

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB130032-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Balkanyi

Urteil vom 13. November 2013

in Sachen

Erbengemeinschaft †A. _____,

bestehend aus:

- a) **B.** _____,
- b) **C.** _____,
- c) **D.** _____,
- d) **E.** _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

a, b, c, d vertreten durch Willensvollstrecker Rechtsanwalt lic. iur. HSG X1. _____
dieser wiederum vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2. _____

gegen

F. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Löschung Dienstbarkeit**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 8. Mai 2013 (CG110019-L)

Rechtsbegehren des Klägers:

(act. 2 S. 2 sinngemäss)

1. Es sei die Grunddienstbarkeit (Fusswegrecht; ...) zugunsten des Grundstücks Kat.-Nr. ... (GBBl. ...) und zulasten des Grundstückes Kat.-Nr. ... (GBBl. ...) zu löschen.
2. Eventualiter sei die Grunddienstbarkeit gemäss Ziff. 1 hiervor, gegen eine gerichtlich festzusetzende Entschädigung abzulösen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 8. Mai 2013:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 15'000.- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 3'450.- wird vom Kläger nachgefordert.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteientschädigung von Fr. 16'000.- (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. ...
6. ...

Berufungsanträge:

Der Kläger und Berufungskläger (Urk. 63):

1. Es sei in Gutheissung der Berufung die Grunddienstbarkeit (Fusswegrecht; ...) zugunsten des Grundstücks Kat.-Nr. ... (GBBl. ...) und zulasten des Grundstückes Kat.-Nr. ... (GBBl. ...) zu löschen.
2. Eventualiter sei die Grunddienstbarkeit gemäss Ziff. 1 hiervor gegen eine gerichtlich festzusetzende Entschädigung abzulösen.

3. Subeventualiter sei die Grunddienstbarkeit (Fusswegrecht; ...) zugunsten des Grundstücks Kat.-Nr. ... (GBBl. ...) und zulasten des Grundstückes Kat.-Nr. ... (GBBl. ...) bezüglich des Garagenvorplatzes (mit Ausnahme eines 1m-Korridors zum Fussweg) zu löschen.
4. Das Grundbuchamt Zürich ... sei anzuweisen, die Löschung entsprechend der Gutheissung der Berufungsanträge vorzunehmen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten/Berufungsbeklagten, auch für das erstinstanzliche Verfahren.
6. Die Parteien seien zu einer mündlichen Berufungsverhandlung vorzuladen.

Erwägungen:

A.

Am 3. Februar 2011 machte der Rechtsvorgänger der Kläger, †A._____, beim Bezirksgericht Zürich mit Weisung und Klageschrift das vorliegende Prozessverfahren rechtshängig. Nach Erstattung der schriftlichen Klageantwort und Durchführung einer erfolglosen Einigungsverhandlung fand am 30. August 2012 vor dem Bezirksgericht die mündliche Hauptverhandlung statt. Dabei hielten beide Parteien je einen zweiten Vortrag zur Sache und erstatteten sodann mündlich ihre Replik bzw. Duplik. Nach einer Sistierung des Verfahrens zwecks - erfolglos gebliebener - aussergerichtlicher Vergleichsgespräche und weiteren, unverlangten Prozesseingaben der Parteien erliess das Bezirksgericht Zürich am 8. Mai 2013 das klageabweisende Urteil.

Gegen das Urteil erhob der Kläger †A._____ rechtzeitig am 24. Juni 2013 mit schriftlicher Begründung Berufung (Urk. 63). Den ihm auferlegten Gerichtskostenvorschuss leistete er am 3. Juli 2013 ebenfalls rechtzeitig (Urk. 70). Am 11. August 2013 verstarb A._____, weshalb das Berufungsverfahren in der Folge sistiert wurde, bis über den Antritt oder die Ausschlagung der Erbschaft Klarheit herrschte. Am 21. Oktober 2013 informierte der Rechtsvertreter des

verstorbenen Klägers das erkennende Gericht über die Rechtsnachfolge, worauf das Verfahren mit Beschluss vom 24. Oktober 2013 wieder aufgenommen wurde (Urk. 75 und 78).

B.

Dem Prozess liegt der nachfolgende, unbestrittene Sachverhalt zugrunde:

