

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB150049-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

Urteil vom 4. Juli 2016

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Dienstbarkeit**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 23. Juli 2015;
Proz. CG120012**

Rechtsbegehren:

(act. 2)

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, die auf der mit dem Fuss- und Fahrwegrecht SP Nr. ... belasteten Teilfläche ihres Grundstücks Kat.-Nr. 1 ausgeführte *Senke im Bereich der Westfassade Haus A* (örtliche Lage im Umgebungsplan BELAGE 8 blau schraffiert) rückgängig zu machen und innert nützlicher, richterlich anzusetzender Frist auf ein horizontal zwischen C._____ -strasse und dem Grundstück der Kläger Kat.-Nr. 2 verlaufendes Niveau zu versetzen, unter Androhung der Ersatzvornahme sowie Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen i.S.v. Art. 292 StGB, eventuell Bestrafung mit Ordnungsbusse.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Kosten des Schlichtungsverfahrens und Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 23. Juli 2015:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'200.– festgesetzt.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und soweit genügend aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.

Die Kosten des Friedensrichteramts in der Höhe von Fr. 525.– sind von der Klägerin zu tragen.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 9'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
- 5./6. (Mitteilungen und Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

der Klägerin (act. 68):

1. Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben.

2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, die auf der mit dem Fuss- und Fahrwegrecht SP NR. ... belasteten Teilfläche ihres Grundstücks Kat.-Nr. 1 ausgeführte *Senke im Bereich der Westfassade Haus A* (örtliche Lage im Umgebungsplan Beilage 8 blau schraffiert) rückgängig zu machen und innert nützlicher, richterlich anzusetzender Frist auf ein horizontal zwischen C._____-strasse und dem Grundstück der Kläger Kat.-Nr. 2 verlaufendes Niveau zu versetzen, unter Androhung der Ersatzvornahme sowie Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen i.S.v. Art. 292 StGB, eventuell Bestrafung mit Ordnungsbusse.
3. Eventuell sei die Sache zur Ergänzung und Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Es seien die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens (einschliesslich Kosten des Schlichtungsverfahrens) der Beklagten aufzuerlegen. Diese sei ferner zur Leistung einer Prozessentschädigung an die Klägerin (zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer) zu verpflichten.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten.

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) ist Mit- und Stockwerkeigentümerin des Grundstücks Kat.-Nr. 2, Grundregister Blatt 2, an der C._____-strasse ... in der Gemeinde D._____. Die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) ist Alleineigentümerin des angrenzenden Grundstücks Kat.-Nr. 1, Grundregister Blatt 1, an der C._____-strasse ... in der Gemeinde D._____.
2. Prozessgegenstand ist ein im Grundbuch eingetragenes, auf dem Grundstück der Beklagten lastendes Fuss- und Fahrwegrecht zugunsten des klägerischen Grundstücks. Das Grundstück der Klägerin wird von der C._____-strasse über dieses Fuss- und Fahrwegrecht erschlossen.

In den Jahren 2011 und 2012 realisierte die Beklagte auf ihrem Grundstück eine neue Überbauung. Im Zusammenhang damit kam es zu Terrainveränderungen, welche sich auf das Fuss- und Fahrwegrecht auswirkten: So besteht zwar nach

wie vor eine Durchfahrt von der E. _____-strasse am Haus der Beklagten vorbei zur Häuserzeile, in der sich das von der Klägerin bewohnte Haus befindet. Weil sich an jener Seite des Hauses der Beklagten neu die Einfahrt zu einer Tiefgarage befindet, führt sie jedoch durch eine Senke und weist zusätzlich ein seitliches Gefälle gegen das Haus der Beklagten auf.

3. Die Klägerin und vier weitere Mitglieder ihrer Stockwerkeigentümergeinschaft gelangten am 10. Dezember 2012 an das Bezirksgericht Hinwil mit dem Antrag, dieses Gefälle sei zu beseitigen und der Bereich des Fuss- und Fahrwegrechts sei wieder auf ein horizontales Niveau zu versetzen. Da die übrigen Kläger den Streitwert auf weniger als Fr. 30'000.– bezifferten, wurden ihre Klagen mit Verfügung vom 10. Juli 2013 dem Einzelgericht im vereinfachten Verfahren überwiesen und einstweilen sistiert.

Die Beklagte beantwortete die Klage am 26. September 2013. Die Hauptverhandlung fand am 28. Januar 2014 statt. Am 15. April 2015 führte die Vorinstanz einen Augenschein mit anschliessender Instruktionsverhandlung durch. Aussergerichtliche Vergleichsgespräche waren erfolglos. Die Parteien erstatteten die Schlussvorträge schriftlich am 22. Dezember 2014 und am 7. Januar 2015. Mit Urteil vom 23. Juli 2015 wies die Vorinstanz die Klage ab.

4. Der vorinstanzliche Entscheid ging der Klägerin am 30. Juli 2015 zu (act. 66 S. 2). Mit Eingabe vom 14. September 2015 (act. 68) erhob sie - unter Berücksichtigung der Gerichtsferien (Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO) - rechtzeitig Berufung. Der Vorschuss für die Kosten des Berufungsverfahrens wurde am 2. Oktober 2015 und damit innert der mit Verfügung vom 29. September 2015 (act. 71) gesetzten Frist geleistet (act. 73). Die Beklagte beantwortete die Berufung mit Eingabe vom 9. März 2016 (act. 77). Nach telefonischer Konsultation der Parteien wurde auf die Durchführung einer Vergleichsverhandlung verzichtet (act. 80). Das Verfahren ist spruchreif.

5. Anlässlich der heutigen Urteilsberatung beantragte ein Mitglied der Kammer die Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

II.

1. Für die Bestimmung des Inhalts einer Dienstbarkeit ist in erster Linie auf den Wortlaut des Grundbucheintrags abzustellen. Ergibt sich daraus kein genügender Hinweis, kann auf den Erwerbsgrund zurückgegriffen werden, und folgt auch daraus nichts Schlüssiges, auf die unangefochtene, gutgläubige Ausübung während längerer Zeit (Art. 738 ZGB). Stehen sich - wie hier - nicht die ursprünglichen Parteien des Dienstbarkeitsvertrags gegenüber, gehen der öffentliche Glaube des Grundbuchs und das Prinzip der natürlichen Publizität dem Erwerbsgrund vor (BGE 137 III 149 E. 3).

Laut Grundbuch ist das Grundstück der Beklagten mit einem Fuss- und Fahrwegrecht zugunsten des Grundstücks der Klägerin belastet. Die Wegrechtsfläche wurde auf einem Plan, auf den im Eintrag verwiesen wird, blau markiert, wobei es sich um die gesamte Breite zwischen dem Gebäude und der Grundstücksgrenze handelt (act. 3/1).

Bei der Umgestaltung des Grundstücks der Beklagten wurde eine Tiefgarage gebaut, was zum Wegfall der an das alte Wohngebäude angebauten Garage führte, welche das Wegrecht hausseitig begrenzte. Dadurch verbreiterte sich die unüberbaute Fläche zwischen Grundstücksgrenze und Gebäude. Da es nicht zum Abschluss eines von der Beklagten vorbereiteten neuen Dienstbarkeitsvertrags kam, welcher eine Anpassung an die neuen örtlichen Verhältnisse mit sich gebracht hätte (vgl. act. 37/7), änderte sich dadurch nichts an Lage und Breite der dienstbarkeitsbelasteten Weganlage, wie die Vorinstanz festhielt (act. 70 S. 15 E. 3.1).

Die zusätzliche freie Fläche erleichtert jedoch die Durchfahrt mit einem Fahrzeug, was einen Ausgleich dafür darstellt, dass entlang der Grundstücksgrenze eine Stützmauer mit einer Breite von 19 cm errichtet wurde. Die damit verbundene Schmälerung der Wegrechtsfläche wird von der Klägerin denn auch nicht beanstandet, sondern das Längs- und Quergefälle, das dadurch entstanden ist, dass das Wegrecht neu über die Einfahrt zur Tiefgarage verläuft, die sich auf jener Seite des Gebäudes befindet (vgl. act. 3/7).

Von einer horizontalen Ebene ohne sichtbare Niveauunterschiede (vgl. act. 3/5) sei die Weganlage in eine "Berg- und Talfahrt" verwandelt worden, die in ihrer umgestalteten Form weder für Fahrzeuge noch für Fussgänger gefahrlos und hindernisfrei zu befahren bzw. zu begehen sei. Alte, gebrechliche oder behinderte Personen könnten den Weg auch bei normalen Witterungsverhältnissen nicht mehr gefahrlos bewältigen. Insbesondere die Rollstuhlgängigkeit sei nicht mehr gegeben (act. 2 S. 5 ff.).

2. Mit der Berufung macht die Klägerin geltend, bei einer ungemessenen Dienstbarkeit seien Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit nicht absolut bemessen, sondern richteten sich nach den Bedürfnissen des berechtigten Grundstücks. Das Gebot der schonenden Ausübung bzw. der Duldung vernachlässigbarer Beeinträchtigungen gemäss Art. 737 Abs. 2 und 3 ZGB (das die Vorinstanz anrief; act. 70 S. 12 E. 2.1) bedeute keine inhaltliche und umfangmässige Beschränkung des Dienstbarkeitsrechts, sondern regle nur die Ausübung der Dienstbarkeit nach Massgabe ihres feststehenden Inhalts und Umfangs. Der Berechtigte habe eine Beschränkung seiner Dienstbarkeit nur hinzunehmen, solange dadurch die Ausübung der Dienstbarkeit nicht merklich beeinträchtigt werde. Nach dem Dafürhalten der Klägerin ist das hier aber der Fall (act. 68 S. 7 f. Ziff. 7 f.).

Eine ungemessene Dienstbarkeit charakterisiert sich dadurch, dass sie nicht dem Umfang, sondern nur dem Inhalt nach festgelegt ist. Ein typisches Beispiel ist das Wegrecht, bei dem in aller Regel nur der Verlauf feststeht, während die Inanspruchnahme je nach Intensität der Nutzung des berechtigten Grundstücks variiert, was vom Belasteten hinzunehmen ist (Liver, ZK, Art. 737 ZGB N 21 ff.). So führt der Umstand, dass der Ehemann der Klägerin auf ihrem Grundstück eine Arztpraxis betreibt, zu einer stärkeren Beanspruchung des Grundstücks der Beklagten. Die Vorinstanz und die Klägerin gehen vorliegend zurecht von einer ungemessenen Dienstbarkeit aus (act. 70 S. 14; act. 68 S. 7 Ziff. 7).

Da das Wegrecht der Klägerin eine ungemessene Dienstbarkeit ist, kann von vornherein keine Beschränkung seines Umfangs vorliegen. Der Weg über das Grundstück der Beklagten steht den Bewohnern und Besuchern des Grundstücks der Klägerin uneingeschränkt offen und kann jederzeit begangen oder befahren

werden. Was die Klägerin vorbringt, beschlägt nicht den Umfang, sondern die Ausübung des Wegrechts bzw. deren Behinderung.

3. Mit der Ausübung der Dienstbarkeit befassen sich Art. 737 Abs. 2 und 3 ZGB. Diese Normen verpflichten den Berechtigten zur schonenden Rechtsausübung und untersagen dem Belasteten alles, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert. Diese gegenseitigen Pflichten sind aufeinander bezogen, sie stehen in einem spiegelbildlichen Verhältnis zueinander (Petitpierre, BSK, Art. 737 ZGB N 9f; Liver, ZK, Art. 737 ZGB N 73).

Abweichend vom Wortlaut von Art. 737 Abs. 3 ZGB ist nach Lehre und Rechtsprechung nicht jegliche Beeinträchtigung der Ausübung der Dienstbarkeit verboten. Das wird aus dem Gebot der schonenden Rechtsausübung gemäss Art. 737 Abs. 2 ZGB abgeleitet (Liver, ZK, Art. 737 ZGB N 74; Leemann, BK, Art. 737 ZGB N 12). Das Gebot der schonenden Rechtsausübung beschlägt jedoch grundsätzlich nicht den Umfang, sondern nur die Ausübung des Rechts (BGE 113 II 151 E. 4). Von besonderer Bedeutung für die Ermittlung des hier massgebenden Inhaltes einer Servitut ist immer auch der Zweck, welcher eine Dienstbarkeit vernünftigerweise erfüllen sollte. Generell ist eine Dienstbarkeit als Eigentumsbeschränkung restriktiv, d.h. zugunsten des belasteten Eigentümers auszulegen, und auf dasjenige Mass zu beschränken, welches für die normale Ausübung notwendig ist (Petitpierre, BSK, Art. 738 ZGB N 11). Geringfügige Unbequemlichkeiten hat der Berechtigte sich deshalb gefallen zu lassen, eine erhebliche Erschwerung der Ausübung muss er hingegen nicht dulden.

4. Die Vorinstanz stützte sich im Wesentlichen auf Erkenntnisse, die sie bei einem Augenschein gewonnen hatte. Die bei dieser Gelegenheit durchgeführten Testfahrten mit einem Auto, das Durchschieben des Abfallcontainers sowie die Probefahrten mit einem zufälligerweise anwesenden Rollstuhlfahrer hätten einen klaren Eindruck darüber gegeben, wie sich das Gefälle auswirke, der wesentlich aussagekräftiger sei als absolute Zahlen, wie sie eine Expertise ergäbe. Da weder das Gesetz noch die Rechtsprechung Richtwerte lieferten, welches Gefälle maximal zulässig sei, sei die Feststellung des Gefälles mittels Expertise nicht zielführend. Die Vorinstanz verzichtete daher auf die Abnahme einer von der Klägerin

beantragten Expertise. Auf die anlässlich des Augenscheins vorgenommenen Messungen des Gefälles, welche die Klägerin wegen fehlender Sachkunde der Gerichtsdelegation als nicht beweistauglich erachtete, stellte sie nicht ab (act. 70 S. 15 f. E. 3.2).

Mit der Begründung, dass die nochmalige Abnahme eines Beweises dann zulässig sei, wenn ein Erkenntnisgewinn zu erwarten sei, regt die Beklagte in der Berufungsantwort die Durchführung eines Augenscheins im Berufungsverfahren an (act. 77 S. 8 Ziff. 19). Die Eindrücke, welche verschiedene Teilnehmer bei einem Augenschein desselben Objekts gewinnen, unterscheiden sich zwangsläufig als Folge ihrer unterschiedlichen subjektiven Wahrnehmung. Das ist es aber nicht, was die von der Beklagten angeführte Rechtsprechung unter neuen Erkenntnissen versteht. Zur Beurteilung der Erheblichkeit der mit dem heutigen Zustand verbundenen Einschränkung der Ausübung der Dienstbarkeit ist ein Augenschein zudem nur beschränkt geeignet, da der frühere Zustand der Dienstbarkeit, welcher die Grundlage der vorzunehmenden Interessenabwägung bildet (vgl. unten 10), sich so nicht erfahren lässt. Von der neuerlichen Durchführung eines Augenscheins im Berufungsverfahren ist daher abzusehen.

5. Anlässlich des Augenscheins führte die Vorinstanz verschiedene Messungen des Gefälles durch, die sie jeweils mit Hilfe von Fotografien verortete (vgl. Prot. VI S. 39 ff. m.H. auf act. 43/28 ff.). Die Klägerin wies zu Beginn des Augenscheins auf dieses Gerät hin (Prot. VI S. 36). Sie begründet nicht, weshalb es für die Aufnahme von Daten mit diesem Gerät einer besonderen Fachkunde bedarf, wie sie nachträglich geltend machte (act. 61 S. 2 Ziff. 3). An ihrem grundsätzlichen Einwand gegen die Messungen hält die Klägerin nicht mehr fest. Es ist nicht ersichtlich, was der Verwendung dieser Messwerte entgegen steht.

Die Klägerin rügt den Verzicht auf die Erhebung eines Beweises über das Gefälle. Sie macht geltend, die SIA Norm 500, welche die Vorinstanz zu Unrecht nicht beachtet habe, obwohl sie ein Bestandteil der kantonalen Ausführungsgesetzgebung sei, stelle durchaus gesetzliche Vorgaben und Normen über die zulässigen Gefälle von Zufahrten und Zugängen auf, und beantragt ein Gutachten durch Experten von Fachverbänden wie der Behindertenkonferenz des Kantons Zürich,

denen die massgeblichen Anforderungen an das hindernisfreie Bauen am besten bekannt seien (act. 68 S. 9 f.).

Auf die gemessenen Werte kann nach dem Gesagten abgestellt werden. Solange es nur darum geht, diese mit den Vorgaben der von der Klägerin angerufenen Normen zu vergleichen und deren Einhaltung zu kontrollieren, bedarf das Gericht keiner fachlichen Unterstützung, so dass sich die Einholung einer Expertise als unnötig erweist.

6. Die Klägerin beruft sich auf das Behindertengleichstellungsgesetz und die Norm 500 "Hindernisfreies Bauen" des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA) aus dem Jahr 2009 (act. 35 S. 6 Ziff. 13), die sie in Auszügen einreicht (act. 36/6). Da das kantonale Recht auf diese Norm verweist (Anhang Ziff. 2.5.1 i.V.m. § 34 Abs. 2 der Besonderen Bauverordnung I, LS 700.21), hat diese den Charakter einer Rechtsquelle und ist von Amtes wegen beizuziehen.

Wie aus einem von der Klägerin eingereichten Schreiben der Gemeinde hervorgeht, wurde das Bauprojekt der Beklagten bewilligt, ohne zu prüfen, ob das Behindertengleichstellungsgesetz eingehalten wird, da dieses nach Ansicht der Gemeinde nicht anwendbar ist (act. 3/12). Diese Auffassung ist hier nicht zu überprüfen. Da diese Bestimmungen auch nicht Bestandteil des Dienstbarkeitsvertrags sind, kommen sie zwischen den Parteien grundsätzlich nicht zur Anwendung.

Das bedeutet aber nicht, dass die Rollstuhlgängigkeit der heutigen Weganlage unerheblich ist, sofern sie vor dem Umbau gegeben war, was hier der Fall war, wie aus den eingereichten Dokumenten hervorgeht und von keiner Seite in Abrede gestellt wird. Auch wenn diese Normen nicht unmittelbar anwendbar sind, lässt ihre Einhaltung bzw. lassen grössere Abweichungen von ihr Rückschlüsse auf die (fehlende) Behindertengerechtigkeit einer Baute zu.

7. Eine Weganlage hat einen dreidimensionalen, räumlichen Charakter. Die zweidimensionale Darstellung im Grundbuchplan wird diesem Aspekt nicht oder nur ungenügend gerecht. Hier ist das besonders deutlich, denn die zu beurteilenden Veränderungen der Weganlage betreffen im wesentlichen die dritte Dimen-

sion. Während auf einer Darstellung aus der Vogelschau die Weganlage im wesentlichen unverändert erscheint, macht der Einbezug der dritten Dimension die Veränderungen augenscheinlich: die Weganlage verläuft nicht mehr auf einer mehr oder weniger geraden Ebene über das belastete Grundstück, sondern sie führt durch eine Senke und weist zudem ein seitliches Gefälle auf.

In der Klageschrift behauptet die Klägerin, die Zufahrt weise ein Längsgefälle zwischen 15 und 18 % auf und das Quergefälle betrage rund 6 % (act. 2 S. 6 Ziff. 7). Für das Quergefälle lässt sich dieser Nachweis mit den Messungen der Vorinstanz erbringen, für das Längsgefälle hingegen nicht (vgl. Prot. VI S. 39 ff. m.H. auf act. 43/28 ff.).

Für die Dienstbarkeitsfläche (act. 43/28-43) ergibt sich ein Höchstwert des Längsgefälles von 11.9 %, was laut der SIA Norm 500, auf welche die Klägerin verweist, "bedingt zulässig" ist. Dieser Begriff bezeichnet nach diesem Regelwerk eine Ersatz- oder Behelfsanforderung, die nur im begründeten Einzelfall an Stelle der Regelvorgabe treten darf, wobei die Begründung nachweisen muss, dass bestehende Gegebenheiten die Erfüllung der Regelvorgabe verunmöglichen oder einen unverhältnismässigen Aufwand erfordern, was insbesondere durch bestehende Bausubstanz oder Topografie gegeben sein kann.

Hauptproblem mit Blick auf die Rollstuhlgängigkeit ist das Quergefälle von bis zu 8,2 % (Prot. VI S. 39 i.V.m. act. 43/53), was mehr als das vierfache der entsprechenden Empfehlung ist, auf welche die Klägerin verweist (act. 68 S. 10). Diese Messung wurde ungefähr in der Mitte zwischen Grundstücksgrenze und grundstückseitiger Begrenzung der Dienstbarkeitsfläche gemacht (vgl. act. 43/52-56). Übersichtsaufnahmen zeigen (vgl. etwa act. 43/3), dass sich das Quergefälle grundsätzlich bis zur Grundstücksgrenze fortsetzt, so dass die Klägerin diesem nicht ausweichen kann, indem sie den Streifen neben der grenzseitigen Mauer benutzt, wie die Beklagten empfiehlt (act. 62 S. 3 Ziff. 3). Hinzu kommt, dass das Quergefälle dazu verleitet, von einer solchen Ideallinie abzukommen in Richtung Garage, wo das Gefälle tendenziell noch zunimmt.

Zur Illustration ist auf die Bemerkung der Begleitperson des beim Augenschein zufällig anwesenden Rollstuhlfahrers zu verweisen, Quergefälle sei immer ein Problem, da man nie wisse, ob die Stabilität gewährleistet sei (Prot. VI S. 40). Wie die Klägerin zurecht anmerkt, ist Rollstuhlgängigkeit grundsätzlich nur bei selbständiger Benützung gegeben (act. 68 S. 12). Dieser Befund lässt sich daher nicht mit den Ergebnissen der Testfahrten eines Rollstuhls mit Begleitperson entkräften (act. 70 S. 20 E. 4.2.3 m.H. auf Prot. VI S. 39 f. und act. 43/60-69).

Die Kombination mit dem - für sich allein genommen laut Norm bedingt zulässigen - Längsgefälle akzentuiert diese Problematik. Bei einer so deutlichen Abweichung von den einschlägigen Normen ist die Rollstuhlgängigkeit nicht mehr gegeben. Es ist zu prüfen, ob das eine erhebliche Einschränkung der Ausübung der Dienstbarkeit i.S. der Rechtsprechung zu Art. 737 Abs. 3 ZGB darstellt.

8. Die Klägerin thematisiert die von ihr behauptete fehlende Rollstuhlgängigkeit hauptsächlich im Zusammenhang mit dem Umstand, dass die Klägerin in ihrer Stockwerkseinheit zusammen mit ihrem Ehemann eine Arztpraxis betreibe, die regelmässig von behinderten und betagten Patienten aufgesucht werde, die auf einen behindertengerechten, insbesondere rollstuhlgängigen Zugang angewiesen seien und neu mit dem Auto zur Praxis fahren oder gefahren werden müssten (act. 2 S. 8 Ziff. 14; Prot. VI S. 32).

Die Beklagte macht es sich zu einfach, wenn sie der Klägerin vorhält, ihr Ehemann müsse selbst entscheiden, ob dies der richtige Ort für seine Praxis sei, wenn die Zufahrt nicht rollstuhlgängig sei bzw. die entsprechenden Vorgaben nicht einhalte (Prot. VI S. 18). Vor dem Umbau war die Rollstuhlgängigkeit gegeben. Ausser dieser Klage hatte die Klägerin keine Möglichkeit, auf die Umgestaltung der Zufahrt Einfluss zu nehmen. Der Vorwurf, ihr Ehemann versuche, seine Verantwortung auf die Beklagte abzuwälzen (Prot. VI S. 18) geht daher fehl.

Wenn Dritte, die als Patienten gelegentlich die klägerische Arztpraxis besuchen (obwohl alte, kranke und gebrechliche Personen, die auf einen Rollstuhl angewiesen sind, möglicherweise öfter als beliebige Dritte einen Arzt aufsuchen), von der fehlenden Rollstuhlgängigkeit betroffen sind, erscheint das zwar mit Blick auf die

Interessen der Klägerin noch nicht als erhebliche Einschränkung. Wie aus den Ausführungen der Klägerin hervorgeht, beschränkt sich diese Problematik aber nicht auf die Patienten des Ehemannes der Klägerin, sondern kann in näherer oder fernerer Zukunft auch sie selbst, ihre Angehörigen oder ihre Rechtsnachfolger betreffen, falls sie im Alter oder infolge eines Unfalls oder einer Krankheit auf eine Gehilfe oder einen Rollstuhl angewiesen sind (Prot. VI S. 26).

Bewohner, welche den Zugang möglicherweise mehrmals täglich benutzen, können nicht dauernd auf eine Fahrgelegenheit verwiesen werden. Die Rollstuhlgängigkeit des Zugangs entscheidet in solchen Fällen mit über den Zeitpunkt des Übertritts in ein Heim. Die Bedeutung dieses Faktors ist bei selbstbewohntem Wohneigentum nicht zu unterschätzen. Die Erheblichkeit einer solchen Einschränkung ist grundsätzlich zu bejahen.

9. Die Beklagte hält dem entgegen, bei einer gesamthaften Beurteilung sei nicht von einer Beeinträchtigung, sondern vielmehr von einer Verbesserung der Situation der Dienstbarkeitsberechtigten auszugehen, weil nämlich durch die Verbreiterung der Zufahrt die Übersichtlichkeit für Fussgänger, spielende Kinder und kreuzende Autos deutlich verbessert worden sei, was für die Klägerin, sämtliche Dienstbarkeitsberechtigte, andere Anwohner und Besucher ein Gewinn sei (act. 77 S. 3 Ziff. 5 und S. 7 Ziff. 16; act. 62 S. 2; act. 31 Ziff. 5; Prot. VI S. 18).

Diese Auffassung geht fehl. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks kann die Dienstbarkeit nur dann einseitig abändern, wenn sich diese Änderung ausschliesslich zugunsten des Dienstbarkeitsberechtigten auswirkt. Die Auffassung, dass es nur darauf ankommt, dass sich die Veränderungen in ihrer Summe nicht zu Ungunsten des Berechtigten auswirken, verletzt den vertraglichen Charakter einer Dienstbarkeit, der für solche Änderungen einen Konsens der Parteien erfordert, der hier fehlt, wie der Umstand zeigt, dass eine entsprechende Vertragsofferte von der Klägerin und den übrigen Stockwerkeigentümern nicht angenommen wurde (vgl. Prot. VI S. 31 m.H. auf act. 37/5-7 und Prot. VI S. 33).

Es hilft der Beklagten daher nichts, Vor- und Nachteile der Umgestaltung der Zufahrt aus Sicht der Klägerin einander gegenüberzustellen, solange die Klägerin

nicht mit dem ganzen Paket der Änderungen einverstanden ist, einschliesslich der für sie nachteiligen Änderungen, und letztere für sich allein betrachtet eine erhebliche Beeinträchtigung der Ausübung der Dienstbarkeit i.S. der Rechtsprechung zu Art. 737 Abs. 3 ZGB darstellen.

Wie die Vorinstanz richtig erkannte, muss sich die Klägerin auch nicht entgegenhalten lassen, ihre dienstbarkeitsrechtlichen Abwehrrechte seien untergegangen, weil sie sich nicht am Baubewilligungsverfahren beteiligt hatte (act. 70 S. 11 E. 1.1). Die Klägerin intervenierte noch im Verlauf der Bauarbeiten bei der Beklagten und bei der Gemeinde, welche sie jedoch wissen liess, das Projekt der Beklagten halte sämtliche baurechtlichen Vorschriften ein (act. 3/10-12). Unter diesen Umständen durfte die Beklagte nicht davon ausgehen, die Klägerin würde eine allfällige Dienstbarkeitsverletzung dulden.

10. Die Beklagte macht geltend, mit der heutigen Zufahrt zur Unterniveaugarage seien die bautechnischen Möglichkeiten nach Auskunft der beteiligten Fachpersonen vollumfänglich ausgeschöpft. Der Einbau eines Autolifts sei aus Praktikabilitäts- und Kostengründen nie in Erwägung gezogen worden, weil man gesehen habe, dass das Projekt in der verwirklichten Weise umsetzbar war, ohne das Wegrecht zu tangieren. Sie fragt rhetorisch, weshalb sie die teurere Variante wählen sollte, wenn es billiger gehe, und verweist (allerdings in einem anderen Zusammenhang) auf die wirtschaftlichen Folgen des mit der Klage geforderten Rückbaus. Sie meint, die verlangte Rücksetzung der fraglichen Teilfläche auf ein horizontales Niveau sei angesichts der heutigen guten Lösung als unverhältnismässig einzustufen (act. 62 S. 5 Ziff. 4; act. 31 Ziff. 16; Prot. VI S. 16 und S. 20).

Ausgangspunkt der Interessenabwägung ist nicht die Situation nach dem Umbau, sondern der *status quo ante*. Das heisst, dem Interesse der Klägerin an der Beibehaltung des bisherigen Zustandes ist das Interesse der Beklagten an einer Veränderung jener Situation gegenüber zu stellen. Auf das Interesse der Beklagten am Bestand der neuen Zufahrt, kommt es entgegen der Vorinstanz nicht an, wie die Klägerin zurecht einwendet (act. 68 S. 19 Ziff. 2 m.H. auf act. 70 S. 22 E. 4.3). Die Beklagte kann daher der Klägerin nicht unter dem Titel der schonen-

den Rechtsausübung entgegenhalten, ihre Forderung auf Rückbau der Weganlage in den ursprünglichen Zustand gehe zu weit (act. 77 S. 6 Ziff. 13).

Die Beklagte erwähnt eine öffentlich-rechtliche Auflage, die Zufahrt auf mindestens 3,5 m zu verbreitern, sobald die alte Garage am früheren Gebäude umgebaut oder abgebrochen würde (act. 32/2 S. 2 Ziff. IV.2), und meint, diesbezüglich sei sie folglich nicht frei gewesen, "wollte sie doch die Neuüberbauung realisieren" (act. 77 S. 4 Ziff. 6). Der heutige Zustand sei aus bautechnischer Sicht das Optimum, das sich im Hinblick auf das Gefälle herausholen liess (act. 31 Ziff. 16). Das ist jedoch irrelevant, da die Beklagte damit Alternativen ausblendet, welche die Dienstbarkeit nicht oder weniger stark beeinträchtigt hätten.

Die Klägerin kann der Beklagten gestützt auf die Dienstbarkeit nicht verbieten, auf ihrem Grundstück zu bauen. Dass bereits eine Überbauung existierte, relativiert dieses Interesse jedoch. Dass die bisherige Überbauung nicht bloss umgebaut und sanft erweitert werden konnte, sondern abgerissen und einem Neubau weichen musste, wäre von der Beklagten zu begründen gewesen. Angesichts der Grösse des beklagten Grundstücks (vgl. act. 3/8) ist zudem nicht ersichtlich, weshalb nicht möglich war, eine technisch realisierbare und wirtschaftlich sinnvolle und damit zumutbare Neuüberbauung zu realisieren, welche die Ausübung der Dienstbarkeit weniger stark oder gar nicht beeinträchtigt hätte. Das wird von der Beklagten auf eine entsprechende Vorhaltung der Klägerin auch nicht in Abrede gestellt (act. 35 S. 12 Ziff. 31; Prot. VI S. 20). Ansonsten hätte die Möglichkeit einer teilweisen oder vollständigen Ablösung der Dienstbarkeit durch das Gericht bestanden, allenfalls gegen Entgelt, was allerdings von der Beklagten zu veranlassen gewesen wäre (Art. 736 ZGB).

Der Einbezug der Interessen der Beklagten ändert daher nichts an der oben festgestellten Erheblichkeit der Einschränkung der Ausübung des Wegrechts, die für die Klägerin mit der neuen Gestaltung des Grundstücks der Beklagten verbunden ist. Das führt zu Gutheissung der Klage.

11. Der Rückbau bzw. der nachträgliche Einbau eines Autolifts ist kostspielig, wie die Beschwerdeführerin antizipierte (act. 62 S. 5). Der vorliegende Entscheid

trifft sie daher hart. Diese Folgen können jedoch keinen Einfluss auf die Entscheidung haben, da die Interessenabwägung auf der Basis des früheren Zustandes erfolgt (vgl. oben 10). Die Beklagte war zwar nicht verpflichtet, die Klägerin über die geplante Veränderung der Weganlage zu informieren (act. 70 S. 22 E. 4.3), doch sie durfte nicht darauf vertrauen, dass die Klägerin eine allfällige Verletzung der Dienstbarkeit hinnehmen würde (vgl. oben 9 a.E.), und hat nun insbesondere die mit einem nachträglichen Rückbau verbundenen Mehrkosten zu tragen.

12. Der von der Beklagten geschaffene Zustand stellt eine erhebliche Beeinträchtigung der Ausübung des Fuss- und Fahrwegrechts dar, das zugunsten des Grundstücks der Klägerin auf ihrem Grundstück lastet. Die Beklagte ist demnach gemäss dem Antrag der Klägerin zu verpflichten, den horizontalen Verlauf der Fuss- und Fahrwegfläche wieder herzustellen.

Als Vollstreckungsmassnahmen beantragt die Klägerin die Androhung der Ersatzvornahme sowie der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen i.S. von Art. 292 StGB. Da die Ersatzvornahme grundsätzlich subsidiär ist gegenüber den Vollstreckungsmassnahmen, die einen indirekten Zwang ausüben (KUKO ZPO-Kofmel Ehrenzeller, Art. 343 N 13), ist von einer solchen Anordnung abzusehen und lediglich die Bestrafung im Unterlassungsfall anzudrohen.

Die Beklagte hat die Umsetzung dieser Arbeiten nach Eintritt der Rechtskraft dieser Entscheidung umgehend in Angriff zu nehmen. Da sich die Dauer dieser Arbeiten nicht oder nur schwer abschätzen lässt, insbesondere weil eine Bewilligungspflicht nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. § 309 PBG), ist von der Ansetzung einer Frist für ihre Vollendung abzusehen.

III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte für die Verfahren beider Instanzen kosten- und entschädigungspflichtig.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen und das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 23. Juli 2015 wird aufgehoben.
Die Beklagte wird unter der Androhung der Bestrafung mit Busse gemäss Art. 292 StGB im Unterlassungsfall verpflichtet, die auf der mit dem Fuss- und Fahrwegrecht SP Nr. ... belasteten Teilfläche ihres Grundstücks Kat.-Nr. 1 ausgeführte Senke im Bereich der Westfassade rückgängig zu machen und auf ein horizontal zwischen C._____-strasse und dem Grundstück der Klägerin Kat.-Nr. 2 verlaufendes Niveau zu versetzen.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'200.– festgesetzt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'200.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten beider Instanzen werden der Beklagten auferlegt. Die Gerichtskosten werden soweit genügend aus den von der Klägerin geleisteten Kostenvorschüssen (Fr. 5'400.– und Fr. 5'200.–) bezogen. Der Klägerin wird in diesem Umfang der Rückgriff auf die Beklagte eingeräumt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die Kosten des Friedensrichteramtes von Fr. 525.– zu ersetzen und für die Verfahren beider Instanzen eine Parteientschädigung von Fr. 15'000.– (MwSt. inkl.) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Bezirksgericht Hinwil und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mindestens Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. T. Engler

versandt am: