

# Obergericht Appenzell Ausserrhoden

## 1. Abteilung

Eine von der Berufungsbeklagten gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde beim Bundesgericht hat dieses mit Urteil vom 1. November 2016 abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist (5A\_158/2106).

## Entscheid vom 22. September 2015

|                                                        |                                                                                                                                                         |
|--------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Mitwirkende                                            | Obergerichtsvizepräsident W. Kobler<br>Oberrichterin S. Rohner<br>Oberrichter B. Oberholzer, H.P. Blaser, H. Zingg<br>Obergerichtsschreiberin B. Widmer |
| Verfahren Nr.                                          | O1Z 15 5                                                                                                                                                |
| Sitzungsort                                            | Trogen                                                                                                                                                  |
| <b>Berufungskläger</b><br>Beklagter und Widerkläger    | <b>A</b> ____<br>vertreten durch: RA AA____                                                                                                             |
| <b>Berufungsbeklagte</b><br>Klägerin und Widerbeklagte | <b>B</b> ____<br>vertreten durch: RA BB____                                                                                                             |
| Gegenstand                                             | <b>Grunddienstbarkeit, Fahrrecht</b>                                                                                                                    |

## Rechtsbegehren

### a) Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte:

#### aa) im erstinstanzlichen Verfahren:

##### aaa) vor Vermittler:

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin sowie den andern Bewohnern, Besuchern und Lieferanten der Liegenschaft 001, Grundbuch C\_\_\_, die Zufahrt mit Motorfahrzeugen für den täglichen Bedarf über die beiden, nord- und südseitigen, Fahrwege auf der beklagtischen Liegenschaft 002, Grundbuch C\_\_\_, jederzeit zu gestatten und die beiden Fahrwege von beweglichen und unbeweglichen Hindernissen freizuhalten, sowie den Untergrund der Fahrwege eben und befahrbar zu halten.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten.

##### bbb) in der Klageschrift:

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin sowie den andern Bewohnern, Besuchern und Lieferanten der Liegenschaft 001, Grundbuch C\_\_\_, die Zufahrt mit Motorfahrzeugen für den täglichen Bedarf über die beiden, nord- und südseitigen, Fahrwege auf der beklagtischen Liegenschaft 002, Grundbuch C\_\_\_, jederzeit zu gestatten und die beiden Fahrwege eben und befahrbar zu halten.
- 1.2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten.

#### ccc) in der Replik und Widerklageantwort, Widerklageduplik und an Schranken:

##### Hauptklage:

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin sowie den andern Bewohnern, Besuchern und Lieferanten der Liegenschaft 001, Grundbuch C\_\_\_, die Zufahrt mit Motorfahrzeugen für den täglichen Bedarf über die beiden, nord- und südseitigen, Fahrwege auf der beklagtischen Liegenschaft 002, Grundbuch C\_\_\_, jederzeit zu gestatten und die beiden Fahrwege eben und befahrbar zu halten.
- 1.2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten.

##### Widerklage:

1. Die Widerklage sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Widerklägers.

#### bb) im Berufungsverfahren:

Die Berufung sei abzuweisen und das angefochtene Urteil des Kantonsgerichtes AR vom 2. Juni 2014 sei zu bestätigen; sowohl bezüglich Klageguttheissung als auch bezüglich Widerklageabweisung;

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

**b) Beklagter, Widerkläger und Berufungskläger:**

aa) im erstinstanzlichen Verfahren:

aaa) vor Vermittler:

1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der klagenden Partei.

bbb) in der Klageantwort:

Hauptklage:

1. Die Klage sei abzuweisen.
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin.

Widerklage:

1. Die zulasten des Grundstücks des Beklagten (Widerkläger) Grundbuch C\_\_\_ Nr. 002, und zugunsten des Grundstücks der Klägerin (Widerbeklagte) Grundbuch C\_\_\_ Nr. 001, bestehende Grunddienstbarkeit „Fahrrecht für den Hof- und Gutsgebrauch“ sei in Bezug auf die Südseite des Hauses auf dem Grundstück Nr. 002 zu löschen und in Bezug auf die Nordseite des Hauses auf dem Grundstück Nr. 002 entlang der nördlichen Grundstücksgrenze des Grundstücks Nr. 002 als Notfahrrecht einzutragen.  
Darüber hinaus sei die jeweilige Eigentümerin des Grundstücks Nr. 001 bzw. die Klägerin (Widerbeklagte) zu verpflichten, die Investitionen und den Unterhalt für die Befahrbarkeit bzw. für die Vorrichtungen zur Ausübung des nordseitigen Notfahrrechts zu tragen.
2. Eventualiter in Bezug auf das Begehren gemäss Ziff. 1 vorstehend sei
  - a) Die zulasten des Grundstücks des Beklagten (Widerkläger) Grundbuch C\_\_\_ Nr. 002, und zugunsten des Grundstücks der Klägerin (Widerbeklagte) Grundbuch C\_\_\_ Nr. 001, bestehende Grunddienstbarkeit „Fahrrecht für den Hof- und Gutsgebrauch“ in Bezug auf die Südseite des Hauses auf dem Grundstück Nr. 002 zu löschen und auf der Nord- und Ostseite des Hauses auf dem Grundstück Nr. 002 entlang der nördlichen und östlichen Grundstücksgrenze des Grundstücks Nr. 002 als Notfahrrecht einzutragen;
  - b) Darüber hinaus sei die jeweilige Eigentümerin des Grundstücks Nr. 001 bzw. die Klägerin (Widerbeklagte) zu verpflichten, die Investitionen und den Unterhalt für die Befahrbarkeit bzw. für die Vorrichtungen zur Ausübung des nordseitigen und ostseitigen Notfahrrechts zu tragen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin (Widerbeklagte).

ccc) in der Duplik und Widerklagereplik und an Schranken:

Hauptklage:

1. Die Klage sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin.

Widerklage:

1. Die zulasten des Grundstücks des Beklagten (Widerkläger) Grundbuch C\_\_\_ Nr. 002, und zugunsten des Grundstücks der Klägerin (Widerbeklagte)

Grundbuch C\_\_\_ Nr. 001, bestehende Grunddienstbarkeit „Fahrrecht für den Hof- und Gutsgebrauch“ sei in Bezug auf die Südseite des Hauses auf dem Grundstück Nr. 002 zu löschen und in Bezug auf die Nordseite des Hauses auf dem Grundstück Nr. 002 entlang der nördlichen Grundstücksgrenze des Grundstücks Nr. 002 als Notfahrrecht *eventualiter als auf Personenwagen und Kleinlastwagen beschränktes Fahrrecht* einzutragen.

Darüber hinaus sei die jeweilige Eigentümerin des Grundstücks Nr. 001 bzw. die Klägerin (Widerbeklagte) zu verpflichten, die Investitionen und den Unterhalt für die Befahrbarkeit bzw. für die Vorrichtungen zur Ausübung des nordseitigen Notfahrrechts zu tragen.

2. Eventualiter in Bezug auf das Begehren gemäss Ziff. 1 vorstehend sei
  - a) Die zulasten des Grundstücks des Beklagten (Widerkläger) Grundbuch C\_\_\_ Nr. 002, und zugunsten des Grundstücks der Klägerin (Widerbeklagte) Grundbuch C\_\_\_ Nr. 001, bestehende Grunddienstbarkeit „Fahrrecht für den Hof- und Gutsgebrauch“ in Bezug auf die Südseite des Hauses auf dem Grundstück Nr. 002 zu löschen und auf der Nord- und Ostseite des Hauses auf dem Grundstück Nr. 002 entlang der nördlichen und östlichen Grundstücksgrenze des Grundstücks Nr. 002 als Notfahrrecht, *eventualiter als auf Personenwagen und Kleinlastwagen beschränktes Fahrrecht* einzutragen;
  - b) Darüber hinaus sei die jeweilige Eigentümerin des Grundstücks Nr. 001 bzw. die Klägerin (Widerbeklagte) zu verpflichten, die Investitionen und den Unterhalt für die Befahrbarkeit bzw. für die Vorrichtungen zur Ausübung des nordseitigen und ostseitigen Notfahrrechts zu tragen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin (Widerbeklagte).

bb) im Berufungsverfahren:

1. Das Urteil des Kantonsgerichtes Appenzell Ausserrhoden vom 2. Juni 2014 sei aufzuheben.

Hauptklage:

2. Die Klage der Berufungsbeklagten vom 27. September 2012 sei abzuweisen.

Widerklage:

3. a) Die zulasten des Grundstücks des Berufungsklägers Grundbuch C\_\_\_ Nr. 002, und zugunsten des Grundstücks der Berufungsbeklagten Grundbuch C\_\_\_ Nr. 001, bestehende Grunddienstbarkeit „Fahrrecht für den Hof- und Gutsgebrauch“ sei in Bezug auf die Südseite des Hauses auf dem Grundstück Nr. 002 zu löschen und in Bezug auf die Nordseite des Hauses auf dem Grundstück Nr. 002 entlang der nördlichen Grundstücksgrenze des Grundstücks Nr. 002 als Notfahrrecht *eventualiter als auf Personenwagen und Kleinlastwagen beschränktes Fahrrecht* einzutragen.  
Darüber hinaus sei die jeweilige Eigentümerin des Grundstücks Nr. 001 bzw. die Berufungsbeklagte zu verpflichten, die Investitionen und den Unterhalt für die Befahrbarkeit bzw. für die Vorrichtungen zur Ausübung des nordseitigen Notfahrrechts, *eventualiter des auf Personenwagen und Kleinlastwagen beschränkten Fahrrechts* zu tragen.
- b) Eventualiter in Bezug auf das Begehren gemäss Ziff. 3 a) vorstehend sei

die zulasten des Grundstücks des Berufungsklägers Grundbuch C\_\_\_ Nr. 002, und zugunsten des Grundstücks der Berufungsbeklagten Grundbuch C\_\_\_ Nr. 001, bestehende Grunddienstbarkeit „Fahrrecht für den Hof- und Gutsgebrauch“ in Bezug auf die Südseite des Hauses auf dem Grundstück Nr. 002 zu löschen und auf der Nord- und Ostseite des Hauses auf dem Grundstück Nr. 002 entlang der nördlichen und östlichen Grundstücksgrenze des Grundstücks Nr. 002 als Notfahrrecht, *eventualiter als auf Personenwagen und Kleinlastwagen beschränktes Fahrrecht* einzutragen;

Darüber hinaus sei die jeweilige Eigentümerin des Grundstücks Nr. 001 bzw. die Berufungsbeklagte zu verpflichten, die Investitionen und den Unterhalt für die Befahrbarkeit bzw. für die Vorrichtungen zur Ausübung des nordseitigen und ostseitigen Notfahrrechts, *eventualiter des auf Personenwagen und Kleinlastwagen beschränkten Fahrrechts* zu tragen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten.

## Sachverhalt

### A. Übersicht

B\_\_\_ ist Eigentümerin des Grundstücks Nr. 001 (im nachfolgenden Plan blau markiert) in C\_\_\_ und A\_\_\_ Eigentümer des benachbarten Grundstücks Nr. 002 (gelb markiert):



Am 20. Oktober 1898 wurde zugunsten der heutigen Grundstücke Nr. 003, 004 und 001 und zulasten des Grundstücks Nr. 002 ein „Fahrrecht für Haus- und Gutsgebrauch“ begründet (act. B 5/2/3; 5/12/3 und 5/12/19). 1992 erfolgte eine Abschrift des alten Servitutenprotokolls zu Parzelle Nr. 001 (das in altdeutscher Schrift verfasst worden ist) durch den ehemaligen Grundbuchführer von C\_\_\_, D\_\_\_ (act. B 5/2/4 und B 5/12/3). Dieser Abschrift kann bezüglich des genannten Fahrrechtes folgendes entnommen werden: „Die Liegenschaften Parz. Nr. 004 (E\_\_\_), Nr. 003 (F\_\_\_) und Nr. 001 (G\_\_\_) haben ein

Fahrrecht für Haus- und Gutsgebrauch und es erstreckt sich dasselbe auf den Fahrweg der Süd- und Nordseite des Hauses Parz. Nr. 002 (H\_\_\_).“

## **B. Prozessgeschichte**

Am 27. Juni 2012 fand vor dem Vermittleramt Kreis 2 die Vermittlungsverhandlung statt. Da keine Einigung erzielt werden konnte, wurde die Klagebewilligung ausgestellt (act. B 5/2/2). Die Klage wurde am 27. September 2012 fristgerecht beim Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden eingereicht (act. B 5/1). Die Klageantwort und Widerklage datiert vom 14. Januar 2013 (act. B 5/11). Mit Verfügung des Einzelrichters wurde der Streitwert auf CHF 100'000.00 festgelegt und das Verfahren zur Weiterführung an die 3. Abteilung des Kantonsgerichts überwiesen (act. B 5/16). Am 14. Mai 2013 fanden ein Augenschein und anschliessend eine Einigungsverhandlung vor dem Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden statt (act. B 5/20). In der Folge wurde das Verfahren wegen aussergerichtlicher Vergleichsgespräche mit Verfügung vom 16. Mai 2013 bis zum 14. Juni 2013 sistiert (act. B 5/22). Da kein Vergleich zustande kam, wurde der Klägerin und Widerbeklagten Frist zur Einreichung der Replik und Widerklageantwort angesetzt (act. B 5/26); die betreffende Eingabe wurde am 3. Oktober 2013 eingereicht (act. B 5/34). Die Duplik und Widerklagereplik ging am 10. Februar 2014 beim Gericht ein (act. B 5/40), die Widerklageduplik am 17. März 2014 (act. B 5/42). Der Rechtsvertreter des Beklagten und Widerklägers reichte mit Datum vom 31. Mai 2014 eine Stellungnahme zur Widerklageduplik ein (act. B 5/47, Postaufgabe). Die Hauptverhandlung der 3. Abteilung fand am 2. Juni 2014 statt, das Urteil erging am gleichen Tag (act. B 5/48/1-3, 5/51 und 5/59).

## **C. Erstinstanzliches Urteil**

Mit Urteil des Kantonsgerichtes, 3. Abteilung, vom 2. Juni 2014 wurde die Klage gutgeheissen und der Beklagte verpflichtet, das im Grundbuch zugunsten der klägerischen Liegenschaft ZZ, C\_\_\_ (Grundstück Nr. 001, Grundbuch C\_\_\_), und zulasten der beklagischen Liegenschaft XX, C\_\_\_ (Grundstück Nr. 002, Grundbuch C\_\_\_), eingetragene süd- und nordseitige Fahrrecht für die Zufahrt mit Motorfahrzeugen für den täglichen Bedarf der Klägerin sowie den andern Bewohnern, Besuchern und Lieferanten zu gewährleisten (Dispositiv Ziff. 1). Die Widerklage wurde abgewiesen (Dispositiv Ziff. 2). Die Gerichtskosten von CHF 9'200.00 wurden dem Beklagten und Widerkläger auferlegt, unter Verrechnung mit dem von der Klägerin und Widerbeklagten geleisteten Vorschuss von CHF 1'000.00. Der Beklagte und Widerkläger wurde zudem verpflichtet, der Klägerin und Widerbeklagten den Vorschuss von CHF 1'000.00 zu ersetzen (Dispositiv Ziff. 3). Weiter wurde der Beklagte und Widerkläger verpflichtet, der Klägerin und Widerbeklagten

eine Parteientschädigung von CHF 17'774.00 zu bezahlen (Dispositiv Ziffer 4). Sodann wurde Dispositiv Ziff. 5 (Rechtsmittelbelehrung) im begründeten Urteil berichtigt.