Die Kläger und Berufungskläger sind Eigentümer der Liegenschaft G._____-Strasse ..., Kat.Nr. ..., GBBl. ... (nachfolgend der/die Kläger bzw. Grundstück der Kläger genannt), die Beklagte und Berufungsbeklagte ist Eigentümerin der unmittelbar östlich angrenzenden Liegenschaft G._____-Strasse ..., Kat.Nr. ..., GBBl. ... (nachfolgend Beklagte bzw. Grundstück der Beklagten genannt). Die beiden Grundstücke entstanden durch Teilung eines einheitlichen Grundstücks im Jahr 1967, das im Eigentum der H.____ AG stand. Da die "hintere" Liegenschaft der heutigen Beklagten durch die Teilung den Zugang zur G._____-Strasse einbüsste, wurde anlässlich der Parzellierung zugunsten des Grundstücks der Beklagten und zulasten des Grundstücks der Kläger ein "unbeschränktes und dauerndes Fusswegrecht über den Garagenvorplatz und den durch das belastete Grundstück führenden Zugangsweg" zur G._____-Strasse als Grunddienstbarkeit ... im Grundbuch eingetragen (nachfolgend Fussweg bzw. Fusswegrecht genannt). Anlässlich einer Neuüberbauung des Grundstücks der Beklagten konnte diese bzw. ihr Rechtsvorgänger im Jahre 2002 nördlich an die Parzellen der Parteien angrenzend einen zusätzlichen Landstreifen erwerben (Kat.Nr. ...) und auf diesem eine Zufahrt von ihrem Grundstück und entlang der Nordgrenze des klägerischen Grundstücks zur öffentlichen Strasse I._____/G._____-Strasse erstellen (nachfolgend Zufahrtsparzelle genannt). Die Zufahrtsparzelle ist als selbständiges Grundstück im Grundbuch eingetragen, indessen durch die Grunddienstbarkeit eines uneingeschränkten Fahrwegrechtes zugunsten des Hauptgrundstücks der Beklagten belastet. Das Fahrwegrecht nimmt praktisch die gesamte Zufahrtsparzelle ein.

Mit der vorliegenden Klage streben die Kläger die Löschung des Fusswegrechtes der Beklagten über ihre Liegenschaft an, da die Beklagte wegen der neuen

Zufahrt ihr Interesse daran eingebüsst habe. Die Beklagte macht ein andauerndes Interesse am Fusswegrecht geltend, da die neue Zufahrt sehr eng sei und ein Kreuzen von Fahrzeugen und Fussgängern nur schwer und nur unter gefährlichen Bedingungen möglich sei.

C.

1. Das vorliegende Berufungsverfahren untersteht, wie bereits das erstinstanzliche Verfahren, den Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung. Gemäss deren Art. 312 Abs. 1 kann das Berufungsverfahren ohne Einholung einer Berufungsantwort erledigt werden, wenn die Berufung offensichtlich unbegründet ist. Dies ist vorliegend der Fall, weshalb sich verfahrensrechtliche Weiterungen wie die Einholung einer Berufungsantwort und die Durchführung einer - fakultativen (Art. 316 ZPO) - Berufungsverhandlung erübrigen.

Art. 6 Ziff. 1 EMRK räumt Prozessparteien grundsätzlich einen Anspruch ein, ihre Argumente dem Gericht in einer öffentlichen Verhandlung mündlich vorzutragen. Dieser Grundsatz gilt vor allem für erstinstanzliche Verfahren und diesem Anspruch wurde vorliegend mit der Durchführung einer mündlichen und öffentlichen Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht am 30. August 2012 Genüge getan. Für das Rechtsmittelverfahren besteht kein unbedingter Anspruch mehr auf eine mündliche und damit auch öffentliche Verhandlung; die Ansetzung einer solchen liegt vielmehr im pflichtgemässen Ermessen der Rechtsmittelinstanz (Sutter-Somm/Seiler, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 54 N 10; Tarkan Göksu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 54 N 7; BSK ZPO-M.A. Gehri, Art. 54 N 11). Da vorliegend prozessuale Weiterungen infolge offensichtlicher Unbegründetheit der Berufung entfallen, ist auch der Antrag der Kläger auf Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung (Berufungsantrag Ziff. 6) abzuweisen (B. Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, S. 493 N 1155; Staehelin/Staehelin/ Grolimund, Zivilprozessrecht § 26 Rz 20).

2. Im Berufungsverfahren gilt ein beschränktes Rügeprinzip. Die Berufungsbegründung hat zu erklären, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll. Die Berufungskläger haben sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Die Berufungsinstanz hat sodann nur die geltend gemachten Punkte zu prüfen. Sie hat nicht von sich aus den erstinstanzlichen Entscheid auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, wenn diese von keiner Partei gerügt werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten träten klar zutage. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Berufungsbegründung mit den entsprechenden Rügen grundsätzlich den Umfang der Prüfungsbefugnis und der Prüfungspflicht der Berufungsinstanz umschreibt. Die Berufungsinstanz kann die gerügten Mängel frei und unbeschränkt überprüfen und sie muss sie auch überprüfen. Dabei ist sie aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen.

3. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO sind im Berufungsverfahren keine neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel mehr zulässig, sofern diese bereits vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können. Entsprechend sind auch keine neuen Klageanträge mehr möglich, sofern sie nicht durch zulässige Noven veranlasst wurden (Art. 317 Abs. 2 ZPO). Mit dem Berufungssubeventualbegehren Ziff. 3 stellen die Kläger im Berufungsverfahren einen neuen Klageantrag, jenen auf teilweise Löschung bzw. eine räumlich auf den Garagenvorplatz eingeschränkte Löschung des Fusswegrechtes. Dieser Antrag wird mit neuen tatsächlichen Ausführungen zum tatsächlichen Interesse am Fusswegrecht auch über den ganzen Garagenvorplatz begründet und ist daher nicht einfach ein "minus im maius" des bisherigen Antrages auf vollständige Löschung des Fusswegrechtes. Vor Vorinstanz hatte der damalige Kläger vielmehr noch geltend gemacht, aus Gründen der Praktikabilität könne der Garagenvorplatz nicht vom dort wegführenden Fussweg getrennt betrachtet werden (Urk. 2 S. 42f). Ein solcher neuer Antrag ist gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO

im Berufungsverfahren nicht mehr zulässig und daher vorweg abzuweisen. Das Novenverbot gilt absolut und ist nicht davon abhängig, ob der erstinstanzliche Prozess durch einen rechtlich nicht versierten Laien geführt wurde (Urk. 63 S. 4). Dieser hätte im Übrigen jederzeit die Möglichkeit und materiellen Mittel gehabt, einen rechtskundigen Vertreter beizuziehen. Sodann tun die Kläger auch nicht dar, dass und weshalb die Vorinstanz allenfalls ihre richterliche Fragepflicht verletzt hätte, um den Rechtsvorgänger der Kläger zu - welchen ? - sachdienlichen Ergänzungen seiner Vorbringen anzuhalten.

4. Der Rechtsvorgänger der Berufungskläger hat vor Vorinstanz verschiedentlich einen gerichtlichen Augenschein verlangt und wiederholt diesen Antrag unter Hinweis auf das rechtliche Gehör auch im Berufungsverfahren (Urk. 63 S. 12, 13, 16). Der Augenschein ist indessen ein Beweismittel zum Beweis streitiger Tatsachen (Art. 168 Abs. 1 ZPO). Da bereits vor Vorinstanz die tatsächlich bestehenden Weg- und Zugangsverhältnisse nicht strittig waren und durch Fotos und Pläne ausreichend dokumentiert sind, konnte die Vorinstanz auf eine beweismässige Abklärung verzichten und kann dies ebenso die Berufungsinstanz.

D.

1.1. Die Vorinstanz hat grundsätzlich erwogen, dass es sich beim vorliegend umstrittenen Fusswegrecht nicht um ein Notwegrecht handle, welches bei Wegfall der Wegnot ohne Weiterungen gelöscht werden könne. Das Fusswegrecht sei vielmehr mittels eines Dienstbarkeitsvertrages vereinbart und als unbeschränktes und dauerndes Wegrecht im Grundbuch eingetragen worden. Eine solche Grunddienstbarkeit könne gemäss Art. 736 Abs. 1 ZGB nur gelöscht werden, wenn der Berechtigte alles Interesse daran verloren habe (Urk. 64 S. 9ff).

1.2. Im Berufungsverfahren bestreiten die Kläger die Feststellung der Vorinstanz formell nicht, dass es sich beim fraglichen Fusswegrecht nicht um ein Notwegrecht handelt. Wenn sie geltend machen, das Fusswegrecht habe damals

den Zweck gehabt, den einzigen Zugang zur Liegenschaft der Beklagten sicherzustellen und dass dieser Zweck mit dem Bau der neuen Zufahrt hinfällig geworden sei (Urk. 63 S. 8f), so berufen sie sich im Ergebnis dennoch wieder auf eine Wegnot und deren Wegfall. Mit der Vorinstanz ist erneut darauf zu verweisen, dass ein Dienstbarkeitsvertrag durchaus der Behebung einer Wegnot dienen kann, dass jedoch je nach dem festgelegten Umfang und Charakter die Dienstbarkeit auch darüber hinausgehen kann. Ist wie vorliegend ein "unbeschränktes und dauerndes" Wegrecht vertraglich vereinbart und im Grundbuch eingetragen (Urk. 5/1), konnte die Vorinstanz ohne in Willkür zu verfallen dies objektiv so interpretieren, dass das Wegrecht auch über den Wegfall einer allfälligen Wegnot hinaus bei einem andauernden Interesse Bestand haben soll. Die Vorinstanz konnte sich für diese Ansicht auf einschlägige bundes- und obergerichtliche Urteile stützen (Urk. 64 S. 4; ebenso BK-Meier-Hayoz, Art. 680 N 65). Dieses Verständnis der Dienstbarkeit entsprach im Übrigen wohl auch der Absicht der Parteien im Zeitpunkt des Abschlusses des Dienstbarkeitsvertrages im Jahre 1968. Die damalige Aufteilung eines grösseren Grundstücks in zwei Parzellen ein und derselben Eigentümerin mit nachfolgender separater Überbauung musste von allem Anfang an die "hintere" Parzelle mit einem gesicherten Zugang zur öffentlichen Strasse ausstatten. Dies war aber nur durch Schaffung eines auf Dauer angelegten, grundbuchlich abgesicherten Wegrechts möglich. Ohne ein solches wäre der Eintrag der Parzellierung gar nicht bewilligt worden (Urk. 5/3). Das Wegrecht lag daher damals auch im Interesse der Eigentümerin des belasteten Grundstückes. Ob damals das zunächst stillschweigend geduldete Fusswegrecht erst mit mehr als einem Jahr Verzug schriftlich vereinbart und als Grunddienstbarkeit ins Grundbuch eingetragen wurde (Urk. 63 S. 6, Urk. 5/1 und Urk. 41/1/IV) und erst dadurch Wirkung auch für Dritte erlangte, spielt keine Rolle, spräche im Übrigen aber ebenfalls für eine gegenseitige vertragliche Dienstbarkeitserrichtung und gegen einen blossen Notweg. Als der Rechtsvorgänger der heutigen Berufungskläger seine Liegenschaft erwarb, bestand jedenfalls der Grundbucheintrag und sie könnten sich nicht auf einen vom Grundbucheintrag abweichenden guten Glauben hinsichtlich des Charakters der Dienstbarkeit berufen.

Auch für das Berufungsverfahren ist daher davon auszugehen, dass das Interesse der Beklagten am umstrittenen Fusswegrecht nicht mit der Erstellung eines neuen Zugangs automatisch erloschen ist.

2.1. Ein Wegrecht wird dann zwecklos und ist für den Berechtigten nicht mehr von Interesse, wenn der damit erfüllte Zweck inzwischen durch eine (öffentliche) Strasse gewährleistet wird. Vorausgesetzt wird dabei allerdings, dass die (öffentliche) Strasse entsprechend dem privaten Wegrecht gebaut wird, wie es im Dienstbarkeitsvertrag umschrieben ist. Weist die (öffentliche) Strasse einen anderen Inhalt oder Umfang auf als das Wegrecht, nimmt sie z.B. einen anderen Verlauf oder wird sie in einer anderen Breite erstellt, dann ist in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob die (öffentliche) Strasse den mit dem Wegrecht gewährleisteten Zweck vollumfänglich erfüllt, oder ob die bisherige private Wegverbindung nicht vorteilhafter ist als die neu erstellte. Kriterien können dabei u.a. sein, ob auf der neuen Wegverbindung ein Trottoir besteht, ob die Lage der neuen Wegverbindung topographisch gleichwertig ist, die Länge der beiden möglichen Wege oder das Verkehrsregime (Einbahnstrasse) auf dem neuen Weg (BGE 130 III 563 mit weiteren Hinweisen). Allein die Erstellung eines zweiten Zugangs zu einer Liegenschaft lässt nicht automatisch das Interesse am ersten Zugang entfallen, selbst wenn dem ersten Zugang dadurch nicht mehr derselbe Stellenwert zukommt wie vorher (BGer. 5A_412/2009). Bei der Würdigung der Verhältnisse steht dem Gericht ein gewisses Ermessen zu (BGer 5A_216/2011).

2.2. Die Vorinstanz hat ein andauerndes Interesse der Beklagten am Fusswegrecht auch nach Erstellung der neuen Zufahrt mit Anbindung an das öffentliche Strassennetz bejaht, weshalb die Kläger keine Löschung der Dienstbarkeit gemäss Art. 736 ZGB verlangen könnten.

Die Vorinstanz hat dafür auf die engen Raumverhältnisse auf der Zufahrt verwiesen. Zwar seien die genauen Masse des Zufahrtsgrundstückes strittig; doch selbst nach den Angaben der Kläger sei dieses auf rund der Hälfte seiner Länge nur rund 3,75 Meter breit. Im untersten Bereich des Betonsockels bei der Bacheinfassung ständen für eine Zufahrt nur 3,12 Meter Grundstücksbreite zur Verfügung. In diesem untersten Bereich der Zufahrt gebe es überhaupt keine

Bankette; im hinteren Bereich betrage die Fahrbahnbreite 2,86 Meter und es bestehe zusätzlich ein einseitiges Bankett von 0,89 Metern Breite unmittelbar beim angrenzenden Bachbord; das Bachbord selber gehöre bereits nicht mehr zum Zufahrtsgrundstück. Bei einer Begegnung zwischen Fussgängern und Fahrzeugen verbleibe daher wenig Platz, zumal seitliche Ausweichmöglichkeiten fehlten: Im untersten Bereich sei die Zufahrt beidseits eingegrenzt durch die Betonpalisadenmauer einerseits und den ca. 1 Meter hohen Betonsockel der Bacheinfassung andererseits; im hinteren Bereich müsse man auf das abfallende Bachbord ausweichen. Es bestehe damit eine gewisse Gefährlichkeit bei der Begegnung von Fussgängern mit Fahrzeugen, die Benützung der Zufahrt durch Fussgänger verlange eine klar erhöhte Aufmerksamkeit im Vergleich zur Benützung des Fussweges über die Liegenschaft der Kläger. Ein problemloses Ausweichen sei nur in Längsrichtung der nicht allzu langen Zufahrt möglich; dies erfordere aber einen Zusatzaufwand. Unbestrittenermassen werde der Fussweg trotz der neuen Zufahrt noch immer benützt, weil er - obschon wegen der Treppen weniger bequem - einen exklusiven Zugang nur für Fussgänger biete und hinsichtlich des Gefahrenpotentials klar vorteilhafter sei, insbesondere auch für den fünfjährigen Sohn der Beklagten (Urk. 64 S. 14ff).

