei der Verlegung nach Art. 742 ZGB die Dienstbarkeit bestehen. Sie ist folglich als geringfügigerer Eingriff anzusehen (ETIENNE PETITPIERRE in: HONSELL/VOGT/GEISER, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Aufl., Basel 2015, N 22 zu Art. 737 ZGB) und die vorgenommene Änderung der Rechtsbegehren stellt eine Beschränkung der Klage im Sinne von Art. 227 Abs. 3 ZPO dar. Entsprechend ist diese ohne Weiteres zulässig. Im Rahmen der Verlegung der Prozesskosten ist jedoch zu berücksichtigen, dass der ursprüngliche klägerische Antrag auf Löschung der Dienstbarkeiten teilweise zurückgezogen worden ist. Aus dem Gesagten erhellt, dass die Rechtsbegehren der Klägerin in der Replik massgebend und zu beurteilen sind.

### **E. 1.3**

Rechtsbegehren a. Gestützt auf das Begehren der Klägerin soll das Grundbuchamt C.\_\_\_\_\_ angewiesen werden, die Eintragung im Grundbuch anzupassen, wodurch das Fahrwegrecht verlegt würde (act. 32 S. 2). b. Die gerichtliche Verlegung einer Dienstbarkeit kann auf verschiedenen Wegen erreicht werden. Mit einer Gestaltungsklage ist insbesondere dann zu agieren, wenn die Voraussetzungen der Verlegung erfüllt sind und keine baulichen Massnahmen erforderlich bzw. diese bereits ausgeführt worden sind, so dass die Dienstbarkeit direkt an ihrer neuen Lage ausgeübt werden kann (PETER LIVER, Zürcher Kommentar, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Art. 730-792 ZGB,

- 11 -

### **E. 1.4**

Stellungnahme zur Duplik a. Mit Eingabe vom 11. Dezember 2015 erstattete die Klägerin unaufgefordert eine Stellungnahme zur Duplik (act. 43). Sie bringt vor, sie sei zu dieser veran-

- 13 - lasst gewesen, weil die Beklagte in der Duplik erstmals vorbringe, zur Überbauung des klägerischen Grundstücks sei ein Quartierplanverfahren erforderlich. Diese Behauptung sei richtig zu stellen (act. 43 Rz. 1 ff.). Die Beklagte bringt vor, die Stellungnahme sei aus dem Recht zu weisen, da kein dritter Schriftenwechsel angeordnet worden sei. Allfällige Vorbringen seien in der Hauptverhandlung zu machen. Soweit die Stellungnahme berücksichtigt werde, sei ihr Frist zur Stellungnahme anzusetzen (act. 46). b. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung gewährt den Parteien gestützt auf Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 29 BV ein unbedingtes Replikrecht (BGE 138 I 484 E. 2.1). Dieses umfasst das Recht, zu jeder Eingabe der Gegenpartei unaufgefordert Stellung zu nehmen, unabhängig davon, ob diese neue Tatsachen oder Behauptungen enthält. Das Replikrecht kann unabhängig von einer Fristansetzung des Gerichts ausgeübt werden. Die Anordnung eines weiteren Schriftenwechsels ist nicht erforderlich (Urteil des Bundesgerichts vom 16. Dezember 2015, 5A\_553/2015 E. 4.1.1). Auch steht die Möglichkeit, sich an einer allfälligen Hauptverhandlung zu den Ausführungen der Gegenpartei zu äussern, dem Replikrecht nicht entgegen. Hingegen haben die Parteien keinen Anspruch auf Ansetzung einer Frist zur Ausübung des Replikrechts (Urteil des Bundesgerichts vom 16. Dezember 2015, 5A\_553/2015 E. 4.1.1). c. Die Duplik ist der Klägerin am 3. Dezember 2015 zugegangen (act. 41; act. 42/1). Ihre Stellungnahme datiert vom 11. Dezember 2015 und erfolgte damit innerhalb der im Rahmen des Replikrechts verlangten kurzen Frist.

Entsprechend ist die Stellungnahme der Klägerin zur Duplik im vorliegenden Verfahren zu beachten. Dasselbe gilt für die Eingabe der Beklagten dazu vom 6. Januar 2016 (act. 46).

### **E. 1.5**

Neue Beweismittel a. Die Klägerin reichte mit der Stellungnahme vom 11. Dezember 2015 den "Beurteilungsbericht Richtprojekt des Architekturbeirats vom 20. August 2015" ein (act. 43 Rz. 10; act. 44). Sie begründet das Einreichen im Rahmen der Stellung-

- 14 - nahme damit, dass erst die Ausführungen der Beklagten in der Duplik Anlass dazu gegeben haben, den Bericht einzureichen. Zudem habe die Beklagte zahlreiche Unterlagen aus dem öffentlich-rechtlichen Verfahren eingereicht, nicht aber den genannten Bericht (act. 43 Rz. 12). b. Soweit die klägerische Stellungnahme neue Tatsachen und Beweismittel betrifft, ist auf Art. 229 ZPO zu verweisen. Demnach sind neue Tatsachen nach dem zweiten Schriftenwechsel nur noch zulässig, soweit es sich um Noven im Sinne dieser Bestimmung handelt. Soweit eine Partei Noven geltend machen will, hat sie darzulegen, dass die Voraussetzungen von Art. 229 ZPO erfüllt sind (LEUENBERGER, a.a.O., N 10 zu Art. 229 ZPO). Gestützt auf Art. 229 Abs. 1 ZPO ist das Vorbringen neuer Tatsachen zulässig, wenn diese erst nach dem Abschluss des Schriftenwechsels entstanden oder gefunden worden sind (echte Noven; lit. a) oder wenn sie zuvor trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorgebracht worden sind (unechte Noven; lit. b). Die Zulässigkeit letzterer ist unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände nach objektiven Massstäben zu beurteilen (KILLIAS, a.a.O., N 14 zu Art. 229 ZPO; WILLISEGGER, a.a.O., N 32 zu Art. 229 ZPO). Entscheidend ist, dass der betreffenden Partei keine Nachlässigkeit bei der Behauptungs- und Beweislast vorgeworfen werden kann (LEUENBERGER, a.a.O., N 8 zu Art. 229 ZPO). Weiter wird vorausgesetzt, dass die Tatsachen und Beweismittel unverzüglich in den Prozess eingebracht werden, also bei der nächsten prozessualen Gelegenheit (WILLISEGGER, a.a.O., N 34 zu Art. 229 ZPO). c. Der Bericht des Architekturbeirats stammt vom 20. August 2015 (act. 44) und ist damit vor der Replik der Klägerin vom 14. September 2015 (act. 32) ergangen. Es handelt sich somit um ein unechtes Novum im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO. Die Klägerin will mit dem Bericht die Bewilligungsfähigkeit ihres Richtprojekts belegen (act. 43 Rz. 10 f.). Diese Problematik wurde von der Beklagten erst in der Duplik thematisiert (act. 37), wobei die Beklagte auch zahlreiche Unterlagen aus dem entsprechenden Verfahren eingereicht hat (act. 40/1-23). Zuvor war das konkrete Projekt der Klägerin nur am Rande Thema des vorliegenden Verfahrens. Die Klägerin musste daher nicht mit den Einwänden der Beklag-

- 15 - ten rechnen. Daraus ergibt sich, dass die Klägerin beim Verfassen der Replik und der Beilage der Beweismittel die zumutbare Sorgfalt angewendet hat. Immerhin ist den Parteien nicht zuzumuten sämtliche Urkunden, die auch nur am Rande mit dem laufenden Verfahren zu tun haben, einzureichen. Dies würde den Prozess unnötig aufblähen und die Übersichtlichkeit beeinträchtigen. Aus dem Gesagten erhellt, dass es sich beim Bericht des Architekturbeirats vom 20. August 2015 um ein zulässiges Novum im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO handelt. Er wurde, nachdem die Duplik dazu Anlass gegeben hat, innert kurzer Frist mit der diesbezüglichen Stellungnahme eingereicht (vorne E. 1.4). Der Bericht ist entsprechend im Verfahren zu berücksichtigen.

### **E. 1.6**

Beweisofferten Es ist Sache der Parteien die abzunehmenden Beweismittel rechtsgenügend zu bezeichnen. Insbesondere sind die Parteien verpflichtet, in ihren Rechtsschriften

aufzuführen, welche Tatsachen mit den einzelnen Beweismitteln bewiesen werden sollen. Dazu hat die Partei die Beweismittel möglichst genau zu bezeichnen und den Tatsachen zuzuordnen (FRANZ HASENBÖHLER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, a.a.O., N 15 f. zu Art. 152 ZPO; JÜRGEN BRÖNNIMANN, in: HAUSHEER/WALTER, BK ZPO II, a.a.O., N 23 zu Art. 152 ZPO). Ausserdem sind Beweise nur bezüglich schlüssigen und vollständigen Sachvorbringen abzunehmen (BRÖNNIMANN, a.a.O., N 287 ff. zu Art. 152 ZPO). Beantragen die Parteien die Erstellung von Gutachten, haben sie genau zu bezeichnen, was der Gutachter beurteilen soll. Dabei ist festzuhalten, dass ein Gutachten nur über Tatsachen, nicht aber über Rechtsfragen erstellt werden kann (THOMAS WEIBEL, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, a.a.O., N 5 zu Art. 183 ZPO; SVEN RÜETSCHI, in: HAUSHEER/WALTER, BK ZPO II, a.a.O., N 9 ff. zu Art. 183). Der pauschale Hinweis der Beklagten auf ein Gutachten für mehrere Tatsachen- und Rechtsfragen (vgl. etwa act. 37 Rz. 6.2.3 ff. und act. 39 lit. D) kann für eine genügende Substantiierung jedenfalls nicht ausreichen. Der beabsichtigte Inhalt eines Gutachtens muss sich vielmehr aus der Tatsachenbehauptung und der Beweisofferte klar ergeben. Soweit sich dies aus den Beweisofferten

- 16 - der Parteien nicht ergibt, kann ohne Weiterungen auf die Erstellung eines Gutachtens verzichtet werden. Schliesslich muss sich der Beweis auf entscheidrelevante Tatsachen beziehen (HASENBÖHLER, a.a.O., N 11 zu Art. 150 ZPO; BRÖNNIMANN, a.a.O., N 27 zu Art. 152 ZPO). Soweit die offerierten Beweismittel Tatsachen betreffen, die für die Entscheidungsfindung nicht relevant sind, kann entsprechend die Beweisabnahme ohne Weiteres unterbleiben.

