

**Bundesgericht**

**Tribunal fédéral**

**Tribunale federale**

**Tribunal federal**



{T 0/2}

5A\_158/2016

## **Urteil vom 1. November 2016**

### **II. zivilrechtliche Abteilung**

\_\_\_\_\_  
Besetzung

Bundesrichter von Werdt, Präsident,  
Bundesrichter Herrmann, Schöbi,  
Gerichtsschreiber von Roten.

\_\_\_\_\_  
Verfahrensbeteiligte

**A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Armin Linder,  
Beschwerdeführerin,

**gegen**

**B.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Michael Werner,  
Beschwerdegegner.

\_\_\_\_\_  
Gegenstand

Fahrwegrecht,

Beschwerde gegen den Entscheid des  
Obergerichts Appenzell Ausserrhoden,  
1. Abteilung, vom 22. September 2015.

## **Sachverhalt:**

### **A.**

**A.a** Im Grundbuch der Gemeinde U.\_\_\_\_\_ ist zugunsten des Grundstücks Nr. www eine Dienstbarkeit mit dem Stichwort "Fahrrecht für Haus- und Gutsgebrauch zL Nr. xxx" eingetragen. Die Dienstbarkeit wurde am 20. Oktober 1898 begründet. Gemäss Servitutenprotokoll haben die Liegenschaften Nrn. yyy, zzz und www ein Fahrrecht für den Haus- und Gutsgebrauch, das sich auf den Fahrweg der Süd- und Nordseite des Hauses auf dem Grundstück Nr. xxx erstreckt.

**A.b** Von der örtlichen Lage her führt ab der öffentlichen C.\_\_\_\_\_strasse ein Fahrweg in östlicher Richtung zum Grundstück Nr. xxx, der sich kurz vor dessen Westgrenze gabelt und das Grundstück Nr. xxx je nördlich und südlich des darauf erbauten Hauses durchquert. Der südseitige Fahrweg endet an der Grenze zum Grundstück Nr. www. Der nordseitige Fahrweg führt an die Grenze des Grundstücks Nr. yyy und von dort über das Grundstück Nr. yyy weiter zum Grundstück Nr. zzz. Ein unmittelbarer Anschluss des Grundstücks Nr. www an den nordseitigen Fahrweg besteht nicht. Um ihn zu erreichen, muss ab dem Grundstück Nr. www hangaufwärts über das Grundstück Nr. xxx und/oder über die Grundstücke Nrn. yyy und zzz gefahren werden. Ein entsprechendes Fahrrecht ist im Grundbuch nicht eingetragen.

**A.c** A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin) ist Eigentümerin des fahrwegberechtigten Grundstücks Nr. www. Das fahrwegbelastete Grundstück Nr. xxx steht im Eigentum von B.\_\_\_\_\_ (Beschwerdegegner). Die beiden weiteren fahrwegberechtigten Grundstücke Nrn. yyy und zzz gehören D.\_\_\_\_\_. Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit "Fahrrecht für Haus- und Gutsgebrauch" ist unter den Eigentümern der Grundstücke umstritten.

### **B.**

Am 27. September 2012 klagte die Beschwerdeführerin gegen den Beschwerdegegner mit dem Hauptbegehren, die Zufahrt über die beiden, nord- und südseitigen Fahrwege auf dem Grundstück Nr. xxx seien jederzeit zu gestatten. Widerklageweise beantragte der Beschwerdegegner im Wesentlichen, die Grunddienstbarkeit "Fahrrecht" sei auf der Südseite zu löschen und auf der Nordseite, eventuell zusätzlich entlang der Ostgrenze seines Grundstücks als Notfahrrecht einzutragen. Beide Parteien schlossen wechselseitig auf Abweisung. Das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden hiess die Klage gut und wies die

Widerklage ab. Es anerkannte, dass auf der Nord- und auf der Südseite des beschwerdegegnerischen Grundstücks ein unbeschränktes Fahrwegrecht für Wohn- und Bewirtschaftungszwecke zugunsten des Grundstücks der Beschwerdeführerin besteht, und verpflichtete den Beschwerdegegner, die Fahrwege von Hindernissen freizuhalten (Dispositiv-Ziff. 1 und 2). Es auferlegte die Gerichtskosten von Fr. 9'200.-- dem Beschwerdegegner unter Verrechnung mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- und verpflichtete den Beschwerdegegner, der Beschwerdeführerin den Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- zu ersetzen (Dispositiv-Ziff. 3). Weiter wurde der Beschwerdegegner zur Bezahlung einer Parteientschädigung von Fr. 17'774.-- an die Beschwerdeführerin verurteilt (Dispositiv-Ziff. 4 des Urteils vom 2. Juni 2014).

### **C.**

Der Beschwerdegegner legte Berufung ein, die das Obergericht Appenzell Ausserrhoden teilweise guthiess. Es hielt fest, dass die Beschwerdeführerin für Wohn- und landwirtschaftliche Zwecke über ein unbeschränktes Fahrrecht auf der Südseite der Liegenschaft auf Grundstück Nr. xxx verfüge und der Beschwerdegegner ihr dieses Recht zu gewährleisten habe. Das Obergericht wies die Klage "Im Übrigen", d.h. soweit sie das Fahrrecht auf der Nordseite betraf, wie auch die Widerklage ab (Dispositiv-Ziff. 1 und 2). Die Gerichts- und Parteikosten beider Instanzen wurden der Beschwerdeführerin zu einem Viertel und dem Beschwerdegegner zu drei Vierteln auferlegt (Dispositiv-Ziff. 3-5 des Entscheids vom 22. September 2015).

### **D.**

Mit Eingabe vom 26. Februar 2016 beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht im Wesentlichen, ihre Klage auch mit Bezug auf das nordseitige Fahrrecht gutzuheissen und dem Beschwerdegegner sämtliche Gerichts- und Parteikosten aufzuerlegen, eventuell die Sache zur Kostenverlegung und zur Bemessung der Parteikosten an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es sind die kantonalen Akten, hingegen keine Vernehmlassungen eingeholt worden.

### **E.**

Das Gesuch des Beschwerdegegners, das Protokoll des Augenscheins zu berichtigen, wies das Obergericht ab (Beschluss vom 1. März 2016, mitgeteilt am 15. Juli 2016). Eine Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen den kantonsgerichtlichen Kostenentscheid ist vor Obergericht offenbar noch hängig.

## **Erwägungen:**

### **1.**

Die vorliegende Wegrechtsstreitigkeit betrifft eine Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 BGG) in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert sich gemäss den obergerichtlichen Annahmen (E. 1.2.2 S. 9) auf Fr. 100'000.-- beläuft und damit den gesetzlichen Mindestbetrag übersteigt (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG; BGE 136 III 60 E. 1 S. 62 f.). Geurteilt hat das Obergericht als letzte kantonale Instanz und oberes Gericht (Art. 75 BGG) entgegen den Anträgen der Beschwerdeführerin (Art. 76 Abs. 1 BGG) durch Entscheid, der das Verfahren abschliesst (Art. 90 BGG). Die im weiteren fristgerecht (Art. 100 Abs. 1 BGG) erhobene Beschwerde erweist sich als zulässig.

### **2.**

In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass die Beschwerdeführerin ab ihrem Grundstück über keine rechtlich gesicherte Verbindung zum Fahrweg auf der Nordseite des Hauses auf dem Grundstück des Beschwerdegegners verfügt. Aus diesem Grund hat das Obergericht die Klage abgewiesen (Dispositiv-Ziff. 1 Abs. 2) und ausgeführt, die Klage müsse bezüglich des nordseitigen Fahrwegs abgewiesen bzw. darauf könne nicht eingetreten werden (E. 2.2 S. 15 des angefochtenen Entscheids). Die Beschwerdeführerin anerkennt, dass eine rechtlich gesicherte Verbindung zum Fahrweg auf der Nordseite fehlt, beanstandet die daraus gezogene Folgerung hingegen als bundesrechtswidrig (S. 9 ff. der Beschwerdeschrift).

**2.1** Die Ausgangslage ist nicht derart aussergewöhnlich, wie die Beschwerdeführerin meint.

**2.1.1** Wenn das Wegrecht für eine Liegenschaft über verschiedene hintereinander gelegene Grundstücke führt, auf dem einen oder anderen dieser Grundstücke aber nicht im Grundbuch eingetragen ist, dann ist das Wegrecht untergegangen. Die Unmöglichkeit, die Dienstbarkeit auszuüben, führt zum Verlust des Interesses für das berechnigte Grundstück (Art. 736 Abs. 1 ZGB; BGE 121 III 52 E. 3 S. 54 ff.; 133 III 641 E. 3.1.1 S. 643).

**2.1.2** Vorliegend steht verbindlich fest, dass die Beschwerdeführerin das Grundstück Nr. xxx oder die Grundstücke Nrn. yyy und zzz benutzen muss, um von ihrem Grundstück Nr. www den nördlichen Fahrweg auf dem Grundstück Nr. xxx zu erreichen. Eine Berechnigung,

über diese Grundstücke zu fahren, steht der Beschwerdeführerin nicht zu (Bst. A.b oben). Zufolge Unmöglichkeit der Ausübung ist das Wegrecht zulasten des Grundstücks Nr. xxx auf der Nordseite somit untergegangen. Der Beschwerdegegner konnte deshalb auch nicht zur Gewährleistung des Wegrechts auf der Nordseite verpflichtet werden. Die Klage der Beschwerdeführerin (sog. *actio confessoria*; BGE 95 II 14 E. 3 S. 19) war diesbezüglich abzuweisen.

**2.1.3** Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass das Dispositiv des angefochtenen Entscheids auf Abweisung der Klage laute, in den Erwägungen nebst der Abweisung auch von Nichteintreten die Rede sei (S. 10 f. Ziff. 3 der Beschwerdeschrift). Nach dem Gesagten (E. 2.1.2) ist die Abweisung zu Recht erfolgt. Dass das Obergericht vor dem rechtlichen Hintergrund (E. 2.1.1) auch einen Wegfall des Interesses erörtert und ein Nichteintreten auf die Klage erwogen hat, trifft zu, schadet aber nicht. Blosser Erwägungen bedeuten keine Beschwerde (BGE 103 II 155 E. 3 S. 159 f.; 130 III 321 E. 6 S. 328).

**2.2** Die Beschwerdeführerin mutet seltsam und widersprüchlich an, dass das Wegrecht, das nicht durchsetzbar sein soll, gleichwohl im Grundbuch eingetragen bleibt und nicht gelöscht wird.

**2.2.1** Im Falle der Unmöglichkeit, die Dienstbarkeit auszuüben, ist das Interesse für das berechnete Grundstück weggefallen, wenn ausgeschlossen werden kann, dass es durch Veränderung der Gegebenheiten wieder aufleben könnte. Ist ein Wiederaufleben des Interesses in naher Zukunft wahrscheinlich, kann die Löschung verweigert werden. Ein rein theoretisches, künftiges Interesse genügt freilich nicht (BGE 130 III 393 E. 5.1 S. 393 f.).

**2.2.2** Es bedeutet somit keinen Widerspruch, dass das Obergericht ein Interesse der Beschwerdeführerin am Fahrweg auf der Nordseite zur Zeit verneint hat, da sie darüber nicht zu ihrem Grundstück gelangen könne (E. 2.2 S. 14 des angefochtenen Entscheids), gleichzeitig aber die Löschung des Wegrechts im Grundbuch nicht angeordnet hat. Die Beschwerdeführerin macht vor Bundesgericht denn auch ein künftiges Interesse geltend, indem sie einen Notwegrechtsanspruch gegen den Eigentümer der Grundstücke Nrn. yyy und zzz behauptet, um eine rechtlich gesicherte Verbindung von ihrem Grundstück zum nordseitigen Fahrweg zu erlangen (S. 9 f. Ziff. 1 und S. 11 f. Ziff. 4 der Beschwerdeschrift).

**2.2.3** Ob der behauptete Notwegrechtsanspruch mehr als ein bloss theoretisches Interesse begründet und die Aufrechterhaltung des nordseitigen Wegrechts zu rechtfertigen vermag, kann dahingestellt bleiben, zumal die Löschung des nordseitigen Wegrechts gerichtlich nicht angeordnet wurde und der Beschwerdegegner als Belasteter die Löschung nicht verlangt (Art. 736 Abs. 1 ZGB) bzw. deren Verweigerung vor Bundesgericht nicht angefochten hat. Inwiefern die unterbliebene Löschung des Wegrechts die Beschwerdeführerin als Eigentümerin des wegrechtsberechtigten Grundstücks in ihren schutzwürdigen Interessen treffen könnte, ist weder ersichtlich noch dargetan (Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG; BGE 135 III 46 E. 4 S. 47).

**2.3** Eine Bundesrechtsverletzung erblickt die Beschwerdeführerin schliesslich auch darin, dass das Obergericht ihr Interesse, auf dem Fahrweg auf der Nordseite ein Fahrzeug abzustellen, nicht als ausreichend anerkannt habe (S. 10 Ziff. 2 der Beschwerdeschrift). Gemäss dem unangefochten gebliebenen Auslegungsergebnis dient das nordseitige Wegrecht dazu, über das belastete Grundstück Nr. xxx zum berechtigten Grundstück Nr. www zu fahren, um dort zu wohnen und zu wirtschaften. Da indessen eine rechtlich gesicherte Verbindung zwischen dem berechtigten Grundstück Nr. www und dem Nordweg auf dem belasteten Grundstück Nr. xxx fehlt, ist das Wegrecht untergegangen (E. 2.1) oder jedenfalls zur Zeit nicht ausübbar (E. 2.2). Die Frage, ob das Fahrwegrecht auch ein kurzzeitiges Anhalten auf dem belasteten Grundstück Nr. xxx umfasste, stellt sich damit nicht. Da das nordseitige Fahrwegrecht seinen Erschliessungszweck, zu dem es begründet wurde, nicht zu erfüllen vermag und deshalb vom Beschwerdegegner nicht zu gewährleisten ist, besteht auch kein Recht der Beschwerdeführerin auf der nordseitigen Wegrechtsfläche ein Fahrzeug abzustellen. Diese Nutzung der Wegrechtsfläche ausschliesslich als Wende- oder Umschlagplatz erwiese sich als zweckwidrig und unzulässig (vgl. Urteil 5C.199/2002 vom 17. Dezember 2002 E. 3.2, in: ZBGR 84/2003 S. 308 f.). Der obergerichtliche Entscheid ist auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden.

### **3.**

Die Beschwerdeführerin räumt ein, dass sie von ihrem Grundstück aus über keine rechtlich gesicherte Verbindung zum nordseitigen Fahrweg auf dem Grundstück des Beschwerdegegners verfügt. Sie macht vor Bundesgericht neu geltend, dass ihr der Eigentümer der Grundstücke Nrn. yyy und zzz, D.\_\_\_\_\_, auf Zusehen hin und damit prekaristisch die Durchfahrt auf dem bestehenden Privatsträsschen gestatte, so dass eine ausreichende Verbindung zwischen den Grundstücken

Nrn. www und xxx über die Grundstücke Nrn. yyy und zzz eben doch gewährleistet sei (S. 6 ff. der Beschwerdeschrift).

**3.1** Gemäss Art. 99 Abs. 1 BGG dürfen neue Tatsachen und Beweismittel nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt. Dass das Obergericht mit seinem Entscheid die Beschwerdeführerin zu ihren neuen Vorbringen berechtigen könnte, kann nicht ernsthaft vertreten werden. Wie sie selber hervorhebt, haben die vom Beschwerdegegner verlangten Einschränkungen sie veranlasst, auch das nordseitige Fahrwegrecht vollumfänglich einzuklagen. Mit Rücksicht auf die amtlich veröffentlichte Rechtsprechung (E. 2.1.1) und die auch in der Lehre anerkannten Grundsätze (LIVER, Zürcher Kommentar, 1980, N. 17, PETITPIERRE, Basler Kommentar, 2015, N. 16, und ARGUL, Commentaire romand, 2016, N. 6 bei und in Anm. 14, je zu Art. 736 ZGB) hätte die Beschwerdeführerin Grund und Gelegenheit genug gehabt, sich bereits im erstinstanzlichen Verfahren über die fehlende rechtlich gesicherte Verbindung zwischen ihrem Grundstück Nr. www und dem Nordweg auf dem Grundstück Nr. xxx Rechenschaft zu geben und entsprechende Tatsachen zu behaupten und zu belegen. Dazu ist es vor Bundesgericht zu spät (vgl. BGE 136 III 123 E. 4.4.3 S. 129).

**3.2** In tatsächlicher Hinsicht trifft es zu, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin am Augenschein vor Obergericht behauptet hat, D.\_\_\_\_\_ würde der Beschwerdeführerin auf Zusehen hin das Wenden erlauben (S. 4). Eine Stellungnahme von D.\_\_\_\_\_ dazu ist nicht protokolliert, zumal der Verfahrensleiter D.\_\_\_\_\_ zu Beginn des Augenscheins verboten hat, sich zur Sache zu äussern (S. 2 des Protokolls, B 15). Aktenkundig ist hingegen, dass D.\_\_\_\_\_ die angeblich auf Zusehen gestattete Zufahrt wegen der fehlenden Winter-tauglichkeit als Lösung nicht unterstützen wollte (Schreiben des Kantonsgerichts an die Parteien vom 4. September 2013 mit Beilage, act. 31/1-3). Aber selbst wenn die Behauptung der Beschwerdeführerin zuträfe, ist darauf hinzuweisen, dass eine bloss prekaristische, d.h. auf Zusehen hin erfolgte, jederzeit und entschädigungslos widerrufliche Gestattung der Zufahrt, nicht als rechtlich gesicherte Verbindung zwischen den Grundstücken Nrn. www und xxx auf der Nordseite gelten könnte (BGE 136 III 130 E. 5.2 und E. 5.3 S. 138 f., betreffend Notweg; Urteil 5D\_98/2012 vom 14. August 2012 E. 6.3, in: ZBGR 96/2015 S. 134, betreffend Antennenbau).

**3.3** Die neuen Vorbringen erweisen sich somit als unzulässig (E. 3.1) und die daraus gezogenen Schlüsse als unbegründet (E. 3.2).

#### **4.**

Ihre Anträge zur Verlegung der Gerichts- und Parteikosten stellt die Beschwerdeführerin für den Fall der Gutheissung der Beschwerde, der indessen nicht eingetreten ist. Es hat damit beim obergerichtlichen Kostenentscheid sein Bewenden, zumal das Bundesgericht keine andere Verteilung vornehmen kann, wenn es – wie hier – die Beschwerde abweist (Art. 67 und Art. 68 Abs. 5 BGG; Urteil 5A\_473/2011 vom 29. Mai 2012 E. 10.1, nicht veröffentlicht in: BGE 138 III 489). Ein selbstständig begründetes Begehren stellt die Beschwerdeführerin in Ziff. 3 nur insofern, als der Beschwerdegegner nicht verpflichtet worden sei, ihr den geleisteten Vorschuss von Fr. 200.-- für das Schlichtungsverfahren zu ersetzen (Art. 95 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 111 ZPO). Dieses Begehren ist vor Bundesgericht neu und unzulässig. Denn der behauptete Fehler ist bereits dem Kantonsgericht in Dispositiv-Ziff. 3 unterlaufen (Bst. C oben) und hätte vor Obergericht gerügt werden können und müssen, was im Berufungsverfahren offenkundig nicht geschehen ist (Art. 99 Abs. 2 BGG; BGE 134 V 443 E. 3.4 S. 448; 133 III 634 E. 1.1.3 S. 637). Eine Beschwerde gegen den kantonsgerichtlichen Kostenentscheid ist vor Obergericht noch hängig (Bst. E oben).

#### **5.**

Insgesamt ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Beschwerdeführerin wird damit kostenpflichtig, hingegen nicht entschädigungspflichtig, da keine Vernehmlassungen eingeholt wurden (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 BGG).

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

**3.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht Appenzell Ausserrhoden, 1. Abteilung, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 1. November 2016

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

von Werdt

von Roten