Lediglich ergänzend verwies die Vorinstanz auf die öffentlich-rechtlichen Zugangsnormen für Fahrbahnen. Diese sähen eine minimale Fahrbahnbreite von 3,0 - 3,5 Metern vor sowie zusätzlich beidseitige Fussgängerbankette von je 0,3 Metern. Erleichterungen seien nur zulässig bei separater Rad- oder Fusswegerschliessung. Im Bauentscheid für die Liegenschaft der Beklagten werde ausdrücklich festgehalten, dass die *Zufahrt* über das neue Zufahrtsgrundstück, der *Zugang* durch das bestehende Fusswegrecht gewährleistet werde. Daraus könne vernünftigerweise nur geschlossen werden, dass das separate Fusswegrecht die Grundlage dafür gewesen sei, eine die Vorschriften der Zugangsnormen grundsätzlich nicht erfüllende Zufahrt baurechtlich überhaupt zu bewilligen (Urk. 64 S. 17f).

2.3. Die Argumentation der Kläger in ihrer Berufungsschrift vermögen die vorinstanzlichen Entscheidungsgrundlagen nicht umzustossen.

a) Die Vorinstanz hat sich bei ihrer Feststellung, das Zufahrtsgrundstück sei auf der Hälfte seiner Länge nur 3,75 Meter breit und an der schmalsten Stelle beim Betonsockel der Bacheinfassung nur auf einer Breite von 3,12 Metern nutzbar, auf die vom damaligen Kläger selber eingereichte Urkunde 52/2 gestützt. Bei dieser Urkunde handelt es sich um einen amtlichen Vermessungsplan im Massstab 1 : 200, auf welchem exakte Zahlen zur Grundstücksbreite aufgeführt sind. Die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz zur Grundstücksbreite erfolgten daher in Übereinstimmung mit den Zugaben des damaligen Klägers und der Verhandlungsmaxime und sind akten- wie rechtskonform. Die Kläger machen im Berufungsverfahren erneut eine Grundstücksbreite von mindestens 4 Metern geltend (Urk. 63 S. 8). Aus der dazu - auch schon vor Vorinstanz (Urk. 2 S. 52, Urk. 39 S. 12) - angerufenen Kopie aus dem amtlichen Kataster (Urk. 5/22) ergibt sich die behauptete Breite indessen nicht. Der Massstab 1 : 500 dieses Katasterplanes ist zum einen derart grob, dass sich daraus keine auf Dezimeter genauen Masse ableiten lassen. Zum anderen handelt es sich bei den dort angeführten Massen von 4 bzw. 4,25 Metern Breite für die Zufahrtsliegenschaft um offensichtlich nachträglich und handschriftlich von unbekannter (privater) Seite mit Bleistift vorgenommene Eintragungen; der kopierte originale Katasterplan enthält nämlich keinerlei Massangaben zu den jeweiligen Grundstücken (vgl. dazu auch die Kopie des Katasterplanes mit gleichem Datum vom 1. Dezember 1967 Urk. 5/10). Es handelt sich bei Urk. 5/22 somit nicht um einen beweistauglichen amtlichen Vermessungsplan mit exakten Grundstücksgrenzen und exakt vermessenen Grundstücksdimensionen. Diese Urkunde vermag die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz zur nutzbaren Breite der Zufahrtsliegenschaft gemäss amtlicher Vermessung nicht zu erschüttern.

Geht man von einer Fahrzeugbreite normaler PWs von 1,8 bis 2 Metern aus, so verbleibt damit für entgegenkommende Fussgänger ein Ausweich- und Manövrierraum von maximal 1,2 Metern bzw. beidseitig 0,6 Metern ohne Bankettschutz im untersten Bereich. Im hinteren Bereich besteht der Ausweichraum in praktisch nicht viel mehr als dem einseitig angebrachten

Fussgängerbankett von ca. 0,9 Metern Breite auf der Bordkante des Bachbettes, welche danach sofort zur Sohle des Bachbettes hin abfällt (Urk. 52/3). Ein Kreuzen von Fussgängern mit breiteren Fahrzeugen wie z.B. mit Lieferwagen, mit denen auf der Zufahrt zu einem privaten 2-Familien-Haus auch zu rechnen ist, oder allenfalls mit Fahrzeugen öffentlicher Dienste, ist objektiv nur unter engen Raumbedingungen möglich, es sei denn, man weiche in Längsrichtung aus und warte den Gegenverkehr ab, bevor man die Zufahrt betritt bzw. befährt. Besonders für Kinder sind solche engen Begegnungsverhältnisse indessen nicht ungefährlich, sind sie doch einerseits leicht ablenkbar, oft rennend unterwegs und entsprechend unaufmerksam; andererseits können Kinder Distanzen und Geschwindigkeit von Fahrzeugen auch noch nicht gut abschätzen.

b) Die Kläger berufen sich in ihrer Berufung auf die baurechtlichen Zugangsnormalien, welche vorliegend erfüllt seien und weshalb die Raumverhältnisse auf der neuen Zufahrt objektiv ausreichend seien. In Ausnahmefällen seien nach den Zugangsnormalien nämlich Erleichterungen gegenüber der Normbreite von 3 - 3,5 Metern zuzüglich Bankette möglich. Solche Ausnahmen bildeten insbesondere bloss grundstücksinterne Durchgänge. Um einen solchen grundstücksinternen Zugang handle es sich vorliegend aber, da das Zufahrtsgrundstück ebenfalls im Eigentum der Beklagten stehe und grundbuchlich mit einem unabänderlichen Fahrwegrecht zugunsten ihres Grundstücks belastet sei. Die Erleichterungen seien in den Zugangsnormalien sodann nicht abschliessend aufgezählt. Abweichungen bei übersichtlichen Verhältnissen, kurzen Zufahrten und Einengungen wegen Gewässern seien möglich, ebenso örtliche Einengungen bis auf 3 Meter, sofern die ganze Breite für Lastwagen befahrbar sei. Dass die Baubewilligung einerseits die Sicherung der Zufahrt über das Zufahrtsgrundstück erwähne, andererseits die Sicherung des Zugangs durch das Fusswegrecht, habe keinen inneren Zusammenhang in dem Sinne, dass die Baubewilligungsbehörde die Beibehaltung des strittigen Fusswegrechtes verlangt bzw. vorausgesetzt habe (Urk. 63 S. 13ff).

Den Klägern ist dabei vorweg entgegen zu halten, dass die Vorinstanz lediglich im Sinne einer Eventualbegründung auf die baurechtlichen Vorschriften zur nötigen

Zufahrtsbreite verwiesen hat, in der Hauptbegründung indessen auf die tatsächlich bestehenden Raumverhältnisse abgestellt und diese als objektiv knapp und daher nicht ungefährlich befunden hat. Als Anhaltspunkt dafür, was Fachleute bei durchschnittlichen örtlichen Verhältnissen gemäss § 237 Abs. 2 PBG für sicherheitsmässig unbedenkliche Strassenbreiten halten, durfte sie sich durchaus am baurechtlichen Normalfall orientieren. An diesen Feststellungen ändert nichts, dass die Raumverhältnisse vorliegend - allenfalls unter einem Ausnahmeaspekt und unabhängig vom parallelen Fusswegrecht - als baurechtlich gerade noch zulässig eingestuft wurden (vgl. Urk. 5/24), obschon sie die Standardmasse der Zugangsnormalien nicht durchwegs erfüllen. Für die Frage des Interessenverlustes an einer privatrechtlichen Dienstbarkeit massgeblich ist, ob die neue Zufahrt den mit dem Fusswegrecht gewährleisteten Zweck vollumfänglich erfüllt, oder ob die bisherige Wegverbindung nicht vorteilhafter ist als die neu erstellte. Letzteres ist vorliegend unter dem Sicherheitsaspekt für Fussgänger indessen klar der Fall.

Lediglich der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass es sich bei der vorliegenden Zufahrt um die einzige Erschliessung für Motorfahrzeuge von der öffentlichen Strasse her bis zu den Garagen und Abstellplätzen auf dem Grundstück der Beklagten im Sinne von § 1 der Zugangsnormalien (LS 700.5) handelt und mitnichten um einen grundstücksinternen Durchgang.

Grundstücksinterne Durchgänge sind Verbindungswege, welche der Feinerschliessung und dem Zugang bis zur Haustür dienen. Ob die Zufahrt als selbständiges Grundstück ausgeschieden ist oder ebenso gut der Hauptliegenschaft der Beklagten hätte zugeschlagen werden können, spielt für den Charakter der Erschliessung und die bau- und sicherheitsrechtlichen Anforderungen an eine Zufahrt keine Rolle.

c) Die Kläger berufen sich schliesslich auch im Berufungsverfahren darauf, dass die neue Zufahrt bequemer sei und auch mit Kinderwagen, Einkaufswagen, Rollatoren etc. befahren werden könne; beim Fussweg über das Grundstück der Kläger sei dies wegen diverser Treppen nicht möglich. Durch die vom Garagenvorplatz der Beklagten zur Grenzstützmauer und zum Fussweg hinaufführende neue Metalltreppe habe die Beklagte den Zugang zum Wegrecht

zudem auf 80 cm verengt. Sei ein Auto auf dem Vorplatz der Beklagten parkiert, sei das Betreten der Metalltreppe nur schwer möglich und die Situation unübersichtlich; Kinder auf der Treppe könnten leicht übersehen werden. Sodann sei der Weg über die neue Zufahrt der Beklagten bis zur G.____-Strasse 37,4 Meter bzw. bis zur Strasse I.____ sogar nur 30,8 Meter lang und damit kürzer als der Weg zur G.____-Strasse über den Fussweg, welcher je Situation auf dem Garagenvorplatz zwischen 36 und 38 Meter betrage (Urk. 63 S. 4f, 11f). Der Längenunterschied zwischen den beiden Zugängen vom Grundstück der Beklagten zur G.____-Strasse ist mit maximal 0,6 Metern derart minimal, dass er bei der Ermittlung des heutigen Benutzungsinteresses am Fussweg vernachlässigt werden kann. Nicht massgeblich ist die Länge der Zufahrt zur Strasse I.____, da die Beklagte von dort noch einige Meter zur G.____-Strasse gehen muss, um in gleicher Weise zu der von den Häusern wegführenden G.____-Strasse zu gelangen wie auf dem Fussweg (Urk. 5/2 ,Urk. 52/6). Aber selbst bei einem Abstellen auf die Distanz zur Strasse I.____ würde die Längendifferenz lediglich 6,2 Meter betragen, was rund 3 - 4 Gehsekunden entspricht. Darauf kann es bei einer Vorteilsabwägung zwischen den beiden Zugängen im Ernst nicht ankommen. Die neu erstellte Treppe vom Garagenvorplatz der Beklagten zur Grenzstützmauer und als Aufgang zum Fussweg ist mit Metallbodengittern und einem weiten Metallstaketengeländer ausgestattet, entsprechend licht und absolut blickdurchlässig. Es kann nicht davon die Rede sein, ein Kind auf dieser Treppe oder auf der 1,03 Meter hohen Grenzstützmauer sei für ein auf den Garagenvorplatz einbiegendes Auto leicht übersehbar und der alte Fussweg daher gefährlich geworden (Urk. 5/18, Urk. 63 S. 11). Schliesslich beeinträchtigt auch eine leichte Verengung der Zugangsstelle zum 1 Meter breiten Fussweg um einige Zentimeter (auf 80 cm [Urk. 63 S. 11] bzw. 86 cm [Urk. 2 S. 77]) durch die neue Metalltreppe die Benutzbarkeit des Fussweges in keiner Weise. Es kann somit nicht gesagt werden, der Fussweg sei durch die neue bauliche Situation auf dem Grundstück der Beklagten verändert bzw. seine gefahrlose Benutzbarkeit eingeschränkt worden.

Unbestreitbar ist hingegen der Vorteil der Stufenlosigkeit der neuen Zufahrt, welche einen bequemen Zugang zur Liegenschaft der Beklagten und überhaupt

erst einen solchen mit radbewehrten Vehikeln ermöglicht. Auch ist die neue Zufahrt von ihrer Dimension her grundsätzlich breiter und erlaubt - bei geeigneter Verkehrssituation - ein nebeneinander Hergehen mehrerer Personen (Urk. 5/25).

2.4. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Kläger nicht geltend machen, ihre Belastung habe sich seit der Begründung des Wegrechtes oder seit dem Neubau auf der Liegenschaft der Beklagten verändert bzw. vergrössert. Das Wegrecht zugunsten des Grundstücks der Beklagten ist im unteren Teil identisch mit dem eigenen Zugang der Kläger von der G. _____-Strasse bis zu ihrer Haustür und muss von den Klägern bereits im eigenen Interesse unterhalten werden. Zusätzlich tangiert wird die Liegenschaft der Kläger nur durch die Fortführung des Weges ab ihrer Haustür auf einer Länge von rund 9 Metern über den östlichen Grundstücksteil bis zur Grundstücksgrenze. Der Fussweg liegt sodann im vorgeschriebenen baurechtlichen Abstandsbereich und damit auf nicht überbaubarem Terrain (Urk. 63 S. 18). Er verläuft parallel zur Nordfassade des Hauses der Kläger, wo in der Regel nur wenige eigentliche Wohnräume liegen (vgl. Urk. 5/7, Urk. 5/23+26).

3. Eine Wegrechtsdienstbarkeit kann, wie erwähnt, aufgehoben werden, wenn das berechtigte Grundstück alles Interesse daran verloren hat. Ist ein Interesse zwar noch vorhanden, ist es aber im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung, kann die Dienstbarkeit gegen Entschädigung gelöscht werden. Die Erstellung eines zweiten Zugangs zu einer Liegenschaft lässt dabei nicht automatisch das Interesse an einer Weiterbenützung des ersten Zugangs erlöschen.

Wie vorstehend ausgeführt, bestehen auf der neuen Zufahrt zum Grundstück der Beklagten relativ enge Raumverhältnisse, welche ein Kreuzen von Fussgängern und Motorfahrzeugen mindestens im unteren Teil erheblich erschwert. Für Kinder ist die Situation auf der ganzen Zufahrt nicht ungefährlich. Demgegenüber erlaubt das Wegrecht über das Grundstück der Kläger einen geschützten und unbeschwerten Zugang zur G. _____-Strasse, auch für Kinder. Es ist daher nachvollziehbar und plausibel, wenn die Beklagte vor Vorinstanz geltend gemacht hat, ihr 5-jähriges Kind angewiesen zu haben, stets den verkehrsfreien Fussweg

über das Grundstück der Kläger zu benützen. Unbestreitbar ist die neue Zufahrt wesentlich bequemer und für jede Benützungsart geeignet, weil sie im Vergleich zum Fussweg breiter ist, keine Treppen und ein konstantes Gefälle aufweist. Dieser Umstand vermag aber die Sicherheitsbedenken nicht aufzuwiegen. Der Beklagten kann das Wahlrecht zwischen einem bequemen und einem sicheren Weg nach dem jeweils aktuellen Bedürfnis nicht abgesprochen werden. Insofern hat sie nach wie vor ein beachtliches Interesse am alten Fussweg über das Grundstück der Kläger. Dass dieser Fussweg nach wie vor auch tatsächlich benützt wird, stellen selbst die Kläger nicht in Abrede (Urk. 63 S. 4f., Urk. 39 N 84ff, N 105ff i.V.m. Urk. 19 S. 6). Die Beklagte hat nach dem Neubau ihres Hauses und den dabei vorgenommenen Abgrabungen noch eigens eine neue Aufgangstreppe von ihrem Grundstück hinauf zum Niveau des Fussweges anbringen lassen (Urk. 2 S. 70ff, Urk. 39 S. 23). Auch diese Investition dokumentiert ihre Absicht einer weiteren und längerfristigen Benützung des Fussweges. Dass den Benützern dieser Aufgangstreppe mitunter ein parkiertes Auto auf dem Garagenvorplatz der Beklagten im Weg steht, ändert am Benützungsinteresse, der Benützungsmöglichkeit und der Gefahrlosigkeit des Fussweges nichts. Bei diesem offiziellen Autoabstellplatz handelt es sich sodann lediglich um die dritte Parkiermöglichkeit neben der Doppelgarage des 2-Familienhauses der Beklagten und dürfte daher im Wesentlichen nur als Besucherparkplatz dienen.

Besteht nach wie vor ein Interesse der Beklagten am Fusswegrecht und wird dieses tatsächlich auch benutzt, sind die Voraussetzungen für eine Löschung der Dienstbarkeit gemäss Art. 736 Abs. 1 ZGB nicht erfüllt.

Wie dargelegt ist auch die Belastung der Kläger durch das Fusswegrecht nicht allzu gross; insbesondere hat sie sich seit der Errichtung des Weges nicht verändert. Die Benützungsbelastung dürfte sogar vielmehr seit der Erstellung eines alternativen Zugangs abgenommen haben. Damit sind auch die Voraussetzungen für eine Löschung der Dienstbarkeit gegen Entschädigung im Sinne von Art. 736 Abs. 2 ZGB nicht erfüllt. Nicht ankommen kann es schliesslich darauf, ob ein Umbau der neuen Zufahrt technisch und rechtlich möglich wäre,

um deren Sicherheit zu erhöhen und dadurch die Voraussetzungen für eine Löschung des Wegrechtes zu schaffen.

Die Klage ist somit ohne Weiterungen abzuweisen.

E.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Kläger für beide Instanzen kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die vorinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 15'000.-, basierend auf der Streitwertangabe der Parteien von Fr. 170'000.-, blieb im Berufungsverfahren unangefochten.

Ebenso ist die Parteientschädigung an die Beklagte für das vorinstanzliche Verfahren von Fr. 16'000.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) als unangefochten geblieben zu bestätigen.

Mangels erheblicher Umtriebe ist der Beklagten für das Berufungsverfahren dagegen keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Das Begehren der Berufungskläger um Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung wird abgewiesen.
2. Die Klage wird abgewiesen.
3. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffern 2 - 4) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 11'600.-.

5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Berufungsklägern auferlegt und aus dem vom Rechtsvorgänger der Berufungskläger geleisteten Gerichtskostenvorschuss bezogen.
6. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 63, sowie an das Bezirksgericht Zürich (7. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

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

8. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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. 170'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Zürich, 13. November 2013

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. N. Balkanyi

versandt am:
mc