

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB190065-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber PD Dr. S. Zogg

Urteil vom 13. Januar 2020

in Sachen

A._____,

Beklagter, Widerkläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____,

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2._____,

gegen

Stadt Zürich, Finanzdepartement, Liegenschaften Stadt Zürich (LSZ),

Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Verlegung einer Wegrechtsfläche**

Berufung gegen ein Urteil der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. Oktober 2019; Proz. CG 180073

Rechtsbegehren:

Klage:

Gemäss Klageschrift (act. 2 S. 2 ff.):

" 1.

1.1 Die Klägerin sei zu ermächtigen, unter Vorlage einer Baubewilligung mit Rechtskraftbescheinigung für einen Ersatzneubau auf Kat.-Nr. 1 – SOWIE *EVENTUELL* ZUSÄTZLICH: GEGEN NACHWEIS DER BEZAHLUNG EINER TEILABLÖSUNGSENTSCHÄDIGUNG VON FR. 2'000 AN DEN BEKLAGTEN UND UNTER VORLAGE EINER BESTÄTIGUNG DES AMTES FÜR BAUBEWILLIGUNGEN DER STADT ZÜRICH, DASS AUF KAT.-NR. 1 DIE WEGRECHTSFLÄCHE GEMÄSS GRÜNER EINTRAGUNG IM PLAN "WEGRECHT BAUSTELLE PHASE 1 M 1:200" VOM 9. OKTOBER 2017 (BZW. *EVENTUELL*: IM PLAN "WEGRECHT BAUSTELLE PHASE 1 VARIANTE M 1:200" VOM 3. JULI 2018) BENÜTZBAR IST – die Änderung der Grunddienstbarkeit "Fuss- und Fahrwegrecht" EREID CH2 (alt SP 3) wie folgt zur Eintragung im Grundbuch anzumelden:

- Im Verhältnis zwischen den Grundstücken Kat.-Nrn. 4 und 1 wird der Dienstbarkeitsplan (Bel. Auss. 5 Nr. 6) durch den Plan "Wegrecht Baustelle Phase 1 M 1:200" vom 9. Oktober 2017 ersetzt.

Eventuell: Im Verhältnis zwischen den Grundstücken Kat.-Nrn. 4 und 1 wird der Dienstbarkeitsplan (Bel. Auss. 5 Nr. 6) durch den Plan "Wegrecht Baustelle Phase 1 Variante M 1:200" vom 3. Juli 2018 ersetzt.

1.2 Das Grundbuchamt B. _____ sei anzuweisen, auf die gemäss vorstehender Ziffer 1.1 erfolgende Anmeldung der Klägerin hin das Grundbuch bezüglich der Grundstücke Kat.-Nrn. 4 und 1 entsprechend nachzuführen, insbesondere wie folgt:

Die Dienstbarkeit EREID CH2 (alt SP 3) ist wie folgt zu ergänzen:

- "Massgeblich für die Wegrechtsfläche auf Kat.-Nr. 1 ist der Plan 'Wegrecht Baustelle Phase 1 M 1:200' vom 9. Oktober 2017."

Eventuell: "Massgeblich für die Wegrechtsfläche auf Kat.-Nr. 1 ist der Plan 'Wegrecht Baustelle Phase 1 Variante M 1:200' vom 3. Juli 2018."

- im dinglichen Text zur Dienstbarkeit EREID CH2 (alt SP 3) (Ergänzung kursiv und unterstrichen):

"... von Kataster 4, auf Kataster 1 jedoch über die im Plan ad acta ('Wegrecht Baustelle Phase 1 M 1:200' vom 9. Oktober 2017) grün angelegte Fläche..."

Eventuell: "... von Kataster 4, auf Kataster 1 jedoch über die im Plan ad acta ('Wegrecht Baustelle Phase 1 Variante M 1:200' vom 3. Juli 2018) grün angelegte Fläche..."

2.

2.1 Die Klägerin sei zu ermächtigen, unter Vorlage einer Bestätigung des Amtes für Baubewilligungen der Stadt Zürich, dass auf Kat.-Nr. 1 die neue Hofdurchfahrt im Ersatzneubau erstellt und die Wegrechtsfläche gemäss grüner Eintragung im Plan "Wegrecht neu ab Baustelle Phase 2 M 1:200" vom 9. Oktober 2017 mit einer lichten Durchfahrtshöhe von mindestens 3,6 m benützlich ist, – sowie *eventuell* zusätzlich: gegen Nachweis der Bezahlung einer Teilablösungsentschädigung von Fr. 2'000 an den Beklagten – die Änderung der Grunddienstbarkeit "Fuss- und Fahrwegrecht" EREID CH2 (alt SP 3) wie folgt zur Eintragung im Grundbuch anzumelden:

- Im Verhältnis zwischen den Grundstücken Kat.-Nrn. 4 und 1 wird der Dienstbarkeitsplan ("Wegrecht Baustelle Phase 1 M 1:200" vom 9. Oktober 2017) durch den Plan "Wegrecht neu ab Baustelle Phase 2 M 1:200" vom 9. Oktober 2017 ersetzt.

Eventuell: Im Verhältnis zwischen den Grundstücken Kat.-Nrn. 4 und 1 wird der Dienstbarkeitsplan ("Wegrecht Baustelle Phase 1 Variante M 1:200" vom 3. Juli 2018) durch den Plan "Wegrecht neu ab Baustelle Phase 2 M 1:200" vom 9. Oktober 2017 ersetzt.

- Im Verhältnis zwischen den Grundstücken Kat.-Nrn. 4 und 1 wird das Wegrecht auf Kat.-Nr. 1 auf eine lichte Durchgangs- und Durchfahrtshöhe von 3,6 m beschränkt.

2.2 Das Grundbuchamt B. _____ sei anzuweisen, auf die gemäss vorstehender Ziffer 2.1 erfolgende Anmeldung der Klägerin hin das Grundbuch bezüglich der Grundstücke Kat.-Nrn. 4 und 1 entsprechend nachzuführen, insbesondere wie folgt:

Die Dienstbarkeit EREID CH2 (alt SP 3) ist wie folgt zu ändern:

- Austausch des Plans "Wegrecht Baustelle Phase 1 M 1:200" vom 9. Oktober 2017 mit dem Plan "Wegrecht neu ab Baustelle Phase 2 M 1:200" vom 9. Oktober 2017.

Eventuell: Austausch des Plans "Wegrecht Baustelle Phase 1 Variante M 1:200" vom 3. Juli 2018 mit dem Plan "Wegrecht neu ab Baustelle Phase 2 M 1:200" vom 9. Oktober 2017.

- im dinglichen Text zur Dienstbarkeit EREID CH2 (alt SP 3) (Streichungen durchgestrichen, Ergänzungen kursiv und unterstrichen):

"... von Kataster 4, auf Kataster 1 jedoch über die im Plan ad acta ("Wegrecht *neu ab* Baustelle Phase ~~1~~ 2 M 1:200" vom 9. Oktober 2017) grün angelegte Fläche und beschränkt auf eine lichte Durchgangs- und Durchfahrtshöhe von 3,6 m..."

3. Der Beklagte sei zu verpflichten, die gesamten Gerichtskosten (einschliesslich der Kosten des Schlichtungsverfahrens) zu tragen sowie der Klägerin eine Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer von 7,7 % zu entrichten."

Gemäss Widerklageduplik (act. 38 S. 2 f.):

" **1.** [gemäss Klageschrift, Rechtbegehren Nr. 1 unverändert]

2. [Ergänzungen/Änderungen gegenüber der Klageschrift, Rechtsbegehren Nr. 2, hellgrau hinterlegt:]

2.1 Die Klägerin sei zu ermächtigen, unter Vorlage einer Bestätigung des Amtes für Baubewilligungen der Stadt Zürich, dass auf Kat.-Nr. 1 die neue Hofdurchfahrt im Ersatzneubau erstellt und die Wegrechtsfläche gemäss grüner Eintragung im Plan "Wegrecht neu ab Baustelle Phase 2 M 1:200" vom 9. Oktober 2017 (bzw. **eventuell:** im Plan "Wegrecht neu ab Baustelle Phase 2 Variante M 1:200" vom 29. Juli 2019) mit einer lichten Durchfahrtshöhe von mindestens 3,6 m benützbar ist, – sowie **eventuell** zusätzlich: gegen Nachweis der Bezahlung einer Teilablösungsentschädigung von Fr. 2'000 an den Beklagten – die Änderung der Grunddienstbarkeit "Fuss- und Fahrwegrecht" EREID CH2 (alt SP 3) wie folgt zur Eintragung im Grundbuch anzumelden:

- Im Verhältnis zwischen den Grundstücken Kat.-Nrn. 4 und 1 wird der Dienstbarkeitsplan ("Wegrecht Baustelle Phase 1 M 1:200" vom 9. Oktober 2017) durch den Plan "Wegrecht neu ab Baustelle Phase 2 M 1:200" vom 9. Oktober 2017 (bzw. **eventuell:** durch den Plan "Wegrecht neu ab Baustelle Phase 2 Variante M 1:200" vom 29. Juli 2019) ersetzt.

Eventuell: Im Verhältnis zwischen den Grundstücken Kat.-Nrn. 4 und 1 wird der Dienstbarkeitsplan ("Wegrecht Baustelle Phase 1 Variante M 1:200" vom 3. Juli 2018) durch den Plan "Wegrecht neu ab Baustelle Phase 2 M 1:200" vom 9. Oktober 2017 (bzw. **eventuell:** durch den Plan "Wegrecht neu ab Baustelle Phase 2 Variante M 1:200" vom 29. Juli 2019) ersetzt.

- Im Verhältnis zwischen den Grundstücken Kat.-Nrn. 4 und 1 wird das Wegrecht auf Kat.-Nr. 1 auf eine lichte Durchgangs- und Durchfahrtshöhe von 3,6 m beschränkt.

2.2 Das Grundbuchamt B._____ sei anzuweisen, auf die gemäss vorstehender Ziffer 2.1 erfolgende Anmeldung der Klägerin hin das Grundbuch bezüglich der Grundstücke Kat.-Nrn. 4 und 1 entsprechend nachzuführen, insbesondere wie folgt:

Die Dienstbarkeit EREID CH2 (alt SP 3) ist wie folgt zu ändern:

- Austausch des Plans "Wegrecht Baustelle Phase 1 M 1:200" vom 9. Oktober 2017 mit dem Plan "Wegrecht neu ab Baustelle Phase 2 M 1:200" vom 9. Oktober 2017 (bzw. **eventuell:** mit dem Plan "Wegrecht neu ab Baustelle Phase 2 Variante M 1:200" vom 29. Juli 2019).

Eventuell: Austausch des Plans "Wegrecht Baustelle Phase 1 Variante M 1:200" vom 3. Juli 2018 mit dem Plan "Wegrecht neu ab Baustelle Phase 2 M 1:200" vom 9. Oktober 2017 (bzw. **eventuell:** mit dem Plan

"Wegrecht neu ab Baustelle Phase 2 Variante M 1:200" vom 29. Juli 2019).

- im dinglichen Text zur Dienstbarkeit EREID CH2 (alt SP 3) (geänderte Planbezeichnung und Ergänzung betreffend Höhe kursiv und unterstrichen):

"... von Kataster 4, auf Kataster 1 jedoch über die im Plan ad acta (Plan 'Wegrecht neu ab Baustelle Phase 2 M 1:200' vom 9. Oktober 2017 [bzw. eventuell: Plan "Wegrecht neu ab Baustelle Phase 2 Variante M 1:200" vom 29. Juli 2019]) grün angelegte Fläche und beschränkt auf eine lichte Durchgangs- und Durchfahrtshöhe von 3,6 m..."

3. *[gemäss Klageschrift, Rechtsbegehren Nr. 3, aktualisiert und modifiziert in Antrag Nr. 4 der Replik- und Widerklageantwortschrift:]*

Der Beklagte und Widerkläger sei zu verpflichten, die Gerichtskosten zu tragen sowie der Klägerin und Widerbeklagten eine Parteientschädigung zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer (derzeit 7,7 %) zu entrichten."

Widerklage:

Gemäss Widerklage (act. 15 S. 3):

- " 5. Es sei gerichtlich festzustellen, dass die Dienstbarkeit EREID CH7 "Grunddienstbarkeit Fuss- und Fahrwegrecht zulasten Blatt 8, Kat. 1, EGRID CH9, C._____", das Recht mitumfasst, auf der Dienstbarkeitsfläche zu manövrieren und darauf Fahrzeuge abzustellen.
6. Die Verfahrenskosten bezüglich der Widerklage seien der Klägerin und Widerbeklagten aufzuerlegen und sie sei zu verpflichten, dem Beklagten und Widerkläger eine Parteientschädigung zuzüglich der gesetzlichen MWSt. (derzeit 7.7%) zu bezahlen."

Gemäss Widerklagereplik (act. 32 S. 2):

- " 2. Die als Feststellungsklage vorgebrachte Widerklage wird in eine Leistungsklage geändert. Dementsprechend lautet das geänderte Rechtsbegehren von Ziff. 5 der Klage neu wie folgt:

"5.1. Der Beklagte sei zu ermächtigen, die Änderung (Ergänzung unterstrichen) des Textes der Dienstbarkeit Fuss- und Fahrwegrecht EREID CH7 wie folgt zur Eintragung anzumelden:

"Der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstückes räumt dem jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstückes auf dem im einen Bestandteil zu dieser Dienstbarkeit bildenden Situationsplan, sub. Beleg 10/11, rot angelegten Teil ein Fuss- und Fahrwegrecht und das Recht ein, auf der Dienstbarkeitsfläche zu manövrieren und darauf Fahrzeuge abzustellen.

Die Kosten für den Unterhalt und die Erneuerung der belasteten Fläche sind vom berechtigten Grundeigentümer zu tragen".

5.2. Das Grundbuchamt B. _____ sei anzuweisen, auf die gemäss vorstehende Anmeldung des Beklagten und Widerklägers hin das Grundbuch bezüglich der Grundstücke Kat. Nrn. 4 und 1 entsprechend der Anmeldung gemäss Ziff. 5.1 nachzuführen."

3. Die Verfahrenskosten seien der Klägerin aufzuerlegen und sie sei zu verpflichten, dem Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen, zuzüglich der gesetzlichen MWSt von derzeit 7.7%."

Urteil des Bezirksgerichtes:

1. Die Klägerin wird ermächtigt, unter Vorlage einer Baubewilligung mit Rechtskraftbescheinigung für einen Ersatzneubau auf Kataster 1 sowie unter Vorlage einer Bestätigung des Amtes für Baubewilligungen der Stadt Zürich, dass auf Kataster 1 die Wegrechtsfläche gemäss grüner Eintragung im Plan "Wegrecht Baustelle Phase 1 M 1:200" vom 9. Oktober 2017 benützbar ist, die Änderung der Grunddienstbarkeit "Fuss- und Fahrwegrecht" EREID CH2 (alt SP 3) wie folgt zur Eintragung im Grundbuch anzumelden:
 - Im Verhältnis zwischen den Grundstücken Blatt 13, Kataster 4, EGRID CH12, C. _____, und Blatt 8, Kataster 1, EGRID CH9, C. _____, wird der Dienstbarkeitsplan (Beleg 5/6) durch den Plan "Wegrecht Baustelle Phase 1 M 1:200" vom 9. Oktober 2017 ersetzt.
2. Das Grundbuchamt B. _____ wird angewiesen, auf die gemäss vorstehender Ziffer 1 erfolgende Anmeldung der Klägerin hin das Grundbuch bezüglich der Grundstücke Blatt 13, Kataster 4, EGRID CH12, C. _____, und Blatt 8, Kataster 1, EGRID CH9, C. _____, entsprechend nachzuführen, insbesondere wie folgt:

Die Grunddienstbarkeit "Fuss- und Fahrwegrecht" EREID CH2 (alt SP 3) ist wie folgt zu ergänzen:

- "Massgeblich für die Wegrechtsfläche auf Blatt 8, Kataster 1, EGRID CH9, C. _____, ist der Plan 'Wegrecht Baustelle Phase 1 M 1:200' vom 9. Oktober 2017."
- im dinglichen Text (Ergänzung kursiv und unterstrichen):
"... von Blatt 13, Kataster 4, EGRID CH12, C. _____, auf Blatt 8, Kataster 1, EGRID CH9, C. _____, jedoch über die im Plan ad acta ('Wegrecht Baustelle Phase 1 M 1:200' vom 9. Oktober 2017) grün angelegte Fläche..."

3. Die Klägerin wird ermächtigt, unter Vorlage einer Bestätigung des Amtes für Baubewilligungen der Stadt Zürich, dass auf Kataster 1 die neue Hofdurchfahrt im Ersatzneubau erstellt und die Wegrechtsfläche gemäss grüner Eintragung im Plan "Wegrecht neu ab Baustelle Phase 2 M 1:200" vom 9. Oktober 2017 mit einer lichten Durchfahrtshöhe von mindestens 3,6 m benützbar ist, die Änderung der Grunddienstbarkeit "Fuss- und Fahrwegrecht" EREID CH2 (alt SP 3) wie folgt zur Eintragung im Grundbuch anzumelden:
 - Im Verhältnis zwischen den Grundstücken Blatt 13, Kataster 4, EGRID CH12, C._____, und Blatt 8, Kataster 1, EGRID CH9, C._____, wird der Dienstbarkeitsplan ("Wegrecht Baustelle Phase 1 M 1:200" vom 9. Oktober 2017) durch den Plan "Wegrecht neu ab Baustelle Phase 2 M 1:200" vom 9. Oktober 2017 ersetzt.
 - Im Verhältnis zwischen den Grundstücken Blatt 13, Kataster 4, EGRID CH12, C._____, und Blatt 8, Kataster 1, EGRID CH9, C._____, wird das Wegrecht auf Blatt 8, Kataster 1, EGRID CH9, C._____, auf eine lichte Durchgangs- und Durchfahrtshöhe von 3,6 m beschränkt.
4. Das Grundbuchamt B._____ wird angewiesen, auf die gemäss vorstehender Ziffer 3 erfolgende Anmeldung der Klägerin hin das Grundbuch bezüglich der Grundstücke Blatt 13, Kataster 4, EGRID CH12, C._____, und Blatt 8, Kataster 1, EGRID CH9, C._____, entsprechend nachzuführen, insbesondere wie folgt:

Die Grunddienstbarkeit "Fuss- und Fahrwegrecht" EREID CH2 (alt SP 3) ist wie folgt zu ändern:

- Austausch des Plans "Wegrecht Baustelle Phase 1 M 1:200" vom 9. Oktober 2017 mit dem Plan "Wegrecht neu ab Baustelle Phase 2 M 1:200" vom 9. Oktober 2017.
- im dinglichen Text (Streichungen durchgestrichen, Ergänzungen kursiv und unterstrichen):

"... von Blatt 13, Kataster 4, EGRID CH12, C._____, auf Blatt 8, Kataster 1, EGRID CH9, C._____, jedoch über die im Plan ad acta ('Wegrecht neu ab Baustelle Phase 1 M 1:200' vom 9. Oktober 2017) grün angelegte Fläche und beschränkt auf eine lichte Durchgangs- und Durchfahrtshöhe von 3,6 m..."