Auf die Begründung des Urteils kann verwiesen werden. Soweit erforderlich, wird darauf in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

#### **D. Schriftenwechsel und Urteil im Berufungsverfahren**

- a) Nach fristgemäss verlangter schriftlicher Begründung (act. B 5/52 und 5/54) liess der Beklagte und Widerkläger gegen das Urteil des Kantonsgerichts, dessen Zustellung in begründeter Ausfertigung am 7. Januar 2015 erfolgt war (act. B 5/61), mit Eingabe seines Rechtsvertreters RA AA\_\_\_ vom 6. Februar 2015 rechtzeitig die Berufung erklären (act. B 1).
- b) Die Klägerin und Widerbeklagte liess gegen die in Ziff. 4 des vorgenannten Urteils des Kantonsgerichts festgesetzte Parteientschädigung mit Eingabe vom 11. Februar 2015 Beschwerde einreichen (siehe Verfahren Nr. O1Z 15 6, act. B 1).
- c) Am 28. April 2015 ging die Berufungsantwort des beklagischen Rechtsvertreters RA BB\_\_\_ ein (act. B 10).
- d) Mit Verfügung der Verfahrensleitung vom 28. April 2015 wurde den Parteien mitgeteilt, dass kein zweiter Schriftenwechsel und keine mündliche Verhandlung angeordnet werde. Zudem wurde die Durchführung eines Augenscheins am 22. September 2015, vorgängig zur Beratung aufgrund der Akten, angekündigt (act. B 11 und 12).
- e) Am 22. September 2015 wurde der Augenschein im Beisein der beiden Rechtsvertreter, der Klägerin und Widerbeklagten sowie Herrn K\_\_\_, Eigentümer der Nachbarparzelle Nr. 004, durchgeführt (act. B 15). Anschliessend wurde die Streitsache ohne mündliche Verhandlung beraten.

Auf die Ausführungen in den Schriftstücken gemäss den vorerwähnten lit. a bis e wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

#### **Erwägungen**

## **1. Prozessuales**

### **1.1 Prozessvoraussetzungen**

Bezüglich der vom Gericht von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen (Art. 60 ZPO), aufgeführt in Art. 59 Abs. 2 ZPO, ergibt sich ohne weiteres, dass diese erfüllt sind. Insbesondere ist im Berufungsverfahren die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Obergerichts gegeben (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO, Art. 29 Abs. 1 lit. a ZPO, Art. 14 Abs. 1 ZPO und Art. 24 Abs. 1 lit. b Justizgesetz, JG, bGS 145.31).

### **1.2 Streitwerte**

#### **1.2.1 Zulässigkeit der Berufung nach Art. 308 Abs. 2 ZPO und Streitwert der Berufung**

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens 10'000 Franken beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berechnung ist vollkommen unabhängig davon, wie die Vorinstanz entschieden hat, ob sie also z. B. den streitigen Betrag in bestimmtem Umfang zugesprochen hat. Diese Regelung erfolgte bewusst entsprechend derjenigen im BGG (*Hoffmann-Nowotny*, in: ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], 2013, N. 53 zu Art. 308). Die Klägerin und Widerbeklagte (nachfolgend Berufungsbeklagte genannt) fordert vor beiden Instanzen die Durchsetzung eines im Grundbuch eingetragenen Fahrrechts über das Grundstück des Beklagten und Widerklägers (nachfolgend Berufungskläger genannt) sowie die Abweisung der Widerklage. Der Berufungskläger beantragt Abweisung des Begehrens der Berufungsbeklagten sowie die Gutheissung seiner Widerklage. Letztere hat er sowohl im erstinstanzlichen Verfahren (act. B 5/40, S. 3), als auch im Berufungsverfahren geringfügig abgeändert. Selbst die Parteien behaupten nicht, dass diese punktuellen Änderungen Auswirkungen auf den Streitwert haben (act. B 1, S. 4). Die Berufungsbeklagte hat im erstinstanzlichen Verfahren den Streitwert für ihr Rechtsbegehren zunächst auf CHF 30'000.00 beziffert (act. B 5/1, S. 2), der Berufungskläger auf CHF 100'000.00 (act. B 5/11, S. 3 ff.). RA BB\_\_\_ ging dann an der Hauptverhandlung vom 2. Juni 2014 ebenfalls von „CHF 100'000.00 für Klage und Widerklage“ aus (act. B 3/2, S. 2). Der Einzelrichter des Kantonsgerichts hat mit Verfügung vom 6. Februar 2013 den Streitwert auf CHF 100'000.00 festgelegt (act. B 5/16), dieser Beschluss wurde im vorinstanzlichen Urteil in E. 1.1 begründet. Die dortigen Ausführungen beziehen sich nun aber auf den Fall der Uneinigkeit und sind folglich obsolet, weil sich die Parteien, wie vorerwähnt, an der Hauptverhandlung auf einen Betrag von CHF 100'000.00 geeinigt haben (vgl. Art. 91 Abs. 2 ZPO). Demzufolge beläuft sich der Streitwert auf CHF 100'000.00, so dass die Streitwertgrenze von Art. 308 Abs. 2

ZPO ohne weiteres erreicht wird und die Berufung zulässig ist. Dieser Streitwert gilt auch für das Berufungsverfahren (vgl. *Suter/von Holzen*, in: Kommentar zur Schweiz. Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 12 zu Art. 96).

### **1.2.2 Streitwert für den Weiterzug an das Bundesgericht**

Gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG bestimmt sich der Streitwert bei Beschwerden gegen kantonale Endentscheide nach den Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben sind. Wie vorerwähnt sind im Berufungsverfahren, mit Ausnahme geringfügiger Änderungen bei den Widerklagebegehren, die Anträge beider Parteien unverändert geblieben. Es bleibt demzufolge bei einem Streitwert von CHF 100'000.00 (vgl. act. B 1, S. 3 und 10). Damit wird die Streitwertgrenze für die Beschwerde in Zivilsachen von CHF 30'000.00 nach Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG auf jeden Fall erreicht.

### **1.3 Änderung Rechtsbegehren**

Der Berufungskläger lässt vorbringen, das Rechtsbegehren der Widerklage (vgl. Ziff. 3 a) zweiter Absatz und Ziff. 3 b) zweiter Absatz) sei vorsorglich erneut leicht angepasst worden: „... *eventualiter als auf Personenwagen und Kleinlastwagen beschränktes Fahrrecht*“. Diese Ergänzung stelle keine unzulässige Klageänderung dar, da man der Berufungsbeklagten mit dem Eventualbegehren „mehr“ als nur ein Notfahrrecht zugestehe, was quasi ein „Minus“ bzw. eine „Einschränkung“ für die Position des Berufungsklägers in Bezug auf seine Widerklage darstelle.

Die Berufungsbeklagte lässt dazu ausführen, diese Änderung habe der Beklagte schon vor erster Instanz, nämlich in der Widerklagereplik vorgenommen.

Eine Klageänderung ist im Berufungsverfahren gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO nur noch zulässig, wenn: a. die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind; und b. sie zudem auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht. Die Klageänderung muss durch (zulässige) Noven ausgelöst worden sein (*Gasser/Rickli*, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N. 5 zu Art. 317). Es liegt keine Klageänderung vor, wenn ein Rechtsbegehren eingeschränkt wird (*Reetz/Hilber*, in: Kommentar zur Schweiz. Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 71 zu Art. 317). Der Berufungskläger hat die bereits vor Vorinstanz abgeänderte Widerklage im Berufungsverfahren wiederum leicht abgeändert. Dass der Berufungskläger mit den punktuell

vorgenommenen Änderungen der Widerklagebegehren weniger verlangt, wie er dies dartut, ist nicht offensichtlich. Der Berufungskläger hat auch nicht dargelegt, inwiefern sich die Änderungen auf neue Tatsachen oder Beweismittel abstützen. Die Frage der Zulässigkeit der vom Berufungskläger vor Obergericht gestellten Rechtsbegehren kann jedoch offenbleiben, da die Widerklage, ungeachtet der vorgenommenen Abänderungen, ohnehin vollumfänglich abzuweisen ist (siehe nachfolgende E. 2.3).

## **2. Materielles**

### **2.1 Inhalt des Fahrrechts: sachlich**

Der Berufungskläger lässt darauf hinweisen, das Fahrrecht verlaufe gemäss dem Servitutenprotokoll gleichzeitig „auf der Süd- und Nordseite des Hauses Grundstück Nr. 002“. Der Berufungskläger habe dafür eine schlüssige historische Erklärung gegeben, welcher das Kantonsgericht leider nicht die gebührende Beachtung geschenkt habe. Das Fahrrecht sei seinerzeit als „Rundlauf“ für die berechtigten Grundstücke begründet worden, und zwar für die gelegentlichen Zufahrten mit Pferdefuhrwerken (namentlich für Brennholz- und Jauchetransporte). Mit diesen Fuhrwerken seien auf den berechtigten Liegenschaften Wendemanöver, die eine Rückfahrt in der gleichen Spur erlaubt hätten, kaum möglich gewesen; daher der beschriebene Rundlauf. Es gehe um die Erschliessung im Rahmen einer rein privaten Wohnnutzung.

Die Berufungsbeklagte lässt entgegnen, aus dem Grundbucheintrag „Fahrrecht für den Haus- und Gutsgebrauch“ würden sich sowohl der Inhalt als auch der Umfang des Fahrrechtes zweifelsfrei ergeben. Hausgebrauch sei die Zu- und Wegfahrt zu Wohn- und Besuchszwecken; Gutsgebrauch sei die Zu- und Wegfahrt zu Bewirtschaftungszwecken. Das streitige Fahrrecht sei als Dienstbarkeit ungemessen. Der neuzeitliche Gebrauch des Fahrrechtes sei durch Motorfahrzeuge vom Zweck des Haus- und Gutsgebrauchs abgedeckt.

Zunächst kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz in E. 2.1.3 zu den Rechtsgrundlagen verwiesen werden. Hervorzuheben ist die in Art. 738 ZGB festgeschriebene Stufenordnung. Soweit sich demnach Rechte und Pflichten aus dem Eintrage deutlich ergeben, ist dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Im Rahmen des Eintrages kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit aus ihrem Erwerbsgrund oder aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (Art. 738 Abs. 2

ZGB). Das Bundesgericht hat seine Praxis zur Bestimmung des Inhalts von Grunddienstbarkeitsvertrages vor kurzem bestätigt, wonach massgebend zur Bestimmung des Inhalts einer Grunddienstbarkeit primär der Eintrag im Grundbuch ist und wenn dieser klar ist, nicht der aus irgendwelchen Gründen anderslautende Erwerbsgrund (Urteil des Bundesgerichts 5A\_657/2014 vom 27. April 2015, in: ius.focus 6/2015 S. 5). Stehen sich im Streit um den Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit nicht mehr die ursprünglichen Vertragsparteien, sondern Dritterwerber gegenüber (oder eine ursprüngliche Vertragspartei und ein Dritterwerber), werden die allgemeinen Grundsätze der Vertragsauslegung durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (Art. 973 Abs. 1 ZGB) begrenzt (BGE 137 III 148 E. 3.2.2; Urteil des Bundesgerichts 5A\_602/2012 vom 21. Dezember 2012 E. 3.2). Weiter hat die Vorinstanz in E. 2.1.3 zutreffend darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht unter anderem das im Kanton Appenzell Ausserrhoden gebräuchliche Servitutenprotokoll praxisgemäss als Erwerbsgrund behandelt und es nach den für den Dienstbarkeitsvertrag massgebenden Regeln auslegt (Urteil des Bundesgerichts 5A\_617/2009 vom 26. Januar 2010 E. 3.3). Das Wegrecht kann aufgrund der Bestimmungen im Dienstbarkeitsvertrag gemessen sein. Es steht den Parteien aber auch frei, ein ungemessenes Wegrecht zu vereinbaren, so dass sich sein Inhalt und sein Umfang nach den Bedürfnissen des berechtigten Grundstücks richten (Urteil des Bundesgerichts 5A\_66/2013 vom 29. August 2013 E. 7.3).

Die Vorinstanz führt in E. 2.1.4 a) aus, dass der Grundbucheintrag auf dem belasteten Grundstück Nr. 002 wie folgt lautet: „Fahrrecht für den Haus- und Gutsgebrauch zugunsten Grundstück Nr. 003, 004, 001 zulasten Grundstück Nr. 002.“ Gestützt auf diesen Eintrag handelt es sich mangels Regelung des Inhalts und des Umfangs des vereinbarten Fahrrechts um ein ungemessenes Fahrrecht, so dass hiefür die Bedürfnisse des Grundstücks Nr. 001 bestimmend sind. Das Obergericht teilt aufgrund der Formulierung des Grundbucheintrags die Meinung der Vorinstanz (E. 2.1.5), dass der fragliche Grundbucheintrag bezüglich des sachlichen Geltungsbereichs klar ist. So kann zur Frage, was die Formulierung „Haus- und Gutsgebrauch“ beinhaltet, auf das Urteil des Bundesgerichts 5A\_602/2012 vom 21. Dezember 2012 abgestellt werden, wo Inhalt und Umfang eines „Fahrrechtes für den normalen Haus-[,Guts- und Waldgebrauch“ im Kanton Appenzell Ausserrhoden zu beurteilen war. Das Bundesgericht kam im genannten Urteil zum Schluss, dass jenes Fahrrecht der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung und Wohnzwecken diene und alle dazu notwendigen Fahrten umfasse (E. 3.3 des vorgenannten Bundesgerichtsurteils). Daraus kann für den vorliegenden Fall ohne weiteres geschlossen werden, dass das Fahrrecht zugunsten des Grundstücks Nr. 001 der Berufungsbeklagten nicht nur der

landwirtschaftlichen Bewirtschaftung, sondern auch Wohnzwecken dienen soll und hierfür errichtet wurde. Insbesondere der Wohnzweck umfasst alle Fahrten, welche zu dessen Erreichung beim berechtigten Grundstück Nr. 001 anfallen. Dabei kommt es auf die Sicht des Durchschnittsbürgers an (Urteil des Bundesgerichts 5A\_602/2012 vom 21. Dezember 2012 E. 3.5). Zum gleichen Schluss käme man im Übrigen auch aufgrund des Servitutenprotokolls, welches in Übereinstimmung mit dem Grundbucheintrag ebenfalls von einem „Fahrrecht für Haus- und Gutsgebrauch“ spricht (act. B 5/2/4).

Das fragliche Fahrrecht wurde im Jahr 1898 begründet. Daher ist bezüglich einer Mehrbelastung infolge des erst später aufgekommenen Motorfahrzeugverkehrs darauf hinzuweisen, dass bei einer ungemessenen Dienstbarkeit dem Dienstbarkeitsbelasteten grundsätzlich diejenige Mehrbelastung zumutbar ist, die auf eine objektive Veränderung der Verhältnisse, wie etwa die Entwicklung der Technik, zurückgeht (Urteile des Bundesgerichts 5A\_602/2012 vom 21. Dezember 2012 E. 4.2; 5A\_66/2013 vom 29. August 2013 E. 7.3). Damit ist klar, dass auch das gegen Ende des 19. Jahrhunderts begründete Fahrrecht das Recht des berechtigten Grundstücks bzw. dessen Eigentümers umfasst, den Fahrweg mit Motorfahrzeugen statt mit Pferdefuhrwerken zu befahren.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass zugunsten des Grundstücks Nr. 001 der Berufungsbeklagten und zulasten des Grundstücks Nr. 002 des Berufungsklägers ein unbeschränktes Fahrwegrecht zu Wohn- sowie landwirtschaftlichen Zwecken besteht.

## **2.2 Inhalt des Fahrrechts: örtlich**

Der Berufungskläger lässt vorbringen, laut *Liver* (Zürcher Kommentar, N. 36 zu Art. 738 ZGB) bedürfe jeder Grundbucheintrag der Auslegung. Zu fragen sei, welchen Sinn und Zweck es habe machen können, das Fahrrecht entlang beider Seiten des Hauses von Grundstück Nr. 002 zu führen. Eine schlüssige historische Erklärung sei diejenige, dass das Fahrrecht seinerzeit als „Rundlauf“ für die berechtigten Grundstücke begründet worden sei, und zwar für die gelegentlichen Zufahrten mit Pferdefuhrwerken (namentlich für Brennholz- und Jauchetransporte). Mit diesen Fuhrwerken seien auf den berechtigten Liegenschaften Wendemanöver, die eine Rückfahrt in der gleichen Spur erlaubt hätten, kaum möglich gewesen. Es sei nicht grundsätzlich darum gegangen, den Berechtigten zwei Fahrspuren, die parallel verlaufen seien, zur Verfügung zu stellen. Die berechtigten Grundstücke seien nicht

landwirtschaftlich genutzt worden. Der „Rundlauf“ habe sich längst erübrigt. Seit Menschengedenken sei nicht entlang der Südseite des Hauses von Grundstück Nr. 002 zu- und weggefahren worden. Praktiziert worden sei nur ein nordseitiges Fahrrecht ohne direkte Zufahrt zum Haus. Das Fahrrecht auf der Nordseite werde vom Berufungskläger grundsätzlich nicht in Frage gestellt.

Die Berufungsbeklagte lässt geltend machen, ein ostseitiges Fahrrecht zulasten des beklagischen und zugunsten des klägerischen Grundstücks fehle aktuell. Die Berufungsbeklagte könne durch Ausübung ihres nordseitigen Fahrrechtes ihr Grundstück nicht erreichen. Die Einräumung eines ostseitigen Fahrrechtes durch den Berufungskläger würde nicht genügen, weil auch das Nachbargrundstück Nr. 004 westseitig beansprucht werden müsste. Der vom Berufungskläger behauptete Rundlauf gehöre ins Reich der Spekulation. Die Berufungsbeklagte könne heute auf ihrem eigenen Grundstück und auf den dienstbarkeitsbelasteten Fahrwegen nicht wenden. Der Rundlauf könnte ihr in diesem Sinne dienlich sein. Naheliegender als die quellenlose Behauptung eines Rundlaufs für die „Doppelseitigkeit“ sei folgende: 1898 hätten die drei hinterliegenden Grundstücke Nr. 003, 004 und 001 über das vorderliegende Grundstück Nr. 002 erschlossen werden sollen. Dass faktisch die Grundstücke Nr. 004 und 003 vorrangig von der nordseitigen Zufahrt profitiert hätten, während Grundstück Nr. 001 auf den südseitigen Fahrweg angewiesen gewesen sei, sei damals so klar wie heute erschienen. Den Aufwand zur Begründung je verschiedener Dienstbarkeiten habe man sich pragmatischerweise erspart.

Zu bestimmen ist, welche Bereiche des Grundstücks Nr. 002 vom berechtigten Grundstück Nr. 001 für die Ausübung des Fahrrechtes gemäss vorstehender E. 2.1 in Anspruch genommen werden dürfen. Aus dem Grundbucheintrag ergibt sich dazu nichts, was weiter nicht erstaunt, da der Inhalt von Dienstbarkeiten auf dem Hauptblatt nur in Form eines Stichwortes umschrieben wird (Art. 98 Abs. 2 lit. c Grundbuchverordnung; GBV, SR 211.432.1). Wiederum in Anwendung der Stufenordnung gemäss Art. 738 ZGB ist daher gestützt auf dessen Absatz 2 auf den Erwerbsgrund und folglich auf das Servitutenprotokoll zurückzugreifen (act. B 5/2/4 und B 5/12/3). Dieses hält zu Grundstück Nr. 002 fest (act. B 5/12/3): „Die Grundstücke Nr. 003, 004 und 001 haben ein Fahrrecht für Haus- und Gutsgebrauch und es erstreckt sich dasselbe auf den Fahrweg auf der Süd- und Nordseite des Hauses Grundstück Nr. 002.“ Dementsprechend steht dem Grundstück Nr. 001 ein Fahrrecht auf der Süd- und Nordseite des Hauses auf dem Grundstück Nr. 002 des Berufungsklägers zu. Wie die Berufungsbeklagte zutreffend ausführt, verfügt ihr Grundstück Nr. 001 auf der Ostseite von Grundstück Nr. 002 über kein Fahrrecht, weder von Grundstück Nr. 002 noch von den Grundstücken Nr. 004 und 003. Damit fehlt Grundstück Nr. 001

eine rechtlich gesicherte Verbindung vom nordseitigen Fahrweg her. Ein „Rundlauf“ wäre für das Grundstück Nr. 001 also derzeit nicht möglich. Es verbleibt einzig die Zufahrt über den Fahrweg auf der Südseite der Liegenschaft auf Grundstück Nr. 002, der direkt zum Grundstück Nr. 001 führt. Offen bleiben kann das Thema „Wendeplatz“, da dies im vorliegenden Verfahren nicht Gegenstand der Beurteilung ist.

Welches sind nun die Folgen daraus, dass die Berufungsbeklagte kein Fahrrecht vom nordseitigen Weg auf Grundstück Nr. 002 zu ihrer Parzelle hat? Sie macht geltend, sie sei auch bei Zusprechung des südseitigen Fahrrechts auf das nordseitige Fahrrecht weiterhin angewiesen, wenn sie mit einem grösseren Fahrzeug, z. B. einem Zügelwagen, zufahren wolle (act. B 5/48/1, S. 3). Es stellt sich hier die Frage, ob solche Fahrzeuge für den Warenumsschlag auf dem nordseitigen Fahrweg abgestellt werden dürfen. Dies ist zu verneinen, denn ein Fahrrecht schliesst nicht ohne weiteres ein Parkierungsrecht oder die Ablagerung von Transportgut in sich ein (*Liver*, in: Zürcher Kommentar, 2. Aufl. 1968, N. 168 zu Art. 730 ZGB; Urteil des Bundesgerichts 5C.199/2002 vom 17. Dezember 2002 E. 3.1 und 3.2). Daraus folgt, dass die Berufungsbeklagte (zur Zeit) kein rechtlich geschütztes Interesse am Fahrweg auf der Nordseite hat, weil sie darüber nicht zu ihrem Grundstück gelangen kann und auch keine Fahrzeuge oder Waren auf dem Weg abstellen darf. Die Sachlage könnte dann neu beurteilt werden, wenn der Berufungsbeklagten für die Ostseite von Grundstück Nr. 002 von diesem sowie Nr. 004 (Hr. K\_\_\_) das Recht zur Durchfahrt eingeräumt werden würde. Das Fahrrecht von B\_\_\_ auf der Nordseite der Liegenschaft von A\_\_\_ ist deshalb nicht untergegangen, zur Zeit aber nicht durchsetzbar.

Der Vollständigkeit halber ist abschliessend auf das Urteil des Bundesgerichts 5A\_264/2009 vom 4. Juni 2009 E. 3.5, hinzuweisen. Darin wird ausgeführt: „Lässt sich der Zweck der Dienstbarkeit anhand des Erwerbstitels konkret bestimmen, ist die Art der Ausübung nicht zu berücksichtigen. Dass das Wegrecht während der letzten 37 Jahre angeblich nur zu landwirtschaftlichen Zwecken genutzt worden sei, lässt andere vertraglich zulässige Nutzungsarten nicht untergehen.“ Daraus lässt sich für den vorliegenden Fall ohne weiteres ableiten, dass sich angesichts dessen, dass in casu der Zweck sowie Inhalt und Umfang des Fahrrechtes aus dem Grundbucheintrag sowie dem Servitutenprotokoll klar ergeben, die bisherige Nichtausübung des Fahrrechtes auf der Südseite irrelevant ist. Selbst wenn also, wie vom Berufungskläger behauptet, das Fahrrecht auf der Südseite seit dessen Errichtung nie ausübt worden wäre, wäre dieses nicht untergegangen.

Folglich muss die Klage bezüglich des nordseitigen Fahrweges abgewiesen werden bzw. darauf kann nicht eingetreten werden. In diesem Punkt ist das Urteilsdispositiv Ziff. 1 des Kantonsgerichtes vom 2. Juni 2014 entsprechend abzuändern.

## **2.3 Widerklage**

### **2.3.1 Löschung Fahrrecht auf der Südseite**

Der Berufungskläger lässt auf die Möglichkeit der Löschung einer Dienstbarkeit nach Art. 736 ZGB hinweisen. Das doppelseitige südliche Fahrrecht sei (seit geraumer Zeit) nicht mehr notwendig. Es bestehe daran kein hinreichendes Interesse auf Seiten der Dienstbarkeitsberechtigten mehr, weil sich der historische Zweck des doppelseitigen südlichen Fahrrechtes aufgrund des technischen Fortschrittes erübrigt habe. Eine südseitige Zufahrt wäre für die Berufungsbeklagte vorteilhafter bzw. bequemer. Aber für den Berufungskläger würde sie eine Belastung von einem Ausmass erreichen, das im Verhältnis zum Interesse der Berufungsbeklagten ungleich stärker ins Gewicht fallen würde. Die Voraussetzungen von Art. 736 Abs. 2 ZGB seien damit erfüllt. Art. 736 Abs. 2 ZGB sehe auch eine teilweise Löschung ausdrücklich vor. Für die Beurteilung der Ablösung des südseitigen Fahrrechts und die Interessenabwägung könne es keine Rolle spielen, ob gegenwärtig eine dienstbarkeitsrechtliche Berechtigung für eine ostseitige Zufahrt bestehe. Eine Abwägung der Interessen müsse zugunsten des Berufungsklägers ausfallen und würde damit eine Löschung des doppelseitigen südseitigen Fahrrechts rechtfertigen. Mangels Gebrauch des südseitigen Fahrrechts seit Menschengedenken bereits durch die Vorgänger der Berufungsbeklagten sei bewusst eine faktische Änderung des Fahrrechts veranlasst worden.

Die Berufungsbeklagte lässt dem entgegenhalten, sie habe ein erhebliches Interesse an der Ausübung der südseitigen Dienstbarkeit für sich, Besucher und Lieferanten. Die Widerklage auf Löschung sei deshalb abzuweisen. Es möge sein, dass die Belastung des beklagten Grundstücks durch die südseitige Dienstbarkeit erheblich sei, jedoch sei das Interesse der Berufungsbeklagten zumindest gleich gross. Deshalb komme eine Ablösung nicht in Frage.

Hat eine Dienstbarkeit für das berechnigte Grundstück alles Interesse verloren, so kann der Belastete ihre Löschung verlangen (Art. 736 Abs. 1 ZGB). Wie aus den Ausführungen in vorstehender E. 2.1 und 2.2 klar hervorgeht, besteht ein sehr erhebliches Interesse der Berufungsbeklagten an der Durchsetzung ihres Fahrrechts auf der Südseite des Grundstücks Nr. 002. Diese Zufahrtsvariante stellt die einzige

Möglichkeit für sie dar, mit Fahrzeugen zu ihrem Grundstück Nr. 001 zu gelangen. Art. 736 Abs. 1 ZGB ist somit nicht anwendbar.

Ist ein Interesse des Berechtigten zwar noch vorhanden, aber im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung, so kann die Dienstbarkeit gegen Entschädigung ganz oder teilweise abgelöst werden (Art. 736 Abs. 2 ZGB). Die (vollständige oder teilweise) Ablösung gegen Entschädigung gemäss Art. 736 Abs. 2 ZGB setzt voraus, dass nach Errichtung der Dienstbarkeit das Interesse an ihrer Aufrechterhaltung im Verhältnis stark abgenommen hat, sei es wegen einer Verringerung des Interesses des Eigentümers des berechtigten Grundstücks, sei es wegen einer Erschwerung der Belastung für den Eigentümer (Urteil des Bundesgerichts 5A\_797/2013 vom 17. September 2014 = Pra 7/2015 Nr. 66 E. 4.1). Das Missverhältnis muss auf Umstände zurückzuführen sein, die *nach* der Dienstbarkeitserrichtung eingetreten sind; ein ursprünglich bestehendes Missverhältnis kann nicht gestützt auf Art. 736 Abs. 2 ZGB korrigiert werden (Göksu, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2007, N. 11 zu Art. 736). In casu ist Art. 736 Abs. 2 ZGB nicht anwendbar, denn das Problem der Linienführung des Fahrwegs auf der „wertvolleren“ Südseite des Hauses auf Grundstück Nr. 002 besteht seit der Errichtung der Dienstbarkeit. Zudem hat die Berufungsbeklagte nicht ein „geringes Interesse“ am Fahrweg auf der Südseite, sondern im Gegenteil, wie vorerwähnt, ein sehr erhebliches. Somit liegt kein Fall von Art 736 Abs. 2 ZGB vor.

Ändern sich die Bedürfnisse des berechtigten Grundstückes, so darf dem Verpflichteten eine Mehrbelastung nicht zugemutet werden (Art. 739 ZGB). Wie in vorstehender E. 2.1 aufgeführt, ist bei ungemessenen Dienstbarkeiten eine Mehrbelastung als Folge der technischen Entwicklung grundsätzlich zumutbar. Mit anderen Worten stellt das Befahren des Fahrwegs mit Motorfahrzeugen statt Pferdefuhrwerken, wie dies im Zeitpunkt der Errichtung der Fall war, keine unzumutbare Mehrbelastung im Sinne von Art. 739 ZGB dar. Zur Mehrbelastung im Sinne von Art. 739 ZGB: Beispielsweise muss sich der Eigentümer des belasteten Grundstücks eine Mehrbelastung infolge Teilung des berechtigten Grundstücks nicht gefallen lassen. Die Vergrösserung oder Vermehrung der Gebäude auf dem herrschenden Grundstück, die dazu führt, dass mehr Personen auf diesem wohnen und aus diesem Grund die Wege stärker begangen und befahren werden, kann dagegen grundsätzlich nicht als Überschreitung des Dienstbarkeitsrechtes betrachtet werden (*Petit-pierre*, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Aufl. 2015, N. 6 zu Art. 739). Vorliegend ist keine Änderung der Bedürfnisse des berechtigten Grundstücks Nr. 001 ersichtlich, welche zu einer Mehrbelastung des belasteten Grundstücks Nr. 002

im Sinne von Art. 739 ZGB führen würde. Die Eigentümerin von Grundstück Nr. 001 beabsichtigt einzig, das ihr gemäss Grundbucheintrag zustehende Fahrrecht zu dem Zwecke auszuüben, zu dem es ursprünglich errichtet wurde. Wie erwähnt, hat der Eigentümer des belasteten Grundstücks eine Mehrbelastung aufgrund der seither erfolgten Motorisierung des Verkehrs hinzunehmen. Andere Mehrbelastungen sind nicht ersichtlich. Somit stellt auch Art. 739 ZGB keine Grundlage für eine Löschung des südseitigen Fahrrechtes dar.

Wird durch die Ausübung der Grunddienstbarkeit nur ein Teil des Grundstückes in Anspruch genommen, so kann der Eigentümer, wenn er ein Interesse nachweist und die Kosten übernimmt, die Verlegung auf eine andere, für den Berechtigten nicht weniger geeignete Stelle verlangen. Hiezu ist er auch dann befugt, wenn die Dienstbarkeit im Grundbuch auf eine bestimmte Stelle gelegt worden ist (Art. 742 ZGB). Auch aus dieser Bestimmung ergibt sich aufgrund der vorstehenden E. 2.1 und 2.2 kein Recht des Berufungsklägers auf Löschung des Fahrrechtes auf der Südseite seiner Parzelle. Denn es besteht für die dienstbarkeitsberechtigte Eigentümerin von Grundstück Nr. 001 derzeit eben gerade keine andere, ebenfalls geeignete Zufahrtsmöglichkeit, da sie über die Nordzufahrt nicht zu ihrer Liegenschaft gelangen kann. Hinzu kommt, dass selbst nach Ansicht des Berufungsklägers die Ostseite für die Zufahrt zum Grundstück Nr. 001 im Winter weniger geeignet wäre als die südseitige Zufahrt (act. B 5/48/1, S. 6; vgl. auch: Urteil des Bundesgerichts 5C.91/2004 vom 5. August 2004 E. 5.2.).

Ein Lösungsgrund für den im Servitutenprotokoll aufgeführten südseitigen Fahrweg über das Grundstück Nr. 002 zu Grundstück Nr. 001 ist nicht ersichtlich.

### **2.3.2 Änderung Fahrrecht auf der Nordseite (ev. Nord- und Ostseite) in ein Notfahrrecht**

Der Berufungskläger lässt vorbringen, gleichzeitig mit der Löschung des Fahrrechtes auf der Südseite erscheine eine Neuumschreibung des Fahrrechtes als angezeigt: Dieses sei in Bezug auf die Nordseite des Hauses auf dem Grundstück Nr. 002 entlang dessen nördlicher Grenze und (allenfalls auch entlang der östlichen Grenze) als Notfahrrecht einzutragen. Eine ostseitige Zufahrt auf dem Grundstück des Berufungsklägers sei ohne weiteres möglich und werde eventualiter beantragt. Es gehe nicht um die Umdeutung des Rechts, sondern um eine Umschreibung des eingeschränkten nördlichen Fahrrechtes als Notfahrrecht im Gerichtsurteil.

Die Berufungsbeklagte lässt einwenden, ein ostseitiges Fahrrecht zulasten des beklagischen und zugunsten des klägerischen Grundstücks fehle aktuell. Die Be-

rufungsbeklagte könne durch Ausübung ihres nordseitigen Fahrrechtes ihr Grundstück nicht erreichen. Die Einräumung eines ostseitigen Fahrrechtes durch den Berufungskläger würde nicht genügen. Auch das Nachbargrundstück Nr. 004 müsste westseitig beansprucht werden. Die nachträgliche Umdeutung eines als privatrechtliche Dienstbarkeit eingetragenen Rechts als Notweg sei unzulässig.

Hat ein Grundeigentümer keinen genügenden Weg von seinem Grundstück auf eine öffentliche Strasse, so kann er beanspruchen, dass ihm die Nachbarn gegen volle Entschädigung einen Notweg einräumen (Art. 694 Abs. 1 ZGB). Das Begehren des Berufungsklägers bezogen allein auf die Nordseite ist von vorneherein obsolet, weil das Obergericht in vorstehender E. 2.2 zum Schluss gekommen ist, dass diese Zufahrtsvariante für die Berufungsbeklagte zur Zeit nicht durchsetzbar ist. Der Eventualantrag betreffend die Nord- und Ostseite, nämlich entlang der nördlichen und östlichen Grenze ist abzuweisen, weil keine Wegnot besteht und die Berufungsbeklagte aus diesem Grund auch keinen Anspruch auf einen Notweg hätte. Wie in E. 2.2 ausgeführt, verfügt die Berufungsbeklagte über ein ordentliches, uneingeschränktes Fahrrecht auf der Südseite des Hauses auf Parzelle Nr. 002. Mit dem vom Berufungsbeklagten vorgeschlagenen Notweg auf der Ostseite seiner Liegenschaft muss sie sich daher nicht zufrieden geben.

### **2.3.3 Änderung Fahrrecht auf der Nordseite (evt. Nord- und Ostseite) in ein Fahrrecht, das auf Personenwagen und Kleinlastwagen beschränkt ist**

Dieser Antrag des Berufungsklägers kann offen gelassen werden, weil die Berufungsbeklagte keinen Anspruch auf die Ausübung eines Fahrrechtes auf der Nordseite des Hauses auf Grundstück Nr. 002 hat und ihr für die Ostseite zudem die erforderlichen Berechtigungen fehlen (siehe E. 2.2).

### **2.3.4 Kostentragung Notfahrrecht auf der Nordseite (ev. Nord- und Ostseite) sowie des auf Personenwagen und Kleinlastwagen beschränkten Fahrrechts auf der Nordseite (ev. Nord- und Ostseite).**

Der Berufungskläger lässt ausführen, eine Regelung des Unterhalts sei sowohl für das nordseitige als auch für das südseitige Fahrrecht angezeigt. Eine Regelung der für die Ausübung der Dienstbarkeit notwendigen Investitions- und Unterhaltskosten in Anlehnung an Art. 741 ZGB sei jedenfalls notwendig und werde beantragt.

Die Berufungsbeklagte lässt anfügen, die Last des Unterhalts sei in Art. 741 ZGB geregelt. Der Berufungskläger habe eine gerichtliche Regelung der Unterhaltspflicht – zulasten der Berufungsbeklagten – ausdrücklich nur für das von ihm wiederklage-

weise als Reduktion geforderte Notfahrrecht der Berufungsbeklagten auf der Nordseite, allenfalls auf der Ostseite, anbegehrt.

Unbesehen davon, ob sich die Anträge in der Widerklage bezüglich der Kostenfrage auf ein Notfahrrecht oder eventualiter auf ein auf Personenwagen und Kleinlastwagen beschränktes Fahrrecht beziehen, können diese offen bleiben, da sich sämtliche Anträge auf die Nord- und Ostseite beziehen. Wie in vorstehender E. 2.2 ausgeführt, hat die Berufungsbeklagte bezüglich dieser Wegführung keinen Anspruch auf die Durchsetzung ihres Fahrrechtes bzw. es fehlen ihr die erforderlichen Rechte.

### **2.3.5 Zusammenfassung**

Gestützt auf die vorstehenden E. 2.3.1 – 2.3.4 ist die Widerklage abzuweisen.

## **2.4 Ergebnis**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Berufungsbeklagte für Wohn- und landwirtschaftliche Zwecke über ein unbeschränktes Fahrrecht auf der Südseite der Liegenschaft auf Grundstück Nr. 002 verfügt. Der Berufungskläger hat ihr dieses Recht zu gewährleisten. Hingegen ist die Klage abzuweisen, soweit sie das Fahrrecht auf der Nordseite des Hauses auf Grundstück Nr. 002 betrifft. Ebenfalls abzuweisen ist die Widerklage.

## **3. Prozesskosten**

### **3.1 Erstinstanzliche Gerichtskosten**

Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Prozesskosten beinhalten sowohl die Gerichtskosten wie auch die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Der Streitwert vor Kantonsgericht betrug CHF 100'000.00 (vorstehende E. 1.2.1). Die Berufungsbeklagte ist vor Obergericht mit ihrer Klage hinsichtlich des südseitigen, nicht aber des nordseitigen Fahrrechtes durchgedrungen, die Widerklage des Berufungsklägers wurde dagegen abgewiesen. Diesem Verfahrensausgang Rechnung tragend, hat die Berufungsbeklagte 1/4 und der Berufungskläger 3/4 der erstinstanzlichen Ge-

richtskosten zu bezahlen, unter Anrechnung des von der Berufungsbeklagten geleisteten Vorschusses von CHF 1'000.000 auf ihren Rechtskostenanteil (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

### **3.2 Gerichtskosten im Berufungsverfahren**

Die Kostenverteilung bestimmt sich wiederum nach Art. 106 Abs. 2 ZPO. Der Streitwert vor Obergericht beträgt unverändert CHF 100'000.00 (vorstehende E. 1.2.1) und aufgrund des Verfahrensausganges sind die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens ebenfalls zu 1/4 der Berufungsbeklagten und zu 3/4 dem Berufungskläger aufzuerlegen, unter Anrechnung des vom Berufungskläger geleisteten Kostenvorschusses von CHF 5'000.00. Die Berufungsbeklagte hat dem Berufungskläger vom geleisteten Kostenvorschuss den Betrag von CHF 500.00 zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Als dem Umfang sowie dem Streitwert der Streitsache angemessen erachtet das Obergericht eine Gerichtsgebühr von CHF 6'000.00 (Art. 19 Abs. 1 lit. b Gebührenordnung, bGS 233.3).

### **3.3 Erstinstanzliche Parteientschädigungen**

Unter Hinweis auf die vorstehenden E. 3.1 und 3.2 und Art. 106 Abs. 2 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 und 3 ZPO ist bei der Verteilung der Parteientschädigungen der gleiche Verteilschlüssel wie bei den Gerichtskosten anzuwenden. Dabei ist zu beachten, dass der Anteil der Prozessentschädigung, welcher der mehrheitlich obsiegenden Partei zu bezahlen ist, praxisgemäss mit der Differenz der Anteile am Prozessgewinn gleichgesetzt wird. Das heisst, dass der mehrheitlich unterliegende Berufungskläger der Berufungsbeklagten 2/4 bzw. 1/2 (3/4 minus 1/4) ihrer notwendigen Auslagen zu ersetzen und die Kosten ihrer berufsmässigen Vertretung zu erstatten hat (vgl. Art. 95 Abs. 3 lit. a und b ZPO).

Die Parteientschädigung spricht das Gericht nach den Tarifen (Art. 96 ZPO) zu. Die Parteien können eine Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). RA BB\_\_\_ hat dem Kantonsgericht eine Kostennote in der Höhe von CHF 28'487.15 eingereicht (act. B 5/49/2). Diese Kostennote ist in Nachachtung von Art. 105 Abs. 2 ZPO auf deren Tarifkonformität zu überprüfen. Folgende Positionen bedürfen einer Überprüfung:

Ausgehend von einem Streitwert von CHF 100'000.00 errechnet RA BB\_\_\_ gestützt auf Art. 9 Abs. 2 lit. d des Anwaltstarifes (bGS 145.53) korrekt ein mittleres Honorar von CHF 12'400.00. Gestützt auf Art. 12 Abs. 1 lit. a bis e Anwaltstarif können zum

mittleren Honorar Zuschläge erhoben werden. Der einzelne Zuschlag beträgt 10 bis 40 % des Grundhonorars. Die Zuschläge dürfen insgesamt das Grundhonorar in der Regel nicht überschreiten (Art. 12 Abs. 2 Anwaltstarif). Unter dem Titel „Augenschein/Einigungsverhandlung“ stellt RA BB\_\_\_ einen Zuschlag von 30 % des mittleren Honorars, entsprechend CHF 3'720.00, in Rechnung. Art. 12 Abs. 1 lit. a Anwaltstarif gewährt einen Zuschlag für die Teilnahme an einer zusätzlichen Verhandlung wie Experteninstruktion, Beweiserhebung oder Schlussverhandlung. Die Vorinstanz hat für den Augenschein und die Einigungsverhandlung eine Kürzung der Kostennote um 10 % vorgenommen und einen Zuschlag von 20 % zugestanden (vorinstanzliche E. 3.3). Das Obergericht erachtet bei dieser Position einen Zuschlag von 25 % als dem nicht unbeträchtlichen Aufwand angemessen, was CHF 3'100.00 ausmacht.

Für „zusätzliche Eingaben, Replik/Widerklageantwort“ macht RA BB\_\_\_ einen Zuschlag von 35 % vom mittleren Honorar und für die „Widerklageduplik“ einen solchen von 20 % geltend. Die Vorinstanz hat beide Zuschläge nicht berücksichtigt. Art. 12 Abs. 1 lit. b Anwaltstarif sieht einen Zuschlag für eine von der Behörde verlangte oder zugelassene zusätzliche und erhebliche Eingabe vor. Das Obergericht stellt fest, dass die Widerklageantwort Bestandteil des ersten Schriftenwechsels ist, weshalb gestützt auf die genannte Bestimmung kein zusätzliches Honorar verlangt werden kann. Hingegen erachtet das Obergericht für die am 3. Oktober 2013 eingereichte Replik (act. B 5/34) einen Zuschlag von 20 %, also CHF 2'480.00, als angebracht und angemessen. Dagegen kann mangels Erheblichkeit der Widerklageduplik (act. B 5/42), sie umfasst 4 Seiten, kein Zuschlag gewährt werden.

Weiter stellt RA BB\_\_\_ für „aufwändige Vergleichsverhandlungen, vorgerichtlich und pendente lite“ einen Zuschlag von 25 % in Rechnung. Die Vorinstanz hat den Zuschlag auf 10 % gekürzt (vorinstanzliche E. 3.3). Das Obergericht ist ebenfalls der Ansicht, dass im vorliegenden Fall ein Zuschlag von 10 % angemessen ist. Zu berücksichtigen ist dabei, dass – dies gilt für den Aufwand nach Klageeinreichung – wegen der vom Kantonsgericht am 14. Mai 2013 durchgeführten Einigungsverhandlung (act. B 5/20) der Aufwand für weitere Verhandlungen reduziert worden ist. Bei dieser Position sind demnach 10 % von CHF 12'400.00 bzw. CHF 1'240.00 geschuldet.

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen resultiert ein tarifkonformer Honorarbetrag von CHF 19'220.00 (12'400 + 3'100 + 2'480 + 1'240). Hinzu kommen die Barauslagen von CHF 337.00, was CHF 19'557.00 ergibt. Zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer bzw. CHF 1'564.55 resultiert ein Honorarbetrag für das erstinstanzliche Verfahren von CHF 21'121.55.

Von dem für das erstinstanzliche Verfahren errechneten Betrag für die Kosten der Rechtsvertretung der Berufungsbeklagten von CHF 21'121.55 hat der Berufungskläger 1/2, also CHF 10'560.80, zu übernehmen.

### **3.4 Parteientschädigungen im Berufungsverfahren**

Unter Hinweis auf vorstehende E. 3.3 und Art. 106 Abs. 2 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 und 3 lit. a und b ZPO hat der Berufungskläger der Berufungsbeklagten wiederum 1/2 ihrer notwendigen Auslagen und die Kosten ihrer berufsmässigen Vertretung im zweitinstanzlichen Verfahren zu bezahlen. Die Honorarnote von RA BB\_\_\_ vom 22. September 2015 im Betrag von CHF 6'780.25 (act. B 13) bedarf der Korrektur. Gestützt auf Art. 20 lit. b Anwaltstarif beträgt das Honorar im Rechtsmittelverfahren mit mündlicher Verhandlung 40 bis 75 %. Berechnungsgrundlage ist das mittlere Honorar, in casu somit CHF 12'400.00. RA BB\_\_\_ setzt bei Art. 20 lit. b Anwaltstarif 50 % ein. Aufgrund dessen, dass der Augenschein rund eine Dreiviertelstunde dauerte und die Streitsache anschliessend in Abwesenheit der Parteien und ihrer Rechtsvertreter beraten wurde, erscheint ein Zuschlag von 40 % als ausreichend und angemessen. Dies ergibt CHF 4'960.00. Zu addieren sind die Barauslagen von CHF 78.00, was CHF 5'038.00 ergibt. Zuzüglich Mehrwertsteuer von 8 % bzw. CHF 403.05 macht dies für das zweitinstanzliche Verfahren einen Betrag von CHF 5'441.05 aus, so dass der Berufungskläger der Berufungsbeklagten 1/2 ihrer Kosten für die Rechtsvertretung im Berufungsverfahren, somit CHF 2'720.50, zu bezahlen hat.

## Das Obergericht erkennt:

1. Der Beklagte A\_\_\_ wird verpflichtet, das im Grundbuch zugunsten der klägerischen Liegenschaft ZZ, C\_\_\_ (Grundstück Nr. 001, Grundbuch C\_\_\_) und zulasten der beklagischen Liegenschaft XX, C\_\_\_ (Grundstück Nr. 002, Grundbuch C\_\_\_) eingetragene südseitige Fahrrecht für die Zufahrt mit Motorfahrzeugen für den täglichen Bedarf der Klägerin B\_\_\_ sowie den andern Bewohnern, Besuchern und Lieferanten, zu gewährleisten.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten im Betrag von CHF 9'200.00 werden zu  $\frac{1}{4}$  (CHF 2'300.00) der Klägerin und Widerbeklagten und zu  $\frac{3}{4}$  (CHF 6'900.00) dem Beklagten und Widerkläger auferlegt, unter Verrechnung mit dem von der Klägerin und Widerbeklagten geleisteten Vorschuss von CHF 1'000.00 auf ihren Rechtskostenanteil.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 6'000.00, werden zu  $\frac{1}{4}$  (CHF 1'500.00) B\_\_\_ und zu  $\frac{3}{4}$  (CHF 4'500.00) A\_\_\_ auferlegt, unter Verrechnung mit dem von A\_\_\_ geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'000.00. B\_\_\_ hat A\_\_\_ vom geleisteten Kostenvorschuss den Betrag von CHF 500.00 zu ersetzen.
- 5
  - a) A\_\_\_ hat B\_\_\_ für die Kosten ihrer Rechtsvertretung im erstinstanzlichen Verfahren mit CHF 10'560.80 (inkl. Barauslagen und MWSt) zu entschädigen.
  - b) A\_\_\_ hat B\_\_\_ für die Kosten ihrer Rechtsvertretung im Berufungsverfahren mit CHF 2'720.50 (inkl. Barauslagen und MWSt) zu entschädigen.

6. **Rechtsmittel:**

Gegen dieses Urteil steht innert einer Frist von **30 Tagen** seit Zustellung die Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht offen (Art. 72-77 BGG, SR 173.110). Die Beschwerde in Zivilsachen ist bei der Bundesgerichtskanzlei, Avenue du Tribunal-Fédéral 29, Postfach, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).

7. Zustellung am 26. Januar 2016 an:
  - die Parteien über ihre Rechtsvertreter
  - Kantonsgericht, Verfahren Nr. K3Z 13 6

Der Obergerichtsvizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. W. Kobler

B. Widmer, Fürsprecherin