### **E. 1.7**

Privatrecht und öffentliches Recht Die Beklagte stützt sich in ihrer Argumentation wiederholt auf die öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen an das Bauprojekt der Klägerin. Diese seien nicht erfüllt und es sei der Klägerin nicht möglich, das im Streit stehende Grundstück zu überbauen ohne einen Gestaltungsplan für das ganze Gebiet oder eine Sondernutzungsplanung zu erstellen. In diesem Rahmen sei es möglich, die Dienstbarkeiten neu zu ordnen (act. 57 Rz. 2.1 ff.). Für das vorliegende Verfahren ist zwischen den öffentlich-rechtlichen und den privatrechtlichen Aspekten zu unterscheiden. In Bezug auf das öffentliche Recht können einzig fest stehende Tatsachen relevant sein, zumal dem Handelsgericht keine Kompetenz zukommt, diese Fragen zu beurteilen. Es kann damit von vornherein nicht massgebend sein, welche Verfahren die Klägerin durchlaufen muss, um ihr Grundstück neu überbauen zu können, soweit keine eindeutige Anordnung besteht. Ebenso wenig liegt es in der Kompetenz des Handelsgerichts, das Baugesuch oder den Gestaltungsplan der Klägerin materiell zu beurteilen. Es kann einzig auf den tatsächlichen aktuellen Stand des Bewilligungsverfahrens abgestellt werden. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die von der Beklagten in der Hauptverhandlung eingereichten Beweismittel (act. 58/1-2) verspätet beigebracht wurden und damit nicht zu beachten sind. Ob es sich dabei um relevante Urkunden handeln würde, kann offen gelassen werden. Wie ausgeführt wären neue Tatsachen und Beweismittel unverzüglich in den Prozess einzubringen (vgl. dazu vorne

- 17 - E. 1.5.b). Ein Zuwarten von mehr als fünf Monaten kann jedenfalls nicht mehr als rechtzeitig im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO angesehen werden. Aus dem Gesagten erhellt, dass die Rechtsbegehren der Klägerin einzig aufgrund der privatrechtlichen

Voraussetzungen zu prüfen sind. Immerhin handelt es sich bei einer Dienstbarkeit um ein privatrechtliches Rechtsverhältnis, welches entsprechend durch ein Zivilgericht zu beurteilen ist. Hinzu kommt, dass ein Ent- scheid über den Bestand und die Lage des Fahrwegrechts die allenfalls erforder- lichen öffentlich-rechtlichen Verfahren nicht beeinflussen kann. Insbesondere steht es den Parteien weiterhin frei, eine andere Lösung zu vereinbaren. Ausser- dem hält selbst die Beklagte fest, dass die Neuregelung von Dienstbarkeiten in einem Quartierplanverfahren angestrebt werden kann (act. 37 Rz. 4.8.10). Dies gilt auch dann, wenn zuvor eine zivilrechtliche Verlegung stattgefunden hat. Mit einem Entscheid über den privatrechtlichen Anspruch auf Verlegung der Dienst- barkeit wird folglich die öffentlich-rechtliche Regelung nicht vorweggenommen. Es kann daher ohne Weiteres über diesen Aspekt der Auseinandersetzung entschie- den werden.

## **E. 2**

### Verlegung des Fahrwegrechts

#### **E. 2.1**

Unbestrittener Sachverhalt Die Klägerin ist Eigentümerin des Grundstücks Kat. Nr. ..., GBBL. ..., an der Bahnhofstrasse ... in C.\_\_\_\_\_ (act. 3/1). Die Beklagte ist Eigentümerin des daran angrenzenden Grundstücks Kat. Nr. ..., GBBL. ..., an der Bahnhofstrasse ... in C.\_\_\_\_\_ (act. 3/13). Zu Gunsten und zu Lasten der beiden Grundstücke bestehen verschiedene Dienstbarkeiten. Unter anderem besteht zu Gunsten des Grund- stücks Kat. Nr. ... und zu Lasten des Grundstücks Kat. Nr. ... ein Fahrwegrecht (SP Art. 914; act. 3/1 und act. 3/13), das dem Eigentümer des berechtigten Grundstücks erlaubt, "mit Personenautomobilen und Motorrädern von der Bahn- hofstrasse durch die Einstellhalle im Untergeschoss des belasteten Grundstückes in die E.\_\_\_\_\_ -Strasse, jedoch nicht in umgekehrter Richtung" zu fahren (act. 3/16). Ausserdem besteht zu Gunsten und zu Lasten beider Grundstücke ein "Recht auf Bau, Bestand, Benützung, und Betrieb unterirdischer Einstellhallen für

- 18 - Motorfahrzeuge und Unterniveaubauten anderer Zweckbestimmung, Durchlei- tungsrecht und unterirdisches Brandmauerdurchbruchsrecht" (SP Art. 910; act. 3/1 und act. 3/13). Beide Dienstbarkeiten bestehen seit dem 19. Juli 1972 (act. 3/15-16). Auf dem Grundstück der Klägerin befindet sich das Einkaufszentrum "D.\_\_\_\_\_". Teil des Einkaufszentrums ist eine Einstellhalle, deren Einfahrt sich an der Bahnhofstrasse, im südlichen Teil des klägerischen Grundstückes befindet. Die Ausfahrt der Tiefgarage führt über eine Rampe auf die höher gelegene E.\_\_\_\_\_ -Strasse. Die Klägerin plant, das Einkaufszentrum umzubauen (act. 1 Rz. 9). In diesem Zusammenhang plant sie das Verkehrskonzept, insbesondere die Zufahrt zur Tiefgarage, anzupassen (act. 1 Rz. 12 ff.).

#### **E. 2.2**

### Parteistandpunkte

#### **E. 2.2.1**

Klägerin Die Klägerin macht in erster Linie geltend, sie habe gestützt auf Art. 742 ZGB einen Anspruch auf Verlegung des Fahrwegrechts der Beklagten. Diesem komme keine eigenständige Bedeutung zu. Es bestehe lediglich im Zusammen- hang mit dem Recht eine Tiefgarage betreiben zu können und ermögliche der Be- klagten den Zugang zu dieser Tiefgarage (act. 1 Rz. 36 ff.). Sie habe ein Interes- se an der Umlegung der Dienstbarkeit, zumal im Rahmen der geplanten Neu- überbauung ein neues Verkehrskonzept geplant sei.

Neu sei eine Ein- und Aus- fahrt an der Bahnhofstrasse geplant. Während sich im Obergeschoss, an der E.\_\_\_\_-Strasse, die Einstellhalle für die geplanten Wohnhäuser befinden soll. Die beiden Garagen seien nicht verbunden. Ohne die Verlegung der Dienstbarkeit könne das architektonische Konzept nicht umgesetzt werden. Die Klägerin sei in den Entwicklungsmöglichkeiten ihrer Parzelle massiv eingeschränkt und die erforderliche Verdichtung würde stark behindert (act. 1 Rz. 43). Insbesondere hätte sie anstelle einer kurzen Ein- und Ausfahrt eine lange und umständliche Ausfahrt zu erstellen (act. 1 Rz. 90).

- 19 - Da der Beklagten der Zugang zur eigenen - noch nicht realisierten - Tiefgarage ermöglicht werden müsse, könne dieser ohne Einschränkungen für die Beklagte auch über die Ein- und Ausfahrt an der Bahnhofstrasse bereitgestellt werden. Ein Nachteil für die Beklagte sei nicht ersichtlich. Vielmehr werde die Aus- fahrt aus der unterirdischen Einstellhalle deutlich verkürzt und die meisten Fahr- ziele seien schneller erreichbar, wobei die Beklagte selbst eine geringe Verlänge- rung der Fahrzeiten zu akzeptieren hätte (act. 1 Rz. 97 f.; act. 32 Rz. 106).

### **E. 2.2.2**

Beklagte Nach dem Dafürhalten der Beklagten sind die Voraussetzungen von Art. 742 Abs. 1 ZGB nicht erfüllt. Sie führt aus, dass die im Streit stehenden Dienstbarkeiten unabhängig von einander bestehen würden. Die Dienstbarkeit über den Bau einer Einstellhalle beinhalte auch die Benutzung derselben. Daraus ergebe sich auch ein Zufahrtsrecht durch die Tiefgarage der Klägerin. Demgegenüber biete das Fahrwegrecht der Beklagten eine zusätzliche Verbindung von der Bahnhofstrasse in die E.\_\_\_\_-Strasse (act. 24 Rz. 2.14). Bei einer antragsgemässen Verlegung werde die Wegverbindung zwischen der Bahnhofstrasse und der E.\_\_\_\_-Strasse nicht verlegt sondern gekappt. Eine verlegte Dienstbarkeit sei folglich nicht mehr gleich geeignet (act. 24 Rz. 4.2; act. 37 Rz. 6.7.1). Es sei letztlich an der Klägerin gewesen, bei der Planung des Neubaus auf die bestehenden Dienstbarkeiten Rücksicht zu nehmen. Es gebe architektonische Konzepte, bei denen die Wegverbindung aufrecht erhalten werden könne (act. 24 Rz. 2.12). Ohnehin fehle es der Klägerin an einem Interesse an der Umlegung der Dienstbarkeit. Das derzeit von der Klägerin geplante Bauprojekt könne nicht realisiert werden. Es genüge den baurechtlichen Anforderungen nicht, insbesondere erreiche es keine genügende Gesamtwirkung und das Verkehrskonzept sei miss- raten. Ausserdem sei für das Gebiet F.\_\_\_\_ eine Gestaltungsplanpflicht eingeführt worden, so dass erst ein solcher ausgearbeitet werden müsse. Der von der Klägerin eingereichte Gestaltungsplan entspreche weitgehend dem bisherigen Baugesuch. Aufgrund der darin bestehenden Mängel sei eine Bewilligung nicht möglich (act. 37 Rz. 1.2 und Rz. 4.8.1 ff.).

- 20 - Das angepasste Verkehrskonzept bringe für die Beklagte keine Vorteile. Vielmehr sei eine Ausfahrt in die ruhigere E.\_\_\_\_-Strasse günstiger als diejenige in die stark belastete Bahnhofstrasse. Die Fahrstrecke sei von dieser her je nach Richtung unwesentlich länger oder gar kürzer (act. 37 Rz. 6.8.4).

### **E. 2.3**

Voraussetzungen einer Verlegung Die Verlegung einer belastenden Dienstbarkeit ist in Art. 742 ZGB vorgese- hen. Demnach kann der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Verlegung verlangen, wenn er ein Interesse nachweist und die Verlegung an eine für den Berechtigten nicht weniger geeignete Stelle erfolgt. Ausserdem hat er die Kosten zu tragen

(Art. 742 Abs. 1 ZGB). Eine Verlegung kann nur erfolgen, wenn sich die Ausübung der Dienstbarkeit auf einen bestimmten Bereich des Grundstücks beschränkt. Nicht erforderlich ist, dass die bestimmte Stelle im Grundbuch eingetragen ist; nach Art. 742 Abs. 2 ZGB ist die Verlegung aber auch dann möglich (PETITPIERRE, a.a.O., N 8 zu Art. 742 ZGB; LIVER, a.a.O., N 1 ff. zu Art. 742 ZGB). Weiter muss der Eigentümer des belasteten Grundstücks ein Interesse an der Verlegung haben. In der Regel handelt es sich um wirtschaftliche Interessen, wozu unter anderem die Erstellung baulicher Anlagen zählt. Dabei muss es sich nicht um notwendige oder nützliche Neuerungen handeln. Sogar ein ästhetisches Interesse vermag eine Verlegung zu rechtfertigen (PETITPIERRE, a.a.O., N 9 zu Art. 742 ZGB; LIVER, a.a.O., N 30 f. zu Art. 742 ZGB). Die Stelle, an die die Dienstbarkeit verlegt werden soll, darf zudem für den berechtigten Grundeigentümer zur Ausübung der Dienstbarkeit nicht weniger geeignet sein. Er muss die Dienstbarkeit weiterhin im gleichen Masse ausüben können und deren Zweck darf nicht vereitelt werden. Gewisse Einschränkungen hat er jedoch hinzunehmen. Dies ergibt sich aus der Pflicht, die Dienstbarkeit so schonend wie möglich auszuüben (Art. 737 Abs. 2 ZGB; PETITPIERRE, a.a.O., N 10 zu Art. 742 ZGB; LIVER, a.a.O., N 32 zu Art. 742 ZGB).

- 21 - Schliesslich hat der berechtigte Grundeigentümer die Kosten zu tragen. Sämtliche baulichen Massnahmen, die für die Umlegung erforderlich werden, sind durch ihn zu finanzieren (PETITPIERRE, a.a.O., N 11 zu Art. 742 ZGB; LIVER, a.a.O., N 6 zu Art. 742 OR). Soweit sich die Parteien nicht einvernehmlich einigen können, steht zur Verlegung die Möglichkeit der Zivilklage offen (LIVER, a.a.O., N 47 ff. zu Art. 742 ZGB).

## **E. 2.4**

Würdigung Die Klägerin ist Eigentümerin der Parzelle Kat. Nr. ..., GBBL. ..., darauf ist zu Gunsten des Grundstücks Kat. Nr. ..., GBBL. ..., dessen Eigentümerin die Beklagte ist, das im Streit stehende Fahrwegrecht SP 914 eingetragen (act. 3/1; act. 3/13; act. 3/16). Damit kann die Klägerin als belastete Grundeigentümerin gegen die Beklagte als berechnigte Grundeigentümerin vorgehen.

### **E. 2.4.1**

Belasteter Teil des Grundstücks Mit der Dienstbarkeit wird der Beklagten ein Fahrwegrecht auf dem klägerischen Grundstück eingeräumt. Dieses wird als Recht umschrieben, "von der Bahnhofstrasse durch die Einstellhalle im Untergeschoss des belasteten Grundstücks in die E.\_\_\_\_-Strasse, jedoch nicht in umgekehrter Richtung" zu fahren (act. 3/16). Damit ist die Lage der Dienstbarkeit definiert. Insbesondere steht es der Beklagten nur an einer bestimmten Stelle frei, das Grundstück der Klägerin zu überqueren, nämlich durch die bestehende Einstellhalle. Es ist nur ein Teil des Grundstücks von der Ausübung der Dienstbarkeit betroffen und eine Verlegung der Dienstbarkeit ist grundsätzlich möglich.

### **E. 2.4.2**

Interesse der Klägerin Die Klägerin begründet ihr Interesse mit der Planung eines Neubaus anstelle des bestehenden Einkaufszentrums "D.\_\_\_\_". Unter anderem soll die Verkehrsführung, insbesondere die Ein- und Ausfahrt der Tiefgarage, geändert werden. Die Neugestaltung soll der Klägerin ermöglichen, das Grundstück besser ausnut-

- 22 - zen zu können (act. 1 Rz. 90). Dabei handelt es sich um ein genügendes wirtschaftliches Interesse, das die Umlegung einer Dienstbarkeit grundsätzlich erlaubt. Keine Bedeutung kommt den von der Klägerin aufgeführten öffentlichen Interessen zu (act. 32

Rz. 52 ff.). Die Beklagte bringt vor, es sei der Klägerin derzeit gar nicht möglich, das geplante Projekt zu realisieren. Dieses würde den baurechtlichen Vorschriften widersprechen und es sei erst ein Gestaltungsplan auszuarbeiten (act. 37 Rz. 4.8.1 ff.). Vorab ist festzuhalten, dass es nicht Sache des Handelsgerichts ist, das Bauprojekt der Klägerin auf dessen Übereinstimmung mit den kommunalen Bauvorschriften zu überprüfen. Aus den eingereichten Akten ergibt sich, dass der Klägerin mit Verfügung der Baudirektion vom 28. August 2012 und des Gemeinderats C.\_\_\_\_\_ vom 28. November 2012 - in Kenntnis der Beurteilung der Stadtbildkommission (act. 40/16) und des verkehrstechnischen Grob-Gutachtens (act. 40/17) - eine Baubewilligung erteilt worden ist (act. 25/1-4), welche die Beklagte angefochten hat (act. 38). Weiter hat die Klägerin am 14. Juli/ 11. August 2015 ein Richtprojekt für einen Gestaltungsplan eingereicht, das gemäss der Beklagten weitgehend dem früheren Bauprojekt entspricht (act. 40/19; act. 44 S. 2). Die Beklagte bestreitet die Bewilligungsfähigkeit beider Projekte und stützt sich dabei auf ihre Ausführungen in der Beschwerdeschrift zur Baubewilligung sowie auf baurechtliche Regelungen (act. 37 Rz. 4.8.1 ff.; act. 38). Dabei handelt es sich lediglich um Parteibehauptungen, nicht aber um feststehende Tatsachen, wobei eine Beurteilung des Bauprojekts nicht vorzunehmen ist. Aufgrund des derzeitigen Stands des Bewilligungsverfahrens ist nicht auszuschliessen, dass das Projekt der Klägerin in der geplanten oder einer ähnlichen Form erstellt wird. Dafür spricht nicht zuletzt der von der Klägerin beigebrachte Beurteilungsbericht des Architekturburbeirats, welcher das Projekt grundsätzlich befürwortet (act. 43 Rz. 10 f.; act. 44 S. 14). Auch erscheint nachvollziehbar, dass eine Trennung des Publikums- und Anwohnerverkehrs sowie der Anlieferung im Rahmen eines Neubaus als sinnvoll anzusehen ist. Das Interesse der Klägerin ist aber selbst dann zu bejahen, wenn von einer neu zu erstellenden Planung auszugehen ist. Entgegen der Meinung der Beklag-

- 23 - ten (act. 37 Rz. 5.4.6) ist für eine Verlegung einer Dienstbarkeit keine Veränderung der Interessenlage erforderlich. Das Interesse der Klägerin an der Verlegung erschöpft sich nicht in der Ausführung des derzeit vorgesehenen Projekts. Auch wenn sie Planänderungen vornehmen muss, hat sie ein Interesse daran, dass die Dienstbarkeit verlegt und sie in der Planung flexibler wird. Dass das bestehende Fahrwegrecht die Bebauungsmöglichkeiten einschränkt, ist sodann unbestritten (act. 37 Rz. 6.2.8). Insbesondere hängt ein Umbau der Einstellhalle in Bezug auf die Verkehrsführung direkt vom Bestand bzw. der Lage des Fahrwegrechts ab, so dass die Klägerin aus einer Verlegung durchaus Vorteile ziehen kann. Auch dabei handelt es sich um legitime wirtschaftliche Interessen. Nicht massgebend ist sodann, dass die Klägerin ein Bauprojekt realisieren könnte, bei dem eine Rampe von der Bahnhofstrasse auf die E.\_\_\_\_\_-Strasse führt. Selbst wenn dies einen geringeren Eingriff in das Recht der Beklagten darstellen würde, ist eine solche Pflicht nicht vorgesehen. Soweit der Beklagten durch die Verlegung der Dienstbarkeit kein Nachteil erwächst, kann auch ein geringfügiges Interesse der Klägerin zur Verlegung der Dienstbarkeit genügen. Es ist nicht erforderlich, dass keine Alternativen bestehen, solange es sich bei der Verlegung nicht um eine reine Schikane des belasteten Grundeigentümers handelt. Dass der Bau einer rund 80 m langen Rampe erhebliche Kosten mit sich bringt, ist ohne Weiteres ersichtlich. Damit ist auch das Interesse der Klägerin an der Verlegung gegeben. Ein diesbezüglich von der Beklagten beantragtes Gutachten (act. 24 Rz. 2.12; act. 37 Rz. 6.2.4 ff.) ist folglich nicht einzuholen. Aus dem Gesagten erhellt, dass die Klägerin ein genügendes Interesse an der Verlegung der Dienstbarkeit hat. Entsprechend ist sie dazu berechtigt, soweit die Verlegung der Dienstbarkeit keine Nachteile für die Beklagte bewirkt.

### E. 2.4.3

Eignung der neuen Lage Die neue Lage muss für das berechnigte Grundstück ebenso zur Ausübung der Dienstbarkeit geeignet sein wie die bisherige. Entscheidend ist, dass die Dienstbarkeit weiterhin ausgeübt werden kann und ihren Zweck erfüllt. Über den Zweck des Fahrwegrechts besteht zwischen den Parteien Uneinigkeit, weshalb

- 24 - dieser vorab zu ermitteln ist. In einem zweiten Schritt ist sodann die Eignung der neuen Lage zu prüfen.

#### E. 2.4.3.1

Inhalt der Dienstbarkeit 2.4.3.1.1. Parteistandpunkte Die Klägerin bringt im Wesentlichen vor, dass den Nachbarn mit dem Fahrwegrecht die Ein- und Ausfahrt aus ihrer eigenen (bisher nicht realisierten) Tiefgarage ermöglicht worden sei. Eine eigene Zufahrt sei für die Eigentümer der anderen Grundstücke aufgrund der Lage und Grösse der Grundstücke gar nicht umsetzbar. Mit dem Wortlaut der Dienstbarkeit sei die damalige Erschliessungslösung abgebildet worden. Da die Tiefgarage auf den Nachbargrundstücken nie realisiert worden sei, habe das Fahrwegrecht keine Bedeutung erlangt (act. 1 Rz. 36 ff.). Aus dem Wortlaut gehe hervor, dass einzig die Fahrt in die Tiefgarage und wieder hinaus erlaubt sei. Wäre die Durchfahrt beabsichtigt gewesen, wäre das Recht über die linke, direkte Spur eingeräumt worden (act. 1 Rz. 57 ff.; act. 32 Rz. 73 ff.). Weiter sei die Dienstbarkeit für die Erschliessung des Grundstücks weder erforderlich noch geeignet, zumal in jedem Fall zuerst die Bahnhofstrasse befahren werden müsse (act. 43 Rz. 9). Nach der Auslegung der Beklagten besteht das Fahrwegrecht unabhängig vom Bestand der "Tiefgaragendienstbarkeit". Die Dienstbarkeit erlaube die Fahrt durch die Einstellhalle; nicht in dieselbe. Zudem führe das Fahrwegrecht nicht zum beklagten Grundstück sondern von der Garageneinfahrt zur Garagenausfahrt (act. 24 Rz. 2.14 ff.). Gestützt auf den Dienstbarkeitsvertrag sei das Recht im Zusammenhang mit den oberirdischen Bauten eingeräumt worden und stehe insbesondere im Zusammenhang mit dem Fuss- und beschränkten Fahrwegrecht, das zum Zweck der Zulieferung bestehe (act. 24 Rz. 2.17 ff.; act. 37 Rz. 6.3.6). Weiter beinhalte die Tiefgaragendienstbarkeit bereits die Nutzung sowie den freien Zugang zu allen Teilen der Garagen, wie der Ein- und Ausfahrt. Zur Nutzung sei das Fahrwegrecht folglich gar nicht erforderlich (act. 24 Rz. 2.20; act. 37 Rz. 5.3). Die Wegverbindung in die E.\_\_\_\_-Strasse stelle für den Eigentümer des berechtigten Grundstücks eine zusätzliche Möglichkeit dar, in jenes

- 25 - Quartier zu gelangen. Von dort aus bestehe insbesondere die Möglichkeit, direkt auf die G.\_\_\_\_-Strasse zu gelangen, was einen gewissen Vorteil darstelle. Dieses Interesse habe gar zugenommen, da auf der Bahnhofstrasse vor der Einmündung der G.\_\_\_\_-Strasse häufig Stau herrsche (act. 24 Rz. 2.22). Diese Verbindung werde heute tatsächlich genutzt. Das Fahrwegrecht sei wohl nur deshalb durch die Tiefgarage eingeräumt worden, weil die Dienstbarkeitsfläche dadurch nicht vergrössert worden sei (act. 37 Rz. 5.4.3 ff., Rz. 5.4.13 und Rz. 6.3.3 ff.). Die Beklagte bringt weiter vor, dass weder der Grundbucheintrag noch die Belege eine Verknüpfung der beiden Dienstbarkeiten vorsehe. Damit sei aufgrund der Stufenordnung der Zweck nicht mehr zu beachten, die Dienstbarkeit betreffe eine Wegverbindung von der Bahnhofstrasse in die E.\_\_\_\_-Strasse (act. 37 Rz. 5.1). 2.4.3.1.2. Auslegungsregeln Gestützt auf Art. 738 Abs. 1 ZGB ist der klare und unmissverständliche Wortlaut der Eintragung im Grundbuch für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend. Entscheidend ist dabei die Eintragung auf dem Blatt des belasteten Grundstücks (BEAT ESCHMANN, Auslegung und Ergänzung von

Dienstbarkeiten, Zürich 2005, S. 27; LIVER, a.a.O., N 20 f. zu Art. 738 ZGB; PETITPIERRE, a.a.O., N 4 zu Art. 738 ZGB). Lässt sich daraus der Umfang der Dienstbarkeit nicht zweifelsfrei ableiten, ist eine weitere Auslegung erforderlich. Diese richtet sich nach den all- gemeinen Auslegungsgrundsätzen (ESCHMANN, a.a.O., S. 26 ff.; LIVER, a.a.O., N 38 zu Art. 738 ZGB; PETITPIERRE, a.a.O., N 9 zu Art. 738 ZGB). Neben dem In- halt des Grundbuchs sind dabei der Erwerbstitel und die Art der Ausübung zu be- rücksichtigen (PETITPIERRE, a.a.O., N 5 ff. zu Art. 738 ZGB; LIVER, a.a.O., N 82 ff und N 113 ff. zu Art. 738 ZGB). Stehen sich - wie im vorliegenden Fall - Parteien gegenüber, die selbst nicht Partei des Errichtungsakts waren, erfolgt die Auslegung der Dienstbarkeit nach den objektiv erkennbaren Umständen. Subjektive Aspekte können nicht berück- sichtigt werden (BGE 108 II 542 E. 2; ESCHMANN, a.a.O., S. 50 f.; LIVER, a.a.O., N 38, 91 und 94 zu Art. 738 ZGB).

- 26 - Eine entscheidende Bedeutung kommt bei der Auslegung dem Zweck der eingeräumten Dienstbarkeit zu. Dieser bestimmt sich nach "den Bedürfnissen des herrschenden Grundstückes, wie sie nach den damaligen tatsächlichen Verhält- nissen bestanden haben" (LIVER, a.a.O., N 39 ff. zu Art. 738 ZGB; siehe auch PE- TITPIERRE, a.a.O., N 10 zu Art. 738 ZGB; ESCHMANN, a.a.O., 35 ff.). Lässt sich der Zweck nicht mehr positiv nachweisen, so darf nicht davon ausgegangen werden, dass mit der Dienstbarkeit eine Liebhaberei oder ein persönliches Interesse des Eigentümers des berechtigten Grundstückes verfolgt worden ist. Vielmehr ist vom Zweck auszugehen, der sich aus der Nutzung des berechtigten Grundstückes vernünftigerweise ergab (BGE 107 II 331 E. 3b; LIVER, a.a.O., N 57 und N 147 ff. zu Art. 736 ZGB). Der Zweck kann allerdings nur im durch den Eintrag abgesteck- ten Rahmen berücksichtigt werden, darüber hinaus kann ihm keine Bedeutung zukommen (ESCHMANN, a.a.O., S. 35 ff.). Massgebend sind also die Interessen und der Zweck im Zeitpunkt der Begründung der Dienstbarkeit, wobei der Umfang der Dienstbarkeit durch die Eintragung im Grundbuch beschränkt wird. In Anwendung von Art. 8 ZGB obliegt die Beweislast für den Inhalt der Dienstbarkeit derjenigen Partei, die eine über den strikten Wortlaut hinausgehen- de Berechtigung behauptet. 2.4.3.1.3. Auslegung der Dienstbarkeiten a. In erster Linie ist das Grundbuchblatt des belasteten Grundstückes zu konsul- tieren. Darauf ist die strittige Dienstbarkeit als "Fahrwegrecht" bezeichnet (act. 3/1 S. 2). Damit wird der Inhalt der Dienstbarkeit nur grob umrissen. Es ergibt sich da- raus nicht, welcher Bereich des Grundstückes beansprucht werden kann, was dem Berechtigten erlaubt sein soll oder welchem Zweck die Dienstbarkeit dienen soll. Es handelt sich folglich nicht um einen klaren Wortlaut im Sinne von Art. 738 Abs. 1 ZGB, sodass eine weitere Auslegung erfolgen muss. b. Genauer wird die Dienstbarkeit im Servitutenprotokoll umschrieben. Dem- nach besteht das Recht, "mit Personenautomobilen und Motorrädern von der Bahnhofstrasse durch die Einstellhalle im Untergeschoss des belasteten Grund- stückes in die E.\_\_\_\_-Strasse, jedoch nicht in umgekehrter Richtung" zu fahren

- 27 - (act. 3/16). Damit wird der Umfang der Dienstbarkeit relativ genau umschrieben, nämlich das Grundstück der Klägerin in eine Richtung durch die Tiefgarage zu überqueren. Dasselbe ergibt sich aus dem Dienstbarkeitsvertrag vom 13. Januar 1969 zwischen den damaligen Eigentümern der betroffenen Grundstücke. Dieser regelt das Fahrwegrecht unter dem Abschnitt "oberirdische Bauten" (act. 25/5 S. 5 ff.). Festgehalten wird, welche Bauten im damaligen Zeitpunkt geplant waren und dass eine entsprechende Überbauung ohne die Einräumung der Dienstbarkeiten nicht möglich sei (act. 25/5 S. 5 f.). Eingeräumt wird das

Fahrwegrecht zu Lasten des klägerischen Grundstücks und zu Gunsten der übrigen vier in den Vertrag einbezogenen Grundstücke. Neben dem Wortlaut werden keine weitergehenden Hinweise gemacht (act. 25/5 S. 8). Aus diesen Urkunden ergibt sich zwar, dass die Beklagte berechtigt ist, das Grundstück der Klägerin zu überqueren, doch erhellt nicht, welchem Zweck das Fahrwegrecht dienen soll. Entsprechend sind die weiteren Umstände zu untersuchen. c. Mit dem Dienstbarkeitsvertrag vom 13. Januar 1969 wurden neben dem umstrittenen Fahrwegrecht weitere Dienstbarkeiten vereinbart.

Vertragsparteien waren die damaligen Eigentümer der im Streit stehenden Grundstücke sowie die Eigentümer der Liegenschaften Kat. Nr. ..., ... und ..., die nördlich an das Grundstück der Beklagten und westlich an dasjenige der Klägerin grenzen (act. 25/5; act. 3/15-16; act. 1 Rz. 10). Zu Gunsten und zu Lasten der verschiedenen Grundstücke wurden mehrere Dienstbarkeiten eingeräumt, die im Zusammenhang mit dem Bauprojekt "Geschäftszentrum F.\_\_\_\_\_" (Einkaufszentrum "D.\_\_\_\_\_" ) und der (Neu-)Überbauung des Gebiets standen (act. 1 Rz. 28 ff.). Für das vorliegende Verfahren ist einerseits das vom Verlegungsantrag der Klägerin umfasste Fahrwegrecht relevant (act. 25/5 S. 8).

Andererseits beziehen sich beide Parteien auf das Recht zur Erstellung einer Tiefgarage, zu Gunsten und zu Lasten des klägerischen und der vier anderen Grundstücke (act. 25/5 S. 3 f.), welches auch in die Auslegung mit einzubeziehen ist. Die übrigen Dienstbarkeiten (Näher-, und

- 28 - Höherbaurechte, Recht zum Betrieb eines Einkaufszentrums etc.; act. 25/5) sind nur am Rande von Interesse. Das vorgenannte Recht zur Erstellung einer Tiefgarage wird auf dem Grundbuchblatt des klägerischen Grundstücks als "Recht auf Bau, Bestand, Benützung und Betrieb unterirdischer Einstellhallen für Motorfahrzeuge und Unterniveaubauten anderer Zweckbestimmung, Durchleitungsrecht und unterirdisches Brandmauerdurchbruchsrecht" bezeichnet (act. 3/1 S. 2; "Tiefgaragendienstbarkeit"). Aus dem Servitutenprotokoll und dem Dienstbarkeitsvertrag ergibt sich - was soweit unbestritten ist -, dass die Dienstbarkeit den Parteien ermöglichen soll, auf den jeweiligen Grundstücken eine unterirdische Einstellhalle zu bauen, wobei diese verbunden werden sollen (act. 1 Rz. 32 ff. und 52 ff.; act. 3/16; act. 25/5 S. 2 f.). d. Die Beklagte macht in Bezug auf den Wortlaut der Dienstbarkeiten geltend, dass eine Tiefgarage ohne eine Zufahrt gar nicht genutzt werden könne. Das Recht der Zufahrt durch die klägerische Tiefgarage sei entsprechend bereits in der diesbezüglichen Dienstbarkeit enthalten (act. 24 Rz. 2.20; act. 37 Rz. 5.3). Die vereinbarte Dienstbarkeit ermöglicht unter anderem die Benützung und den Betrieb der Tiefgarage. Der Grundbucheintrag beinhaltet keinen ausdrücklichen Hinweis auf ein darin beinhaltetes Fahrwegrecht (act. 3/1 S. 2). Im Servitutenprotokoll und im Dienstbarkeitsvertrag werden einzelne Aspekte der Nutzung genauer definiert. So wird die Nutzung der Zubehöriteile, wie Ein- und Ausfahrt samt Abschlussstore, erlaubt. Ausserdem wird festgehalten, dass das Recht "Einstellen, Waschen und Schmieren von Motorfahrzeugen" sowie den "ungehinderten Zugang zu allen Teilen der Garage" umfasst (act. 25/5 S. 4; act. 3/15 S. 1 f.). Eine ausdrückliche Einräumung eines Fahrwegrechts ist hierin nicht zu sehen. Insbesondere wird nicht aufgeführt, dass die Befahrung der Ein- und Ausfahrt mit Motorfahrzeugen zur Nutzung zu zählen wäre. Eine Dienstbarkeit kann auch lediglich die Duldung einer emissionsintensiven Baute betreffen. Die in Frage stehende Dienstbarkeit kann sich daher in der Duldung des Betriebs der Tiefgarage erschöpfen. Der Hinweis, dass das Fahrwegrecht die Fahrt durch und nicht in die Tiefgarage erlaubt, kann daran auch nichts ändern. Die freie Bewegung innerhalb

- 29 - der Garagenbauten wird durch die "Tiefgaragendienstbarkeit" ausdrücklich gewährt. Diesbezüglich war keine zusätzliche Anordnung erforderlich. Der Betrieb bzw. die Nutzung einer Tiefgarage im Sinne eines Gewerbes erschöpft sich in der zur Verfügungstellen von Parkplätzen und den damit zusammenhängenden Dienstleistungen. Zwar ist der Betreiber darauf angewiesen, dass eine Zufahrt besteht, doch ist es dessen Sache, sich eine solche zu sichern. Eine stillschweigende Dienstbarkeit kann aufgrund der strengen Formvorschriften und dem abgeschlossenen Vertrag nicht angenommen werden. Alleine aus dem Wortlaut kann die Beklagte folglich nichts herleiten, zumal dieser eine Belastung klar enthalten müsste, um eine Wirkung entfalten zu können. Kommt hinzu, dass im massgebenden Grundbucheintrag auch die Nutzung der Ein- und Ausfahrt nicht genannt wird (act. 3/1), weshalb die Beklagte daraus kein entsprechendes Recht herleiten kann. Aus der Systematik lässt sich ebenso nichts eindeutiges ableiten. Es sind gleichzeitig zwei Dienstbarkeiten mit unterschiedlichem Inhalt begründet worden, welche unabhängig von einander eingetragen worden sind (act. 3/1 S. 2). Allerdings kann daraus keine klare Auslegung des Fahrwegrechts zu Gunsten der Beklagten hergeleitet werden. Insbesondere ist es im Dienstbarkeitsrecht nicht ungewöhnlich, dass für jedes einzelne Recht ein eigener Eintrag im Grundbuch besteht. Diese Trennung drängt sich vorliegend auch aufgrund der berechtigten und belasteten Grundstücke auf. Während die "Tiefgaragendienstbarkeit" zu Gunsten und zu Lasten beider Grundstücke ausgestaltet wurde, besteht das Fahrwegrecht nur zu Gunsten des beklagten und zu Lasten des klägerischen Grundstücks (act. 3/1 S. 2; act. 3/13 S. 1). Die Planung bei Vertragsschluss hat eine Tiefgarage unter sämtlichen Liegenschaften mit einer gemeinsamen Ein- und Ausfahrt auf dem Grundstück der Klägerin vorgesehen. Entsprechend wurden ein gegenseitiges Anbau- und Betriebsrecht sowie ein Fahrwegrecht zu Gunsten der vier kleineren Grundstücke vorgesehen. Insbesondere wäre es gar nicht möglich gewesen, über die anderen Grundstücke die E.\_\_\_\_-Strasse zu erreichen, so dass eine entsprechende Dienstbarkeit gar nicht hätte eingeräumt werden können.

- 30 - Alleine aus der Tatsache, dass das Fahrwegrecht im Dienstbarkeitsvertrag in einem anderen Abschnitt als die "Tiefgaragendienstbarkeit" geregelt worden ist, kann ebenfalls nichts hergeleitet werden. Im Dienstbarkeitsvertrag vom 13. Januar 1969 findet sich keine Bestimmung darüber, welchem Zweck das vereinbarte Fahrwegrecht dienen soll. Aus dem allgemeinen Teil ergibt sich lediglich, dass die Dienstbarkeiten zwecks dinglicher Sicherstellung der sich aus den vorhergehenden Ziffern ergebenden Rechte mit Bezug auf das umschriebene Bauvorhaben eingetragen werden (act. 25/5 S. 6). Die genannten Ziffern befassen sich einzig mit den geplanten Bauten auf dem Grundstück der Klägerin und einer zukünftigen Überbauung der vier kleineren Grundstücke (act. 25/5 S. 5 f.). Inwiefern die Parteien in diesem Zusammenhang ein Fahrwegrecht benötigt hätten, ist nicht ersichtlich. Immerhin grenzen- und grenzten bereits damals - sämtliche berechtigten Grundstücke an die Bahnhofstrasse. Sie sind damit über eine Hauptstrasse erschlossen (act. 1 Rz. 16; act. 40/23). Eine weitere Erschliessung über das klägerische Grundstück war folglich nicht erforderlich und mangels direktem Anschluss der Grundstücke an den eingeräumten Weg auch nicht möglich. Eine Notwendigkeit für ein Fahrwegrecht seitens der berechtigten Grundstücke bestand einzig für die Realisierung einer eigenen Tiefgarage. Auf dem vorliegenden Kartenmaterial ist ersichtlich, dass es sich bei den vier berechtigten Grundstücken um relativ kleine Parzellen handelt, die an ihrer schmalen Seite an der Bahnhofstrasse liegen (act. 3/18; act. 40/1). Es ist denn auch unschwer zu erkennen, dass es aufgrund der räumlichen Verhältnisse kaum möglich wäre, auf jeder

Liegenschaft eine eigene Zufahrt zu einer Tiefgarage zu erstellen. Ungeachtet dessen, wäre eine solche Häufung von Ein- und Ausfahrten an einer Hauptstrasse im Sinne der Verkehrssicherheit auch kaum bewilligungsfähig (so auch die Beklagte; act. 24 Rz. 3.2 f.). So sieht heute das Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich (PBG) vor, dass die Verkehrserschliessung im Bereich wichtiger Strassen durch Zusammenfassung mehrerer Ausfahrten zu erfolgen hat (§ 240 Abs. 3 PBG). Für die vertraglich genannte dingliche Sicherstellung der Überbauung war die Einräumung eines Fahrwegrechts folglich nur im Zusammenhang mit der Zufahrt zur Tiefgarage erforderlich. Das gilt ungeachtet davon, dass die Tiefgarage im Abschnitt "Unterniveaubauten" geregelt ist (act. 25/5 S. 2 ff.). Immerhin

- 31 - liegen Ein- und Ausfahrt über dem Boden, weshalb deren Befahrung im entsprechenden Abschnitt geregelt werden kann. Aus dem Gesagten erhellt, dass der Wortlaut der Dienstbarkeit und die weiteren damit im Zusammenhang stehenden Urkunden klar darauf hin deuten, dass das eingeräumte Fahrwegrecht im Zusammenhang mit der gleichzeitig vereinbarten Dienstbarkeit über den Bau und Betrieb einer Tiefgarage steht. Ein weitergehender Zweck lässt sich daraus nicht ableiten. Für die Frage, ob darüber hinaus ein Fahrwegrecht bestehen soll, sind folglich die weiteren Umstände zu beurteilen. e. Wie zuvor ausgeführt, ist der Zweck einer Dienstbarkeit mitentscheidend. Einerseits bezweckt das vorliegende Fahrwegrecht den Zugang zu einer Tiefgarage auf dem Grundstück der Beklagten. Darüber hinaus soll sie nach dem Verhalten der Beklagten eine eigenständige Bedeutung haben. Vorab ist festzuhalten, dass für die Ermittlung des Zwecks der Dienstbarkeit die Verhältnisse im Zeitpunkt der Errichtung massgebend sind. Eine Nutzung, die einen anderen Zweck verfolgt als das ursprünglich eingeräumte Recht, muss die Klägerin nicht akzeptieren (BGE 107 II 331 E. 3). Es kann daher nicht relevant sein, dass die Wegverbindung heute im Sinne der Beklagten genutzt wird (act. 37 Rz. 5.4.3), weshalb auf die Abnahme der dazu offerierten Beweise verzichtet werden kann. Im vorliegenden Fall ist zudem zu berücksichtigen, dass neben den damaligen Eigentümern der Grundstücke der Parteien auch die Eigentümer der Grundstücke Kat. Nr. ..., ... und ... nördlich des beklagten Grundstücks am Dienstbarkeitsvertrag beteiligt waren und ihnen dieselben Rechte eingeräumt wurden (act. 25/5). aa. Die Grundstücke der Vertragsparteien liegen allesamt an der Bahnhofstrasse. Dabei handelt es sich um die örtliche Hauptstrasse, womit die Erschliessung der Grundstücke sichergestellt ist. Die Einfahrt zur Tiefgarage der Klägerin befindet sich am südlichen Ende ihres Grundstücks (act. 3/4; act. 3/17), während die ursprünglich berechtigten Grundstücke im Norden desselben liegen (act. 1 Rz. 10; act. 3/8). Folglich muss zur Ausübung des Fahrwegrechts immer zuerst die Bahnhofstrasse befahren werden, eine direkte Verbindung liegt nicht vor. Bei der Ein-

- 32 - fahrt der Tiefgarage befinden sich zwei Spuren. Die rechte Spur dient als Einfahrt und wird nachher über eine Rampe auf die E. \_\_\_\_\_-Strasse geführt. Von der linken Spur gelangt man direkt auf die Rampe zur E. \_\_\_\_\_-Strasse (act. 3/4; act. 3/17-19; act. 3/21). Die verkehrstechnische Erschliessung im Zeitpunkt des Abschlusses des Dienstbarkeitsvertrages entsprach weitgehend der heutigen Situation (act. 1 Rz. 22; act. 3/7-11). Wie die Beklagte selbst vorbringt, ist zur Überwindung der Höhendifferenz zwischen Bahnhofstrasse und E. \_\_\_\_\_-Strasse von rund 8.5 m bzw. von der Länge der Tiefgarage her gemessen 12 m (act. 32 Rz. 66; act. 34/11) eine Rampe von mindestens 80 m erforderlich (act. 37 Rz. 6.2.4; act. 43 Rz. 20). Dabei ist vor Augen zu halten, dass das

klägerische Grundstück an dessen breiter Stelle mit Anschluss an die Bahnhofstrasse - an der Grenze zur Liegenschaft der Beklagten - lediglich rund 70 m breit ist (act. 40/1). Eine Rampe ist folglich nur entlang der Längsseite möglich. Eine 80 m lange Rampe, die mit Automobilen befahrbar ist, benötigt auf dem klägerischen Grundstück - unabhängig von der konkreten Stelle - wesentlichen Raum, der nicht anderweitig genutzt werden kann. Zudem weist die Klägerin richtigerweise auf Emissionen und andere Hindernisse beim Bau hin (act. 43 Rz. 20). Nicht zuletzt sind die Erstellung und Unterhalt der Rampe mit substantiellen Kosten verbunden. Dass unter diesen Umständen einem Nachbarn - unabhängig von den eigenen Bauplänen - ein Fahrwegrecht eingeräumt wird, das für diesen lediglich eine Annehmlichkeit darstellt, erscheint nicht nachvollziehbar. Die bauliche Situation macht deutlich, dass die Parteien beim Abschluss des Dienstbarkeitsvertrages den Bau der Tiefgaragen antizipiert haben. Das Fahrwegrecht wird explizit für die Durchfahrt durch die Tiefgarage gewährt. Ein solches Recht erscheint als reines Durchfahrtsrecht nicht geeignet, auch wenn die Beklagte den Weg als nur unwesentlich weniger komfortabel bezeichnet (act. 24 Rz. 2.21). Dies gesteht auch die Beklagte insofern ein, als dass sie ausführt, dass heute die direkte Verbindung genutzt werde (act. 37 Rz. 5.4.3). Einerseits ist für die querenden Fahrzeuge von Behinderungen durch parkierende Fahrzeuge auszugehen, andererseits würde dadurch das Verkehrsaufkommen in der Tiefgarage

- 33 - erhöht, was aufgrund der regelmässigen engen örtlichen Verhältnisse in einer Garage nicht erstrebenswert ist. Hinzu kommt, dass die Einräumung eines Durchfahrtsrechts auf einfachere und weniger hindernde Weise hätte erfolgen können, zumal die direkte Rampe auf die E. \_\_\_\_\_-Strasse ohnehin erstellt worden ist. Entsprechend ist davon auszugehen, dass die Fahrt durch die Tiefgarage zu einem bestimmten Zweck, nämlich der Ein- und Ausfahrt in die eigene Tiefgarage, erlaubt werden sollte. Es kann nicht angenommen werden, dass der von der Beklagten beantragte Augenschein (act. 24 Rz. 2.21) diesbezüglich eine andere Beurteilung aufdrängen könnte, zumal sich die Parteien dahingehend einig sind, dass der Weg über die linke Spur komfortabler ist. Da es sich bei der Beurteilung der verschiedenen Fahrspuren lediglich um einen untergeordneten Aspekt der Vertragsauslegung handelt, kann auf einen Augenschein verzichtet werden. bb. Aus den vorhandenen Plänen ergibt sich weiter, dass die Dienstbarkeit keinen Ersatz für eine früher bestehende Verbindung zwischen der Bahnhofstrasse und der E. \_\_\_\_\_-Strasse darstellen kann, was auf eine eigenständige Bedeutung des Fahrwegrechts hindeuten würde. Eine solche hat vor dem Abschluss des Dienstbarkeitsvertrages und dem Bau des Einkaufszentrums nicht bestanden (act. 1 Rz. 26; act. 3/7; act. 3/10-11; act. 3/14). cc. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die Dienstbarkeit eine zusätzliche Verbindung von der Bahnhofstrasse in die E. \_\_\_\_\_-Strasse ermöglichen soll. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Dienstbarkeitsvertrages und der Eintragung im Grundbuch nicht. Vielmehr stellt dieser die dingliche Sicherung der geplanten bzw. projektierten Überbauung in den Vordergrund (act. 25/5; vorne E. 2.4.3.1.3.d). Ein Interesse der Berechtigten an einer zusätzlichen Wegverbindung ist hingegen nicht beschrieben und auch nicht ersichtlich. Daran vermögen auch die pauschalen Behauptungen und Mutmassungen der Beklagten nichts zu ändern (unter anderem act. 37 Rz. 5.4.3 f., Rz. 5.4.13 und Rz. 6.3.4), immerhin hätte sie den über den Wortlaut der Dienstbarkeit hinausgehenden Zweck derselben zu beweisen. Letztlich handelt es sich bei einer zusätzlichen Wegverbindung um ein Recht, das dem Grundstück der Beklagten keinen wesentlichen Nutzen bringt. Ein solches könnte sich einzig auf die persönlichen Interessen des berech-

- 34 - tigten Eigentümers stützen. Dass solche bestanden haben sollen, ergibt sich aus den Urkunden jedoch nicht. Im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 107 II 331 E. 3b) ist das nicht beweisbare persönliche Interesse nicht massgebend. Vielmehr ist auf den sich vernünftigerweise ergebenden Zweck abzustellen. Gegen die Darstellung der Beklagten spricht weiter, dass das Fahrwegrecht nur in eine Richtung eingeräumt worden ist (act. 3/16). Soll dem berechtigten Grundstück die Überquerung des belasteten Grundstücks ermöglicht werden, wird dies in aller Regel in beide Richtungen erlaubt. Insbesondere ist dies dann zu erwarten, wenn dadurch eine substantielle Abkürzung erreicht werden soll. Weshalb nur in einer Richtung ein Fahrwegrecht erforderlich gewesen sein soll, legt die Beklagte nicht substantiiert dar. Dies deutet darauf hin, dass die Streckenführung von der Bahnhofstrasse in die E.\_\_\_\_-Strasse als Zufahrt zur Tiefgarage alleine auf der baulichen Situation basierte und keinem eigenen Zweck diene. Die Beklagte bringt vor, die Abkürzung durch die Tiefgarage der Klägerin bringe ihr eine Zeitersparnis, wenn die G.\_\_\_\_-Strasse erreicht werden soll (act. 24 Rz. 2.22; act. 37 Rz. 5.2). Die beiden Wege in die G.\_\_\_\_-Strasse Richtung Zürich treffen beim Kreisel beim Coop zusammen. Eine Konsultation des vorliegenden Kartenmaterials ergibt, dass die Strecke vom beklagtischen Grundstück zum Kreisel beim Coop via Tiefgarage um rund einen Fünftel länger ist, als diejenige über die öffentlichen Strassen (act. 3/8). In Bezug auf die anderen drei berechtigten Grundstücke ist sogar von einem weiteren Umweg auszugehen, da diese Liegenschaften weiter von der Einfahrt entfernt sind. Eine Zeitersparnis kann sich daher einzig aus der Umfahrung von stauendem Verkehr auf der Bahnhofstrasse ergeben, zumal auf den öffentlichen Strassen eine höhere Geschwindigkeit erlaubt ist als im Parkhaus. Dass die Parteien beim Abschluss des Dienstbarkeitsvertrages vor mehr als 40 Jahren den berechtigten Grundstücken eine Möglichkeit der Umfahrung von Staus einräumen wollten, ergibt sich aus dem Dienstbarkeitsvertrag nicht. Es war einzig von der dinglichen Sicherung der Überbauung die Rede, zu welcher die Stauumfahrung keinen Zusammenhang hat. Ebenso wenig legt dies die Beklagte substantiiert dar. Alleine dass die Strassen-

- 35 - führung damals gleich war wie heute, besagt nichts über das Verkehrsaufkommen. Nach der Darstellung der Klägerin war dieses zum Zeitpunkt der Errichtung der Dienstbarkeiten bescheiden (act. 32 Rz. 84), die Beklagte bestreitet dies nicht substantiiert. Immerhin bringt sie vor, dass heute eher ein grösseres Interesse an der Umfahrung von Staus bestehe (act. 37 Rz. 6.4.3), was einem erhöhten Verkehrsaufkommen gleich kommt. Auf das von der Klägerin beantragte Gutachten (act. 32 Rz. 84) kann folglich verzichtet werden. Soweit die Stauumfahrung nicht (nachweislich) der Zweck der Dienstbarkeit war, hat sich die Klägerin dies nicht entgegen zu halten. f. Aus dem Gesagten erhellt, dass das bestehende Fahrwegrecht die Zufahrt zur Tiefgarage der berechtigten Grundstücke bezweckt. Zwar ist diese Tiefgarage bis zum heutigen Zeitpunkt nie realisiert worden, doch können die veränderten Interessen der Beklagten der Klägerin nicht entgegen gehalten werden. Einen weitergehenden Zweck des Fahrwegrechts vermag die Beklagte nicht zu beweisen. Selbst wenn das Interesse der Beklagten heute in der Abkürzung über das klägerische Grundstück zwecks Umfahrung von Staus auf der Bahnhofstrasse liegt, kann von der Klägerin nicht erwartet werden, dass sie diese Änderung hinnimmt. Sie ist einzig verpflichtet der Beklagten die Zufahrt zu einer zu bauenden Einstellhalle durch die eigene Tiefgarage zu gewähren.

#### **E. 2.4.3.2**

Folgen einer Verlegung Gestützt auf Art. 742 Abs. 1 ZGB darf dem Eigentümer des berechtigten Grundstücks durch die Umlegung der Dienstbarkeit kein Nachteil erfahren. Der Zweck des Fahrwegrechts ist die Erreichbarkeit einer eigenen Tiefgarage durch diejenige der Klägerin. Dies ist auch bei einer Verlegung der Dienstbarkeit auf die von der Klägerin geplante neue Ein- und Ausfahrt ohne Weiteres möglich. Andere Nachteile der Beklagten sind nicht ersichtlich, zumal die behauptete Abkürzung in die E. \_\_\_\_\_-Strasse lediglich eine zusätzliche Annehmlichkeit für die Beklagte darstellt, die nicht dem Zweck der Dienstbarkeit entspricht und damit nicht beachtlich ist. Soweit die Umfahrung von Staus als Vorteil bei der Ausfahrt aus der Tiefgarage angesehen werden soll, ist darin lediglich eine geringe Ver-

- 36 - schlechterung des Komforts zu sehen. Eine solche steht einer Verlegung der Dienstbarkeit nicht entgegen. Hinzu kommt, dass die genannte Verschlechterung durch verschiedene Verbesserungen des Komforts wieder aufgewogen wird. So sind sämtliche anderen Ziele als die G. \_\_\_\_\_-Strasse Richtung Zürich über die Bahnhofstrasse unbestrittenermassen schneller zu erreichen. Ausserdem werden die Wege innerhalb der Tiefgarage tendenziell kürzer und es ist zur Ausfahrt keine Rampe mehr zu befahren.

#### **E. 2.4.4**

Fazit Die von der Klägerin beantragte Verlegung des Fahrwegrechts erfüllt die Voraussetzungen von Art. 742 ZGB. Die Klägerin hat ein Interesse an der Verlegung, da ihr dies eine flexiblere Planung bei einer neuen Überbauung ermöglicht. Die Interessen der Beklagten sind auch bei einer Verlegung der Dienstbarkeit gewahrt, da ihr diese die Möglichkeit geben soll, eine eigene Tiefgarage durch diejenige der Klägerin zu erreichen, was bei einem neuen Verkehrskonzept weiterhin möglich sein wird. Schliesslich ist unbestritten, dass die Klägerin die Kosten für die baulichen Massnahmen zu tragen hat (act. 1 Rz. 96), sodass darauf nicht weiter einzugehen ist. Die Klägerin ist zur Verlegung der Dienstbarkeit berechtigt.

#### **E. 2.5**

Anpassung des Grundbucheintrags Eine Anpassung der Eintragung im Grundbuch ist nur dann erforderlich, wenn diese die Lage der Dienstbarkeit umschreibt (LIVER, a.a.O., N 59 zu Art. 742 ZGB). Vorliegend wird die Lage des Fahrwegrechts im Servitutenprotokoll umschrieben (act. 3/16). Dabei wird ausdrücklich die Einfahrt aus der Bahnhofstrasse und die Ausfahrt in die E. \_\_\_\_\_-Strasse genannt. Dieser Eintrag ist zur Verlegung der Dienstbarkeit anzupassen. Wie ausgeführt (vorne E. 1.3), kann die Dienstbarkeit nicht im Sinne der Klägerin geändert werden. Dies würde bedingen, dass das Fahrwegrecht unmittelbar an der neuen Stelle ausgeübt werden kann. Aufgrund der baulichen Situation ist dies jedoch nicht möglich. Das Grundbuchamt C. \_\_\_\_\_ ist folglich anzuweisen, die relevante Eintragung so zu ändern, dass der Beklagten generell die Ein-

- 37 - fahrt in die Tiefgarage und wieder hinaus erlaubt wird, wodurch sowohl die derzeitige wie auch die geplante Verkehrsführung abgedeckt sind. Dies hat den Vorteil, dass für die eigentliche Verlegung des Fahrwegrechts keine Änderung des Grundbucheintrags vorgenommen werden müssen. Da sich der Inhalt der Dienstbarkeit nicht im Wortlaut der Eintragung erschöpft, insbesondere die Lage bei fehlenden Angaben im Eintrag unabhängig davon zu bestimmen ist, ist darüber hinaus festzustellen, dass die Klägerin zur Verlegung des Fahrwegrechts berechtigt ist.

#### **E. 3**

Eventualanträge Da die Klägerin in ihrem Hauptantrag obsiegt und das Fahrwegrecht zu ver- legen ist, sind die klägerischen Eventualanträge nicht zu prüfen.

#### **E. 4**

Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen Auf dem Grundstück der Klägerin bestehen zu Gunsten des Grundstücks der Beklagten verschiedene Dienstbarkeiten. Im vorliegenden Verfahren geht es dabei um eine Dienstbarkeit, die die Erstellung einer Tiefgarage und deren Anbau an die nachbarliche Tiefgarage ermöglicht und um ein Fahrwegrecht. Dieses Fahrwegrecht bezweckt die Zufahrt zur genannten Tiefgarage und dient dem be- klaglichen Grundstück insofern, als dass dadurch keine eigene Zufahrt erstellt werden muss. Die Klägerin beantragt die Verlegung des Fahrwegrechts, das bisher von der Bahnhofstrasse via Tiefgarage in die E.\_\_\_\_\_-Strasse geführt hat. Sie plant ein neues Verkehrskonzept, wobei die Ein- und Ausfahrt aus der Tiefgarage an der Bahnhofstrasse erfolgen soll. Entsprechend beantragt sie die Verlegung des Fahrwegrechts an diese Stelle. Das klägerische Interesse an der Verlegung ist erfüllt. Sie kann dadurch ei- nen Neubau realisieren, was als genügendes wirtschaftliches Interesse anzuse- hen ist (vorne E. 2.4.2). Eine Verlegung kann nur an eine Stelle erfolgen, die für das berechnigte Grundstück gleich geeignet ist. Da die Dienstbarkeit einzig die

- 38 - Ein- und Ausfahrt in eine allfällige eigene Tiefgarage bezweckt, ist die Verlegung an die Stelle der neuen Ein- und Ausfahrt für die Beklagte in gleichem Masse ge- eignet (vorne E. 2.4.3.2). Da die Voraussetzungen von Art. 742 ZGB erfüllt sind, ist der klägerische Antrag gutzuheissen, wobei die Klägerin die Kosten für die Verlegung der Dienstbarkeit zu tragen hat. Gestützt auf den Antrag der Klägerin ist das Grundbuchamt C.\_\_\_\_ anzu- weisen, die Eintragung betreffend des Fahrwegrechts insofern zu ändern, als dass dem berechtigten Eigentümer die Fahrt in die unterirdische Einstellhalle und wieder hinaus ermöglicht wird. Weiter ist festzustellen, dass die Klägerin berech- tigt ist, das Fahrwegrecht auf eigene Kosten entsprechend dem geplanten Ver- kehrsregime zu verlegen (vorne E. 2.4.4 und E. 2.5).

#### **E. 5**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

##### **E. 5.1**

Streitwert Soweit das Rechtsbegehren nicht auf einen bestimmten Geldbetrag lautet, ist der Streitwert in erster Linie durch die Parteien und in zweiter Linie durch das Gericht festzulegen (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Massgebend ist dabei der objektive Wert der geforderten Leistung (MATTHIAS STEIN-WIGGER in: SUTTER-SOMM/HASEN- BÖHLER/LEUENBERGER, a.a.O., N 15 zu Art. 91 ZPO; MARTIN H. STERCHI in: HAUS- HEER/WALTER, BK ZPO I, a.a.O., N 15 zu Art. 91 ZPO). Die Klägerin beziffert den Streitwert der vorliegenden Klage auf CHF 200'000.– (act. 1 S. 2 und Rz. 5). Die Beklagte anerkennt diesen Streitwert, weist aber darauf hin, dass sich der Streitwert nicht aus den Bau- oder Planungs- kosten errechnen lasse (act. 37 Ziff. 3). Da zwischen den Parteien Einigkeit über den Streitwert besteht, hat das Ge- richt lediglich einzugreifen, wenn dieser offensichtlich unrichtig ist (STEIN-WIGGER, a.a.O., N 27 zu Art. 91 ZPO; STERCHI, a.a.O., N 13 zu Art. 91 ZPO). Für die Streitwertbestimmung ist die Wertveränderung der beteiligten Grundstücke ent- scheidend (STERCHI, a.a.O., N 18d zu Art. 91 ZPO). Eine Verlegung oder Lö- schung des Fahrwegrechts ermöglicht dem Eigentümer des belasteten Grund-

- 39 - stücks eine erhöhte Flexibilität bei dessen Überbauung. Dadurch nimmt auch der Wert des belasteten Grundstücks zu. Nicht massgebend sind demgegenüber von der Klägerin getätigte Investitionen, auch wenn diese bei einer Abweisung der Klage überflüssig werden. Die Schätzung der Klägerin erscheint angesichts der Lage des Grundstücks und dessen Belastung eher tief aber gerade noch angemessen. Entsprechend ist mit den Parteien von einem Streitwert von CHF 200'000.– auszugehen.

### **E. 5.2**

Gerichtskosten Nach Art. 742 Abs. 1 ZGB trägt der Eigentümer des belasteten Grundstücks die entstehenden Kosten. Dies gilt jedoch nur für diejenigen Kosten, die aufgrund der Verlegung selbst anfallen, also die Kosten für die baulichen Massnahmen und die Kosten des Grundbuchs. Allfällige Kosten des Grundbuchs - soweit diese den Parteien nicht direkt in Rechnung gestellt werden - sind somit der Klägerin aufzuerlegen. Muss der Eigentümer des belasteten Grundstücks sein Recht auf Verlegung der Dienstbarkeit gerichtlich erstreiten, sind die daraus resultierenden Kosten nach den prozessrechtlichen Regeln zu verteilen. Die Gerichtsgebühr für das vorliegende Verfahren ist unter Berücksichtigung des gemessen am Streitwert erheblichen Aufwands des Gerichts in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf das Eineinhalbfache der Grundgebühr festzulegen und den Parteien nach Obsiegen und Unterliegen aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Bei der Beurteilung des Umfangs des Obsiegens ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin in ihrer Replik eine Reduktion der Klage vorgenommen hat. Ursprünglich hat die Klägerin die Löschung der Tiefgaragendienstbarkeit und des Fahrwegrechts beantragt (act. 1 S. 2; act. 32 S. 2); in der Replik hat sie lediglich die Umlegung des Fahrwegrechts beantragt. Bei der Verlegung des Fahrwegrechts handelt es sich um einen geringeren Eingriff in die Rechte der Beklagten. Dadurch gilt die Klägerin im Umfang ihres ursprünglichen Hauptantrags als unterliegende Partei, während sie mit ihrem Hauptantrag in der Replik vollumfänglich durchdringt.

- 40 - Beide Begehren lauten nicht auf einen bestimmten Streitwert. Wie der vorgenannte Streitwert auf die einzelnen Begehren aufgeteilt werden soll, machen die Parteien nicht geltend. Dies liegt folglich im Ermessen des Gerichts. Unbestrittenmassen dient das vorliegende Verfahren der Klägerin dazu, die Voraussetzungen für den Neubau des Einkaufszentrums D.\_\_\_\_\_ zu schaffen. Aus den Ausführungen (act. 1; act. 32) der Klägerin, wie auch aus den Plänen (act. 3/4; act. 40/22) geht hervor, dass dem Projekt einzig die Lage des Fahrwegrechts im Weg steht. Weniger störend scheint die Möglichkeit der Beklagten, eine Tiefgarage an die bestehende anzubauen und zu deren Erschliessung die Tiefgarage der Klägerin zu nutzen. Dies bringt die Klägerin auch mit ihren Ausführungen in der Replik zum Ausdruck (act. 32 Rz. 8 ff.). Folgerichtig ist für die Verlegung des Fahrwegrechts ein höherer Anteil am Streitwert einzusetzen. Dies ändert aber nichts daran, dass auch die Löschung der Dienstbarkeiten einen gewissen Wert gehabt hätte. Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände erscheint es angemessen für die Verlegung des Fahrwegrechts drei Viertel und für die Löschung der Dienstbarkeiten einen Viertel des Streitwerts einzusetzen. Zusammengefasst sind die Kosten für das Urteil auf CHF 20'000.– festzulegen. Diese sind der Klägerin im Umfang von einem Viertel (CHF 5'000.–) und der Beklagten im Umfang von drei Vierteln (CHF 15'000.–) aufzuerlegen.

### **E. 5.3**

Parteientschädigungen Die Höhe der Parteientschädigung wird nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) festgesetzt. Für die Durchführung der Vergleichsverhandlung und des zweiten Schriftenwechsels ist dabei ein Zuschlag zur ordentlichen Gebühr zu gewähren (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Entsprechend dem Obsiegen und Unterliegen im vorliegenden Verfahren (vgl. E. 5.2) ist der Klägerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie von § 11 AnwGebV eine reduzierte Parteientschädigung (50%) von CHF 11'500.– zuzusprechen.

- 41 - Das Handelsgericht erkennt:

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