5. Die Widerklage wird abgewiesen.
6. Die Entscheidungsbüher wird auf Fr. 9'080.– festgesetzt.
7. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt. Sie werden im Umfang von Fr. 6'210.– mit dem Vorschuss des Beklagten und im Umfang von Fr. 2'870.– mit dem Vorschuss der Klägerin verrechnet.
8. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 12'277.80 zu bezahlen.
Zudem hat er der Klägerin deren Vorschuss im Umfang von Fr. 2'870.– sowie die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 560.– zu ersetzen.

9./10. (Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

des Beklagten (act. 49):

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. Oktober 2019 (Geschäfts-Nr.: CG180073-L/U) in Bezug auf die Klage aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter: Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. Oktober 2019 (Geschäfts-Nr.: CG180073-L/U) in Bezug auf die Klage aufzuheben und die Verlegung des Wegrechts nur gemäss den klägerischen Eventualanträgen und unter Bezahlung einer Ablöseentschädigung von Fr. 50'000.-- für die Einführung der Höhenbeschränkung zu gewähren.
3. Subeventualiter: Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. Oktober 2019 (Geschäfts-Nr.: CG180073-L/U) in Bezug auf die Klage aufzuheben und die Sache in Bezug auf die Klage zur Neu beurteilung zurückzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten.

Erwägungen:

1.1 Die Klägerin ist Eigentümerin des Grundstücks 1 am D.____-gässchen in C.____, heute zu einem kleinen Teil überbaut mit der Liegenschaft D.____-gässchen 15 Der Beklagte ist Eigentümer des südlich angrenzenden Grundstückes 13, E.____-strasse Zum überbauten Grundstück des Beklagten gehört auf der Rückseite des Hauses ein Streifen Land, welcher als Abstellplatz für Fahrzeuge verwendet werden kann. Die Situation ist im Plan act. 3/3 dargestellt und mit den Fotos act. 3/15 veranschaulicht.

Die Zufahrt zur Rückseite des Hauses des Beklagten ist durch zwei Dienstbarkeiten gesichert. Einerseits ist das die Dienstbarkeit Servituten-Protokoll a3 von 1980, welche quer vom D.____-gässchen weg ins Grundstück der Klägerin führt und dann nach einem rechten Winkel weiter in Richtung des Grundstückes

des Beklagten, welches in der äussersten westlichen Ecke erreicht wird (dargestellt im Plan act. 3/1 fünftes Blatt = 3/4 zweites Blatt). Andererseits besteht eine Dienstbarkeit gemäss Servituten-Protokoll a14, welche dem Beklagten von seiner nördlichen Grenze aus auf einer weiteren dreiecksförmigen Fläche zulasten des Grundstückes der Klägerin ein Wegrecht einräumt (die Fläche grenzt im Westen an die Fläche der ersten Dienstbarkeit; act. 3/1, sechstes Blatt).

Die Klägerin plant, auf ihrem Grundstück ein Baurecht zu vergeben, welches unter Abbruch des bestehenden Hauses Nr. 15 das Erstellen eines Gebäudes entlang des D. _____-gässchens erlauben soll. Das Vorhaben würde die heute bestehende Lücke zum D. _____-gässchen schliessen und den hinteren Teil des Grundstückes der Klägerin zu einem Innenhof werden lassen. Der Hof soll teils begrünt werden, aber weiter auch mit Fahrzeugen erreicht werden können – dafür ist eine Durchfahrt im Bereich des heutigen Hauses D. _____-gässchen 15 mit einer lichten Höhe von 3,6 m vorgesehen.

1.2 Die Baubewilligung für das geplante Vorhaben focht der Beklagte erfolglos an, zuletzt beim kantonalen Verwaltungsgericht (act. 39/17).

Am 23. Januar 2019 leitete die Klägerin den Zivilprozess gegen den Beklagten beim Bezirksgericht ein. Sie verlangte die Änderung der Dienstbarkeit a3 in dem Sinn, dass die Fläche verlegt werde und zudem künftig durch eine Öffnung des neuen Baukörpers zum D. _____-gässchen hin durchführe. Die für die Dienstbarkeit angestrebte genaue Lage ergibt sich aus dem Plan act. 3/C. Für eine erste Bauphase wollte die Klägerin die Dienstbarkeit im Wesentlichen um einige Meter nach Osten verlegen, gemäss dem Plan act. 3/A. Im Rahmen der Klageantwort erhob der Beklagte Widerklage. Damit wollte er erreichen, dass er auf der Dreiecks-Fläche gemäss der Dienstbarkeit a14 nicht nur gehen und fahren, sondern auch Fahrzeuge abstellen dürfe. Die Rechtsbegehren sind eingangs wiedergegeben.

Das angefochtene Urteil, welches die Klage gemäss deren Hauptbegehren gut- und die Widerklage abweist, wurde den Parteien am 4. November 2019 zugestellt (act. 45 und 46).

Am 3. Dezember 2019 gab der Kläger seine Berufung zur Post (act. 49), und den ihm auferlegten Vorschuss von Fr. 9'000.-- für die Kosten der Berufungsinstanz leistete er auf erste Aufforderung hin (act. 55).

Die Akten des Bezirksgerichts wurden beigezogen.

Eine Berufungsantwort wurde nicht eingeholt.

2.1 Der Beklagte hat die Abweisung der Widerklage nicht angefochten. Darüber ist demnach nicht mehr zu entscheiden.

2.2 Zur (Haupt-)Klage diskutiert das Bezirksgericht das "Verlegen einer Belastung" im Sinne von Art. 742 ZGB, was ein Ausdruck der Pflicht des aus einer Dienstbarkeit Berechtigten sei, sein Recht schonend auszuüben. Es will die Vorschrift verschiedenen Entscheiden des Bundesgerichts folgend "nicht engherzig" auslegen. Vorweg verwirft es Einwendungen des Beklagten zur Verkehrs-Sicherheit der geplanten neuen Zufahrt. Die Einwendung des Beklagten, die neu angebotene Fläche lasse sich als Zufahrt zu seinem Grundstück nur mit sehr komplizierten Manövern befahren, lässt das Bezirksgericht nicht gelten, indem es auf Darstellungen der Klägerin in der Widerklageduplik verweist, welchen der Beklagte nichts entgegengesetzt habe. Das Bezirksgericht erachtet auch die neue Begrenzung der lichten Höhe für das Ausüben des Wegrechts als nicht entscheidend – es folgt der Klägerin in deren Argumentation, dass Fahrzeuge, welche durch eine Durchfahrt von 3,6 m nicht passieren könnten, die bisherige Wegrechtsfläche nicht hätten befahren können, und so kleine und gleichzeitig hohe Fahrzeuge, welche hätten passieren können, gebe es nicht. Endlich erlaubt das Bezirksgericht auch die temporäre Verlegung der Wegrechtsfläche für die erste Bauphase (im Einzelnen act. 52; zum Vermeiden von Wiederholungen kann auf die ausführliche Begründung verwiesen werden, wo im Folgenden nichts Anderes ausgeführt wird).

3. Der Beklagte kritisiert das angefochtene Urteil aus prozessualen und materiellen Gründen. Vorweg sei die neue Lage der Dienstbarkeit weder geeignet noch gleichwertig, denn er werde mit Fahrzeugen nicht mehr ohne Weiteres wen-

den können, sondern werde dafür den sehr schmalen und niedrigen Durchgang zur E. _____-strasse hin benutzen müssen. Ferner fehle es an einem Interesse der Klägerin, welches eine solche Einschränkung rechtfertigen könnte. Die Klägerin habe wesentliche Punkte ihrer Argumentation, und namentlich ihre Behauptungen zur Fahrgeometrie (in Form einer Art Gutachten) erst in der Widerklageduplik vorgelegt. Das sei nach Novenschluss für die Hauptklage und damit unzulässig gewesen, zudem auch in sich keineswegs schlüssig. Die Klägerin habe nur ganz allgemein behauptet, die neue Wegführung sei "gleichwertig", ohne das zu spezifizieren, und das Bezirksgericht habe in Verletzung von Art. 8 ZGB von ihm, dem Beklagten, erwartet, dass er das widerlege. Er habe aber gezeigt, dass das bestehende Wegrecht für ihn günstiger sei, besonders da die neue Wegführung wegen Hindernissen besondere Schwierigkeiten biete. Ohnehin lasse sich die Höhenbeschränkung keinesfalls rechtfertigen. Zusammengefasst rügt der Beklagte die Verletzung von Art. 8 ZGB, das Berücksichtigen eines unzulässigen Novums, die mangelnde Substanziierung der Gleichwertigkeit durch die Klägerin, die Prüfung der Höhenbeschränkung nach Art. 742 ZGB statt richtig nach Art. 736 ZGB, und auch der Eventualantrag der Klägerin auf Ablösung nach Art. 736 ZGB sei nicht substantiiert (im Einzelnen act. 49).

4.1 Im ordentlichen Verfahren, welches auf diesen Fall Anwendung findet, dürfen die Parteien nur bis und mit ihrem zweiten Vortrag unbeschränkt neue Behauptungen aufstellen (Art. 229 ZPO). Hier fanden weder eine Instruktions- noch eine Hauptverhandlung statt, sondern es wurde ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt. Damit fiel die Novenschranke für die Klägerin mit der Duplik. Der Beklagte weist zutreffend darauf hin, dass mit der Widerklageduplik nur noch Neues zur Widerklage vorgetragen werden durfte. Zur Hauptklage waren neue Behauptungen nur im engen Rahmen von Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig. Mindestens bei summarischer Prüfung scheinen diese Voraussetzungen nicht vorgelegen zu haben. So weit das Bezirksgericht auf Vorbringen und Beweismittel der Klägerin aus der Widerklageduplik abstellt, dürfte das unzulässig gewesen und die Kritik des Beklagten berechtigt sein. Es wird sich aber zeigen müssen, ob es solcher Elemente, welche das angefochtene Urteil für seine Begründung verwendet, überhaupt bedarf.

4.2 Der Beklagte wendet ein, die Klägerin habe ihr Interesse am Verlegen der Dienstbarkeitsfläche nicht substantiiert. Das trifft so aber nicht zu. In der Klageschrift erläuterte die Klägerin, ihr Grundstück sei aktuell erheblich unternutzt. Das bestehende Haus D. _____-gässchen 15 schöpfe die zulässigen Masse nicht aus, und sie möchte es daher durch ein neues und grösseres Gebäude ersetzen, welches die ganze Öffnung zum D. _____-gässchen hin schliesse. Zudem sei ihr daran gelegen, den entstehenden Hof möglichst einladend zu begrünen, und darum möchte sie das Wegrecht nicht nach Nordosten ausholen lassen, sondern im Südwesten der Grenze entlang führen. Mit verschiedenen Plänen und Dokumenten erläuterte die Klägerin das Vorhaben (act. 2 passim und die Beilagen 7 ff.). Diese Darstellung ist, jedenfalls was die Nutzung des Grundstücks als Fahrfläche angeht, ohne Weiteres ausreichend. Die Klägerin möchte den Verkehr im Hof und entsprechend die zum Fahren benötigte Fläche minimieren, und sie möchte auf der zur Verfügung stehenden Fläche einen Garten anlegen. Dazu kann sie eigentlich nicht mehr sagen.

Die optimierte Ausnutzung eines Grundstückes hat in aller Regel vor allem finanzielle Verbesserungen zur Folge. Die Klägerin führt aus, dass das bestehende Haus D. _____-gässchen 15 die zulässigen Parameter allesamt nicht ausschöpft, und sie legt ein Projekt vor, nach welchem die bestehende Baulücke zum D. _____-gässchen vollständig geschlossen wird. Wenn es zur Substanziierung des Interesses wie bei einem Forderungsprozess ein bestimmter Betrag genannt werden müsste, wäre die Rüge des Beklagten berechtigt. Das ist aber nicht der Fall. Die Möglichkeit zum Erstellen eines (wesentlich) grösseren Baukörpers, welcher die ganze Lücke schliesst, ist auf jeden Fall ein legitimes Interesse der Klägerin.

Der Beklagte vermisst zudem eine Darstellung der Klägerin, dass und weshalb die neue Wegführung gleichwertig im Sinne des Gesetzes sei. Auch das trifft aber so nicht zu. Die Klägerin erläutert (und visualisiert das mit Plänen sowohl zur bestehenden als auch zur beantragten Wegführung), der zu befahrende Streifen sei wie bisher 3,5 m breit. Er sei für die Berechtigten in allen Punkten gleich gut, wenn nicht besser als der heutige Zustand: die Zufahrt werde für den Beklagten

kürzer, es entfielen neu zwei rechtwinklige "Knicke", und zum Wenden stehe nach wie vor der Raum gegen den zur E. _____-strasse verlaufenden Weg-Abschnitt zur Verfügung, der zudem noch erweitert werde. Die Höhenbeschränkung endliche stelle für den Beklagten keine Einschränkung dar, denn Fahrzeuge, welche höher wären und die Kurven befahren könnten, gebe es nicht. Ob das zutrifft, ist zu diskutieren. An der Substanziierung kann die Klage aber jedenfalls nicht scheitern.

4.3 Mit der Berufung wendet der Beklagte ein, er habe gezeigt, dass das bestehende Wegrecht für ihn günstiger sei, besonders da die neue Wegführung wegen Hindernissen besondere Schwierigkeiten biete.

Vorweg ist das unter dem Aspekt der gerügten Verletzung von Art. 8 ZGB zu beleuchten. Die streitige Frage hat eine tatsächliche und eine rechtliche Komponente. Das Recht ist von Amtes wegen anzuwenden (Art. 57 ZPO). Insoweit könnte sich nur dann ein prozessuales Problem ergeben, wenn ein Gericht einen für die Parteien überraschenden Rechtssatz anwendete. Das ist aber offenkundig nicht der Fall – die Parteien haben so weit ersichtlich die massgebenden Punkte diskutiert, und der Beklagte macht es auch nicht geltend. In tatsächlicher Hinsicht bedarf es vorweg der Substanziierung der relevanten Umstände; das ist wie soeben ausgeführt ausreichend erfolgt. Sodann würde Art. 8 ZGB (nur) verletzt, wenn das Bezirksgericht streitige rechtserhebliche Tatsachen zu Gunsten der Klägerin als feststehend oder zu Lasten des Beklagten als nicht feststehend angenommen hätte, weil der Beklagte sie nicht behauptet, keine Beweismittel genannt habe oder seine Beweismittel ungenügend seien.

Der Beklagte stellt die Einfahrt zu seinen Parkplätzen mit Skizzen dar (act. 33/2, 33/3, 33/4, 33/6 und 33/7). Es ist ohne Weiteres einleuchtend, dass die engen Platzverhältnisse ein sorgfältiges Manövrieren verlangen. Darum geht es allerdings nicht, sondern vielmehr darum, ob es mit der Zufahrt über die von der Klägerin beantragte Fläche (noch) schwieriger wird. Das lässt sich anhand der Pläne gut beurteilen, und darum bedarf es weder eines Augenscheines noch eines Gutachtens. Zunächst ist die aktuelle Situation in act. 3/1 der mit der Klage verlangten in act. 3/C gegenüberzustellen. Für den Bereich unmittelbar vor dem Grundstück des Beklagten sind dessen soeben erwähnten Skizzen nützlich, weil

sie die dreiecksförmige Wegrechtsfläche, welche Gegenstand der Widerklage bildete, ebenfalls abbilden (diese Fläche darf der Beklagte wie gesehen zwar nicht zum Parkieren, wohl aber zum Befahren und damit zum Manövrieren benutzen).

Vorweg ist die Ein- und Ausfahrt vom und zum D. _____-gässchen zu betrachten. Da die Wegrechtsfläche in beiden Fällen rechtwinklig abzweigt und ihre Breite unverändert ist, lässt sich da kein Unterschied erkennen. Die Zufahrt zum Grundstück des Beklagten führt heute über einen engen 90 Grad-Winkel nach rechts (act. 3/1), während sie nach der Klage ziemlich geradeaus führt (act. 3/C, da ist die zweite Dienstbarkeitsfläche dazu zu denken, gezeigt etwa in der Skizze act. 33/6). Endlich ist die zurückzulegende Strecke heute grösser als nach der Klage. Kurz vor dem Erreichen des Grundstücks des Beklagten muss man nach heutiger Regelung etwas nach links steuern, die verlangte Wegführung erlaubte es, mehr oder weniger geradeaus zu fahren.

Objektiv sind diese beiden Varianten bis hierher mindestens gleichwertig. Besonders der Wegfall der heute zu befahrenden engen Kurve bedeutet eine Verbesserung für den Berechtigten. Der Beklagte sieht das nicht so, weil er bisher nach eigener Darstellung sich überhaupt nicht an die Wegrechtsfläche hielt, sondern schlicht quer über den durchgehend asphaltierten Hof fuhr (act. 15 S. 3 unten, zur Situation hier die Fotos act. 3/15). Das Bezirksgericht hat ihm aber zutreffend vorgehalten, dass die Klägerin das toleriert haben mag, dass er aber daraus kein Recht ableiten kann (Art. 738 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 2 ZGB).

Der Beklagte argumentiert denn auch in der Berufung nicht in erster Linie mit diesen Elementen, sondern damit, dass ihm die neue Wegführung das Manövrieren erschwere. Er erläutert, welche Drehungen man mit einem Fahrzeug ausführen müsse (act. 32 Rz. 17 und 22 und die Skizzen act. 33/2 ff.). Das ist nicht schlüssig. Auch hier dürfte der Beklagte dem Denkfehler unterliegen, dass er die geplante Situation mit der heutigen vergleicht, in welcher er den Hof nach eigener Darstellung frei und ohne Beschränkung auf die Wegrechtsfläche(n) befährt. Entscheidend ist, dass jedes Ein- und Ausfahren sowohl nach aktueller wie nach geplanter Situation ein komplettes Wenden des Fahrzeuges bedingt, sei es schon beim Parkieren ganz oder teilweise, sei es beim Wegfahren. Dass das in den be-

engten Verhältnissen schwierig ist, steht ausser Frage. Es steht aber dafür nach der geplanten Regelung nicht weniger Platz zu Verfügung. Das zeigt sich auch auf den Skizzen des Beklagten selbst, wo er in beiden Varianten den 3,5 Meter breiten Fahrstreifen des Wegrechts zum Vor- und Zurücksetzen in Anspruch nimmt (act. 33/3 und 33/7 – vielleicht ist es allerdings nicht zufällig, dass er nach act. 33/3 in der bestehenden Situation die Wegrechtsfläche wenn auch nur um ein Weniges überschreitet). Der Beklagte führt weiter aus, da er für das Manövrieren (auch) die bereits bestehende enge und niedrige Durchfahrt vom Hof zur E. _____-strasse werde benützen müssen, reduziere das geplante Regime die Dienstbarkeit faktisch auf eine Breite von 2.3 m und eine Höhe von 3.1 m (act. 49 Rz. 34; zur Situation vgl. act. 3/1 den Plan act. 33/1 und die Skizzen act. 33/2 ff.). Es mag sein, dass dem Beklagten diese (weitere) Dienstbarkeitsfläche beim Manövrieren dienlich ist. Ein Unterschied der bestehenden mit der geplanten Wegführung ist aber nicht erkennbar. Der Beklagte weist ferner auf Hindernisse hin, welche das Manövrieren erschwerten (act. 32 Rz. 18 und Plan act. 33/5, ferner die Skizzen act. 3/6 und 3/7). Die Klägerin hat nicht bestritten, dass solche Hindernisse bestehen, sie will aber dafür sorgen, dass die Wegrechtsfläche vollständig zur Verfügung steht (act. 38 S. 17). Darauf wird der Beklagte sie behaften dürfen, auch wenn das nicht notwendig ist: Art. 737 Abs. 3 ZGB verlangt von der Klägerin, alles zu unterlassen, was das Ausüben der Dienstbarkeit erschwert, und darauf wird sie beim Bau der geplanten neuen Überbauung sorgfältig Rücksicht nehmen müssen. Der Verlegung des Wegrechts gemäss der Klage steht der Punkt nicht entgegen.

4.4 Es bleibt der Umstand zu würdigen, dass das Wegrecht bisher in der Höhe nicht beschränkt war, wogegen neu eine 3.6 m hohe Öffnung im geplanten Gebäude zu passieren ist. Man kann sich fragen, ob das von Art. 742 ZGB noch gedeckt ist, oder ob diese Bestimmung nicht einzig eine ausschliesslich horizontale Verlegung des Wegrechts ermöglicht. Da das Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet, steht der Anwendung von Art. 736 ZGB mit der Möglichkeit einer ganzen oder teilweisen Ablösung aber nichts entgegen; die Klägerin hat diese Variante schon im Verfahren des Bezirksgerichts ausdrücklich zur Diskussion gestellt (act. 2 Ziff. 13.5).

Die Klägerin ging in der Klage auf den Punkt ein. Sie erklärte, die enge rechtwinklige Kurve der bisherigen Wegführung erlaube das Befahren mit Fahrzeugen, welche bei einer Länge von 5 m höchstens 2,5 m breit und bei einer Länge von 6 m höchstens 2 m breit seien. Solche Fahrzeuge mit einer Höhe von mehr als 3,5 m gebe es gar nicht, da diesfalls die Gefahr des Kippens viel zu gross wäre. Im Übrigen habe der Beklagte das Wegrecht nie mit Fahrzeugen in Anspruch genommen, welche höher als 3,5 m waren (act. 2). Der Beklagte bestritt, dass es keine Fahrzeuge mit einer Breite von 2,5 resp. 2 m gebe, die höher sind als 3,5 m. Er erklärte, schon heute gebe es Fahrzeuge, welche höher seien als 3,5 m, und in Zukunft werde die zulässige Höhe noch zunehmen. Allen diesen Fahrzeugen würde die Zufahrt zur Hofseite seines Hauses verwehrt. Dass er das Wegrecht bisher nie mit höheren Fahrzeugen genutzt habe, werde bestritten (act. 15 Rz. 30 und 37).

Das Bezirksgericht erwägt, gemäss den Feststellungen des Verwaltungsgerichts diene die heute im Streit liegende Dienstbarkeit nicht der Erschliessung im baurechtlichen Sinn, da die E. _____-strasse diese Funktion übernehme. Es sei nicht anzunehmen und der Beklagte behaupte nicht, dass er über den Hof je habe schwere Fernverkehrsfahrzeuge oder andere übergrosse Lastfahrzeuge zu seinem Haus fahren lassen. Übliche im Nahverkehr eingesetzte Kleinlastwagen seien weniger als 3,4 m hoch und könnten jedenfalls von der Höhe her die neue Durchfahrt passieren. Sinngemäss betrachtet es die Darlegung der Klägerin als überzeugend, welche maximalen Breiten und Längen von Fahrzeugen die bisherige Wegfläche überhaupt befahren können (E. 5).

Mit der Berufung macht der Beklagte geltend, eine Höhenbeschränkung könnte einzig unter den Voraussetzungen von Art. 736 Abs. 2 ZGB, also gegen Entschädigung, erfolgen. Dass er kein Interesse an einer grösseren Höhe habe, nehme das Bezirksgericht ohne Begründung an. Auch hier rügt er eine mangelnde Substanziierung durch die Klägerin (act. 49 Rz. 34 ff.).

Der Einwand der fehlenden Substanziierung wurde bereits behandelt und verworfen (oben. E. 4.2). Wie lang und breit ein Fahrzeug maximal sein kann, wenn es die bestehende Wegfläche und namentlich die mehrfach genannte enge

Kurve befahren will, steht aufgrund des bisherigen Verfahrens nicht sicher fest: der Beklagte suchte mit einer eigenen Skizze nachzuweisen, dass eine Breite von 2,5 m auch bei einer Länge von 5,5 m möglich wäre (act. 32 Rz. 30 unter Verweis auf act. 33/11). Das sieht für den Laien so überzeugend aus wie die Skizzen der Klägerin, und was davon richtig ist, darf sich das Gericht zu beurteilen nicht anmassen, ebenso wenig wie die Feststellung, was für eine maximale Höhe ein Fahrzeug bei gegebenen Flächenmassen haben darf, um noch kippsicher zu sein. Die Argumentationskette der Klägerin, Fahrzeuge mit den von ihr genannten Höchstmassen zum Befahren der bisherigen Wegfläche könnten nicht höher sein als 3,5 m, und darum stelle die neue Beschränkung keine Verschlechterung dar, trägt daher nicht.

Anders ist es mit dem Einwand, der Beklagte habe die Dienstbarkeit gar nie mit Fahrzeugen genutzt, welche höher als 3,5 m waren. Der Beklagte lässt das zwar nicht gelten, weil es die Beweislast der Klägerin verletze, welche ihre Behauptung "nicht im Ansatz substantierte". Ein Nichts zu substantieren ist aber begrifflich nicht möglich. Das gibt es nicht selten. Voraussetzung für die Rechte des Gläubigers nach Art. 107 OR ist etwa der Verzug des Schuldners. Der Gläubiger kann sich aber für dieses klar seiner Beweislast unterliegende Element damit begnügen, es zu behaupten, und der Schuldner muss dann erklären, wann und wie er erfüllt habe. Jedenfalls bei einem "unbestimmten Negativum" wie hier trifft den Beweisgegner eine Mitwirkungsobliegenheit: Er muss erläutern, was denn (entgegen der Behauptung des Beweisführers) geschehen sei (vgl. auch ZK ZGB-Jungo, N 305 und 309 zu Art. 8 ZGB). Wenn die Klägerin ihre negative Behauptung aufstellte, konnte das der Beklagte daher nicht einfach bestreiten, sondern er hätte ausführen müssen, warum die Behauptung falsch sei – und dafür hätte er erklären müssen, dass er das Wegrecht tatsächlich mit höheren Fahrzeugen genutzt habe. Das wäre übrigens gerade in diesem Fall umso eher zu erwarten gewesen, als der Beklagte im Verfahren des Bezirksgerichts ausgeführt hatte, die Erschliessung seiner Liegenschaft über die E. _____-strasse sei wegen der verkehrsberuhigenden Massnahmen umständlich. Seine Unterlassung führt dazu, dass die negative Behauptung der Klägerin als zutreffend unterstellt werden muss.

Nun ist es durchaus richtig, dass das Nichtausüben einer Dienstbarkeit diese nicht direkt untergehen liess – so wenig wie das horizontale Überschreiten der Wegrechtsfläche das Recht des Beklagten entsprechend ausdehnte. Wenn der Bewohner einer Liegenschaft, welche ein Wegrecht über eine Treppe hat, selber gehbehindert ist und die Treppe daher nicht benützt, könnte ein anderer Bewohner an dem Wegrecht doch sehr wohl interessiert sein. Im Rahmen des Interesses, welches bei Art. 736 ZGB zu prüfen ist, spielt die Nicht-Ausübung der heute streitigen Dienstbarkeit der Höhe nach allerdings sehr wohl eine Rolle. Ein mögliches künftiges Interesse muss sodann einigermaßen realistisch und darf nicht rein spekulativ sein. Das Bezirksgericht hat ausgeführt, die meisten im Nahverkehr eingesetzten Kleinlaster, leichte und sogar gewisse mittelschwere LKW unterschritten eine Höhe von 3,4 m und könnten daher (auch unter Berücksichtigung eines Sicherheitszuschlages von 0,2 m) die geplante Hofdurchfahrt passieren. Der Beklagte bestreitet das in der Berufung nicht. Nun ist es zwar denkbar, dass Transport- und Gewerbefahrzeuge in Zukunft einmal höher werden. Für die Frage, ob die Dienstbarkeit mit solchen Vehikeln in Anspruch genommen würde, muss aber nach wie vor *die bisherige Wegfläche* der Referenzpunkt sein – und nicht die bisherige Praxis, wonach der Beklagte den Platz ohne Rücksicht auf die Lage der Dienstbarkeit frei befährt. Dabei sind die rechtwinklige Kurve und das vor der Liegenschaft des Beklagten zur Verfügung stehende Manövriertfeld die limitierenden Faktoren. Für wirklich grosse Lastwagen, wie etwa die nach den EU-Vorschriften schon heute zulässigen 4 m hohen Gefährte, ist die Kurve klarerweise nicht befahrbar. Und dass relativ kurze und schmale Liefer- und Transportfahrzeuge künftig in Höhen von 3.4 m und mehr gebaut würden, ist selbstredend nicht absolut ausgeschlossen, aber rein spekulativ. Es kommt hinzu, dass der Beklagte mit erheblichem Aufwand darlegt, schon mit den heute gängigen Personenwagen sei das Manövrieren vor seiner Liegenschaft schwierig (vgl. nur beispielhaft seine Skizzen act. 33/3 und /4 zur bisherigen Situation). Umso weniger ist es denkbar, dass er die Dienstbarkeit künftig mit wirklich grossen Fahrzeugen in Anspruch nehmen will.

Unter diesen Umständen steht mit ausreichender Sicherheit fest, dass der Beklagte an der Ausübung der Dienstbarkeit in einer nach oben unbegrenzten

Höhe oder jedenfalls an einer Durchfahrt mit lichter Höhe von mehr als 3.6 m kein plausibles bzw. vernünftiges Interesse hat. Das erlaubt der Klägerin, die neue Wegführung mit der Höhenbeschränkung auf 3.6 m durchzusetzen.

4.5 Damit ist die Berufung abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts zu bestätigen.

Eine Bemerkung drängt sich noch auf: Das angefochtene Urteil verweist auf beigefügte Pläne, welche dem Grundbuchamt übermittelt werden sollen und in welche die neue Wegrechtsfläche eingezeichnet ist. Im Urteilsexemplar act. 52 ist die Wegrechtsfläche kräftig hellgrün eingefärbt, in der ersten Kopie act. 51/1 ist das Hellgrün bereits sehr schwach, und in der zweiten Kopie überhaupt nicht mehr erkennbar. Das Bezirksgericht wird darauf zu achten haben, dass das Grundbuchamt Pläne in der bestmöglichen Qualität erhält.

5. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens trägt der Beklagte die Kosten. Diese sind im Rahmen des Tarifs etwas zu reduzieren, da keine Berufungsantwort eingeholt und verarbeitet werden musste. Angemessen ist eine Gebühr von Fr. 4'500.--. Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen: dem Beklagten nicht, weil er unterliegt, der Klägerin nicht, weil sie mit der Berufung keinen entschädigungspflichtigen Aufwand hatte.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das angefochtene Urteil wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'500.-- festgesetzt, dem Beklagten/Berufungskläger auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Vorschuss bezogen. Der Überschuss wird ihm zurückerstattet, unter Vorbehalt eines Verrechnungsrechts der Gerichtskasse.
3. Für das Berufungsverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels der Berufungsschrift (act. 49), sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 Fr. 50'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

PD Dr. S. Zogg

versandt am: