

ZK 10 411 publiziert Juni 2011

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 11. Januar 2011

Besetzung

Oberrichterin Apolloni Meier, Oberrichter Messer und Oberrichter Studiger
Gerichtsschreiber Erismann

Verfahrensbeteiligte

X.,

Klägerin/Appellantin

gegen

Einwohnergemeinde A.,

Beklagte/Appellatin

Einwohnergemeinde B.,

Intervenientin

Einwohnergemeinde C.,

Intervenientin

Gegenstand

Sachenrecht übriges

Appellation gegen das Urteil des Gerichtspräsidenten 2 des Gerichtskreises IX
Schwarzenburg – Seftigen vom 23. Juli 2010

Regeste:

1) Art. 781 Abs. 3 i.V.m. Art. 738 ZGB Abs. 1 ZPO. Umfang einer altrechtlichen Personaldienstbarkeit.

2) Auslegung nach der Stufenfolge von Art. 738 ZGB vor dem historischen Hintergrund der Aufnahme der altrechtlichen Dienstbarkeiten in das kantonale und das eidgenössische Grundbuch.

Nach dem klaren Wortlaut des Grundbucheintrages handelt es sich bei der fraglichen Servitut um eine Gemeindedienstbarkeit, bei der als formell Berechtigter eine Gemeinde erscheint, die Belastung aber der Öffentlichkeit dient, wobei in casu keine Einschränkung auf An- oder Einwohner der fraglichen Gemeinde besteht. Zum gleichen Ergebnis führt die im

Sinne einer Eventualbegründung vorgenommene Auslegung nach dem Erwerbsgrund und der Art der längeren, unangefochtenen, gutgläubigen Ausübung.

Die Formulierung der Rechtsbegehren lässt eine Einschränkung einer allenfalls unzulässigen Mehrbelastung i.S.v. Art. 739 ZGB nicht zu.

Abweisung der Klage.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Klägerin/Appellantin ist Eigentümerin des Grundstücks Nr. 211 auf dem Gebiet der Gemeinde A. Es handelt sich dabei um eine Strassenparzelle, welche gemäss Grundbuch mit der Dienstbarkeit „Oeffentliches Wegrecht z.G. Einwohnergemeinde A.“ belastet ist. Über das Grundstück Nr. 211 führt eine geteerte Strasse ab der Staatsstrasse S. bis zur Abzweigung zum Schloss A. und von dort aus weiter zum Weiler E. und zum Weiler F., wo sich die Gaststätte G. befindet. Von dort führt die Strasse zum Gehöft H. und mündet schliesslich vor der Grenze zur Einwohnergemeinde C. wieder in die Staatsstrasse S. ein.

Die Klägerin verlangte, es sei festzustellen, dass (1.) sich die Wegrechtsdienstbarkeit auf die Benützung der Strasse durch die direkten Anwohner der Gemeinde A. bezieht, und (2.) auf der Parzelle Nr. 211 kein Durchgangsverkehr gestattet ist.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

IV. Rechtliches

Allgemeines

1. Bei dem strittigen allgemeinen Fuhrwegrecht handelt es sich um eine altrechtliche Personaldienstbarkeit. Nach den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz (E. III.1, p. 327 ff.) gilt zur Ermittlung von Inhalt und Umfang dieser Dienstbarkeit qua Verweis in Art. 781 Abs. 3 ZGB die Stufenfolge von Art. 738 ZGB: Massgebend ist der Grundbucheintrag, soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrag deutlich ergeben (Abs. 1). Nur bei unklarem Wortlaut des Eintrags ist im Rahmen desselben auf den Erwerbsgrund zurückzugreifen (Abs. 2). Schliesslich ist – wenn auch der Erwerbsgrund nicht schlüssig ist - die Art der unangefochtenen, gutgläubigen Ausübung während längerer Zeit heranzuziehen (Abs. 2). Abzustellen ist ferner auf den Zweck, welcher der Dienstbarkeit unter Berücksichtigung der Interessen und Bedürfnisse der Berechtigten vernünftigerweise beizulegen ist (BSK-PETITPIERRE, Art. 738 ZGB N 10, Art. 781 ZGB N 7).

Geschichtliches

2. Das bernische Zivilrecht, welches bis zum Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuches am 1. Januar 1912 in Geltung war, kannte nicht nur Dienstbarkeiten

zugunsten eines oder mehrerer Grundstücke, sondern auch solche zugunsten einer ganzen Gemeinde oder Gemeindemark bzw. der Öffentlichkeit (sog. Prädialservitut).

3. Der Appellationshof des Kantons Bern führte in seinem Entscheid vom 8. Dezember 1914 (ZBJV 51 (1915) Nr. 62, 416 f.; vgl. auch ZBJV 41 (1905) Nr. 12, 97; ZBJV 101 (1965), 477) dazu aus: *„Prädialservituten ohne herrschendes Grundstück waren allerdings dem römischen Rechte unbekannt und das bernische Recht steht grundsätzlich auf dem gleichen Standpunkt (...), allein die Praxis hat schon längst auf Grundstücken Dritter lastende Berechtigungen zu Gunsten einer Gemeindemark oder eine Korporation oder eines Gewerbebetriebes, die ihrem Inhalte nach nichts anderes als Prädialservituten im römisch-rechtlichen Sinne sind, als zulässig anerkannt und insbesondere nach dem Vorgang der deutschen Literatur und Rechtsprechung solche „öffentlichen“ Servituten, wie man sie nennen kann, geschützt und den römischrechtlichen Servituten analog behandelt (...). Seit diesem Urteil hat der Appellhof stets den Standpunkt festgehalten, dass sog. öffentliche Servituten als eine Art Prädialservituten, ohne dass ein oder mehrere Grundstücke als herrschende zu bezeichnen wären, auch nach bernischem Recht anzuerkennen seien. (...). Ist somit ein rein privatrechtliches Dienstbarkeitsrecht zu Gunsten der Oeffentlichkeit, als deren rechtliche und organische Vertreterin die Einwohnergemeinde Wimmis im Grundbuchbereinigungsverfahren gehandelt hat, auch heute in Frage, so ist weiter zu prüfen, ob der Beklagten ein im bernischen Civilgesetz anerkannter Erwerbsgrund für die beanspruchte Wegdienstbarkeit zur Seite steht. Dass nämlich bei der Beurteilung dieser Frage altbernisches Recht zur Anwendung kommt, erhellt aus der Bestimmung von Art. 17 des Schlusstitels zum ZGB, wonach der Erwerb zurückreicht, nach altem Rechte zu beurteilen ist, während Streitfragen über den Inhalt dinglicher Rechte dem neuen Rechte unterstehen.“*
4. Nach Erlass des ZGB 1907 durch die Bundesversammlung mussten die Kanton Vorbereitungen treffen im Hinblick auf das in diesem ZGB vorgesehene eidgenössische Grundbuch (Art. 942 – 977 ZGB). Der Kanton Bern erliess ein „Gesetz vom 27. Juni 1909 über die Bereinigung der Grundbücher im Kanton Berne“ (GBGB), um vor der Einführung des schweizerischen Grundbuches die kantonalen Grundbücher zu bereinigen (JEAN-LUC NIKLAUS, Die Geschichte des Grundbuchs im Kanton Bern, Bern 1999, N 223). Ausgeführt wurde das GBGB durch die Verordnung vom 3. August 1909 betreffend die Anlegung der Grundbuchblätter (VAGB; NIKLAUS, a.a.O., N 224). Sämtliche Grundstücke, inklusive öffentliche Strassen und Wege mussten durch die Gemeinden auf Formularen, welche die zukünftigen Grundstückblätter waren, aufgeführt werden (Art. 1 GBGB). Was die dinglichen Rechte betrifft, so mussten alle Berechtigten innert einer Frist von 9 Monaten (1.10.1909 – 30.6.1910) die ihnen zustehenden beschränkten dinglichen Rechte anmelden (NIKLAUS, a.a.O., N 226, 230). Allen Berechtigten wurde sodann eine Frist von neun Monaten (1. Oktober 1909 bis 30. Juni 1910, erstreckt bis zum 31. August 1910) zur Anmeldung der ihnen zustehenden beschränkten dinglichen Rechte angesetzt (NIKLAUS, a.a.O., N 231). Dienstbarkeiten, welche ein allgemeines Benutzungsrecht (Wegrecht etc.) begründeten, waren vom Einwohnergemeinderat anzumelden (Art. 3 Abs. 1 und 2 GBGB). Der Amtsschreiber war berechtigt, die Vorlage der Originaltitel zu verlangen. Er war verpflichtet, die Erwerbstitel sorgfältig zu verifizieren und sämtliche unklaren Eigentumsverhältnisse von Amtes wegen so weit aufzuklären, als dies die Anlage der Grundbücher erforderte (Art. 6 Abs. 1 GBGB, Art. 9 VAGB; NIKLAUS, a.a.O., N 232). Die

betroffenen Berechtigten hatten sodann während der dreimonatigen Auflagefrist die Möglichkeit, Einsprache gegen den Inhalt der provisorischen Grundbuchblätter zu erheben und schliesslich den Einspracheentscheid vor Gericht anzufechten (Art. 9 GBGB, Art. 16 VAGB, Art. 11 und 14 GBGB; NIKLAUS, a.a.O. N 237, 242). Die so erstellten definitiven Grundbuchblätter bildeten das kantonale Grundbuch. Innerhalb einer Frist von 9 Monaten nach der Einführung des ersten Teiles des kantonalen Grundbuches wurde den Berechtigten erneut die Gelegenheit eingeräumt, die Eintragung dinglicher Rechte nachträglich zu verlangen (Art. 6 bis 11 der Verordnung vom 9. Dezember 1911 betreffend das kantonale Grundbuch und die Einführung des schweizerischen Grundbuches [VEGB]; NIKLAUS, a.a.O. N 294). Die in demselben eingetragenen dinglichen Rechte wurden schliesslich, soweit sie nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch begründet werden konnten, von Amtes wegen in das schweizerische Grundbuch übertragen (NIKLAUS, a.a.O., N 320 ff.). Dabei wurden die Einträge im kantonalen Grundbuch erneut geprüft. Nicht eintragungsfähige Dienstbarkeiten wurden je nach ihrem Inhalt angemerkt oder vorgemerkt (Art. 35 bis 38 VEGB, NIKLAUS, a.a.O. N 326).

5. Vor diesem geschichtlichen Hintergrund ist der Grundbucheintrag (KB 3) im Folgenden auszulegen.

Auslegung des Grundbucheintrages

6. Gemäss Grundbucheintrag besteht auf A. - Gbbl. Nr. 211 ein „Oeffentliches Wegrecht z.G. Einwohnergemeinde A.“ (KB 3). Im Beleg (KB 4) wird das geltend gemachte Recht als „Allgemeines Fuhrwegrecht“ bezeichnet (Ziff. 1). Als Erwerbsgrund wird „wie von Alters her“ angegeben (Ziff. 2) und als berechtigte Person wird die „Einwohnergemeinde A.“ aufgeführt (Ziff. 3).
7. Bei diesem Beleg handelt es sich nicht etwa um einen Dienstbarkeitsvertrag sondern lediglich um die Grundbuchanmeldung, wie sie im GBGB vorgesehen war. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Beleg unter Ziff. 2 keinen Titel aufführt, auf welchen sich das beschränkte dingliche Recht stützt, sowie aus dem Verweis auf die „Bereinigung der Grundbücher im Kanton Bern“ und dem Gesetzesverweis in der Anmerkung auf Seite 2 des Belegs. Die Aussage der Klägerin zur Entstehung des Wegrechts „1910 oder so haben meine Vorfahren den [Einwohner der Gemeinde A.] erlaubt, den Weg über das Gut zu benutzen“ (p. 285 Z 14) trifft daher nicht zu, wobei sich die Klägerin im Übrigen gleich selber widerspricht, wenn sie an anderer Stelle sagt, „es war schon sehr lange so wie es war, aber nicht so wie es jetzt ist „ (p. 121 Z 8).
8. Diese Anmerkung bestätigt zudem, dass der Gemeinderat berechtigt war, eine (bereits bestehende) Dienstbarkeit betreffend ein allgemeines Benutzungsrecht, bei der Amtsschreiberei anzumelden.
9. Die Einwohnergemeinde A. machte somit am 3. Juni 1910 im Rahmen der Bereinigung der kantonalen Grundbücher zu ihren Gunsten das „Allgemeine Fuhrwegrecht“ auf Parzelle A.-Gbbl. Nr. 211 bei der Amtsschreiberei geltend. Dieses Wegrecht wurde am 1. März 1912 als Dienstbarkeit in das Grundbuch aufgenommen (KB 3).

10. Der Amtsschreiber war sowohl nach bernischem wie auch nach eidgenössischem Recht verpflichtet, die Richtigkeit der Eingaben zu überprüfen (Art. 6 GBGB, Art. 965 ZGB, vgl. oben IV. Rz.4). Die Frage, ob ein gültiges Verpflichtungsgeschäft vorlag, war nach altem bernischen Recht zu beurteilen (ZK-LIVER, 2. Auflage, Zürich 1980, Art. 731 ZGB N 150 f.). Gemäss Art. 17 Abs. 1 SchlT ZGB blieben die beim Inkrafttreten des schweizerischen Zivilgesetzbuches bestehenden dinglichen Rechte auch unter dem neuen Recht anerkannt. Das Wegrecht wurde als Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen und ist daher als richtig zu vermuten (Art. 973 ZGB).
11. Die Vorinstanz kam in ihren Erwägungen zum Schluss, bei der Übernahme der altrechtlichen Dienstbarkeiten in das eidgenössische Grundbuch sei das Wort „allgemeines“ durch das Wort „öffentliches“ ersetzt worden. Beide Wörter würden sich auf den Kreis der Berechtigten beziehen und im Gegensatz zu einem beschränkten Wegrecht stehen. Ein „*Allgemeines* Fuhrwegrecht“ sei ein der Allgemeinheit dienendes und damit nicht auf einen bestimmten Personenkreis beschränktes Wegrecht (p. 335).
12. Die Kammer schliesst sich diesen zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen an. Nach dem klaren Wortlaut ist „allgemein“ mit „öffentlich“ gleichzusetzen. Das Fuhrwegrecht dient damit grundsätzlich der Öffentlichkeit. Solche Dienstbarkeiten sind durchaus zulässig. So können „andere Dienstbarkeiten“ i.S.v. Art. 781 ZGB nicht nur zugunsten einer beliebigen Person, sondern auch zugunsten einer Gemeinschaft bestellt werden. Zum letztgenannten Fall gehören insbesondere die Gemeindedienstbarkeiten, wo als formell Berechtigter eine Gemeinde erscheint, im Ergebnis aber jedem einzelnen Destinatär die Ausübung des Dienstbarkeitsrechts ermöglicht wird (GÖKSU, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 781 ZGB N 7). Dabei kann die Personalservitut so ausgestaltet werden dass die Belastung den einzelnen Gemeindemitgliedern oder aber dem Publikum überhaupt dient. So kann eine Berechtigung zugunsten eines wechselnden Personenkreises geschaffen werden, wobei das Publikum nur Destinatär und allein die Gemeinde im Grundbuch einzutragen ist. Durch solche Berechtigungen an Privatgrundstücken zugunsten einer „beliebigen Gemeinschaft“ können somit auch Rechte geschaffen werden, die mit dem Gemeingebrauch oder öffentlichen Gebrauch inhaltlich vollständig übereinstimmen (BK-LEEMANN, Art. 781 ZGB N 18 ff.; vgl. auch FELIX ZURBRIGGEN, Die irregulären Personaldienstbarkeiten [Art. 781 ZGB], Diss. FR 1981, 46)
13. Die Vorinstanz erwog weiter (p. 335 f.), eine allfällige Beschränkung des Berechtigtenkreises auf die Bürger der Einwohnergemeinde A. oder – wie von der Klägerin geltend gemacht – die direkten Anwohner der Gemeinde A., könne sich höchstens aus dem Zusatz „z.G. der *Einwohnergemeinde A.*“ ergeben. Dieser Zusatz sei in der Grundbuchanmeldung vom 3. Juni 1910 nicht explizit enthalten, doch werde in Ziff. 3 des Belegs die Einwohnergemeinde A. als berechtigte Person aufgeführt. Dies erkläre sich daraus, dass die Anmeldung allgemeiner Benutzungsrechte gemäss GBGB durch den Einwohnergemeinderat zu erfolgen hatte und die Eintragung des streitigen Wegrechts einzig dem Gemeinderat der Einwohnergemeinde A. zugestanden habe. Aus dem Umstand, dass die Gemeinde B. (auf deren Gebiet die Gaststätte G. liegt) bei der Bereinigung der Grundbücher 1910 keine Dienstbarkeit angemeldet habe, lasse sich

deshalb keine Einschränkung des Berechtigtenkreises ableiten. Der Passus „z. G. der Einwohnergemeinde A.“ besage einzig, in welcher Gemeinde das mit dem Wegrecht belastete Grundstück im Zeitpunkt der Einführung des Zivilgesetzbuches im Jahre 1912 gelegen habe. Über den aus der Dienstbarkeit berechtigten Personenkreis sage es hingegen nichts aus.

14. Diesen zutreffenden Überlegungen der Vorinstanz ist zuzustimmen. Einzig aus registertechnischer Notwendigkeit nennt der Beleg (KB 4) in Ziff. 3 als berechtigte Person die Einwohnergemeinde A.. Eine inhaltliche Definition der Dienstbarkeit hinsichtlich des berechtigten Personenkreises lässt sich daraus nicht ableiten.
15. Eine Eingrenzung des berechtigten Personenkreises, etwa auf Gemeindemitglieder oder einen noch spezifischeren Nutzerkreises (vgl. die Beispiele bei BK-LEEMANN, Art. 781 ZGB N 18), wäre indessen durchaus möglich gewesen. Eine solche ist jedoch vorliegend nicht erfolgt und würde angesichts der Interessenlage der Einwohnergemeinde A. auch keinen Sinn machen. Ihr Interesse galt der Sicherstellung des Durchgangs auf die Fortsetzung der Strasse [...] auf Boden [der Gemeinde B.] und damit des Zugangs der Öffentlichkeit zu den weiteren an der Strasse gelegenen Liegenschaften (Weiler E., Gaststätte G., [Gehöft H.]). Nachdem davon einzig der Hof P. auf [...] Boden [der Einwohnergemeinde A.] liegt (KAB 13 und 14, Zeugenaussage Käser p. 297 Z. 67) macht die klägerische Behauptung, es seien nur Anwohner der Gemeinde A. aus der Dienstbarkeit berechtigt, keinen Sinn. Für die Erschliessung eines einzelnen Grundstücks hätte die Gemeinde kein öffentliches Fahrwegrecht anmelden müssen. Die Zufahrt hätte durch eine Grunddienstbarkeit gesichert werden können.
16. Die Klägerin brachte vor Obergericht vor, der Weg sei ab der Stelle [Weiler E.] ein Saumpfad gewesen. Hiefür verwies sie auf die sog. Siegfriedkarte von 1873 (KB 12 bzw. KAB 21), auf welcher die Strasse ab [Weiler E.] als dünner Strich eingezeichnet sei, was gemäss der Kartenlegende (KB 11) bedeute, dass es sich ab dort um einen Saumweg bzw. Fusspfad gehandelt habe.
17. Dazu ist vorab zu bemerken, dass von einer Bezeichnung der Funktion einer Strasse in einer Karte nicht ohne weiteres auf ihre tatsächliche Nutzung geschlossen werden kann. Es gab gemäss den tatsächlichen Feststellungen (oben III. Rz. 3) keine bessere Erschliessung von G. als über den strittigen Strassenabschnitt, zumal der Weg von der Einwohnergemeinde C. aus sehr steil ist (p. 127 Z. 14; p. 131; KAB 15 Bild 15). Es ist deshalb davon auszugehen, dass auch der angebliche Saumpfad/Fusspfad – trotz allfälligen Schwierigkeiten je nach Witterungsverhältnissen – mit Fuhrwerken befahrbar war und entsprechend genutzt wurde. Im Übrigen kamen – Saumpfad hin oder her – auch weitere (insb. die in [Weiler E.] wohnhaften) Bauern in den Genuss des Wegs und nicht etwa nur Einwohner der Gemeinde A.
18. Die Kammer kommt daher zum Ergebnis, dass das allgemeine Fuhrwegrecht hinsichtlich des berechtigten Personenkreises weder auf die Anwohner noch auf die Einwohner der Gemeinde A. beschränkt war und ist. Nach dem klaren Wortlaut des Grundbucheintrages besteht auf der Strassenparzelle A.-Gbbl. Nr. 211 ein im Berechtigtenkreis uneingeschränktes Wegrecht zugunsten der Öffentlichkeit.

19. Nachdem die Auslegung des Grundbucheintrages zu einem klaren Ergebnis führt, ist eine Bestimmung des Inhalts der Dienstbarkeit nach dem Erwerbsgrund bzw. aus der Art der längeren, unangefochtenen, gutgläubigen Ausübung müssig. Dennoch soll im Folgenden im Sinne einer Eventualbegründung eine Auslegung nach diesen Kriterien geprüft werden.

Eventualbegründung: Auslegung nach dem Erwerbsgrund

20. Als Erwerbsgrund wird der Rechtstitel bezeichnet, auf den sich der Grundbucheintrag stützt (ZK-LIVER, Art. 738 ZGB N 85). Dies ist im Normalfall der Dienstbarkeitsvertrag, doch fallen darunter auch sämtliche anderen möglichen Rechtstitel (ZK-LIVER, Art. 738 ZGB N 86; GÖKSU, a.a.O., Art. 739 ZGB N 3). Zur Auslegung dieser Titel ist – wie generell zur Bestimmung des Inhalts einer Dienstbarkeit (ZK-LIVER, Art. 738 ZGB N 16 ff.) – bei unklarem Wortlaut wiederum der Zweck der Servitut herbeizuziehen (ZK-LIVER, Art. 738 ZGB N 109).
21. Im Beleg (KB 4) wird der Erwerbsgrund unter Ziff. 2 mit „wie von Alters her“ bezeichnet. Die Vorinstanz hielt dafür, dies lasse darauf schliessen, dass die streitige Dienstbarkeit im Zeitpunkt der Grundbuchanmeldung bereits über lange Zeit ausgeübt worden sei und damit auf Gewohnheitsrecht beruhe (p. 337).
22. Wie bereits festgehalten wurde (oben IV. Rz. 7), ist der Beleg (KB 4) nicht selbst Rechtstitel der Dienstbarkeit. Die Entstehung des strittigen Fuhrwegrechts liegt vielmehr im Dunkeln.
23. Die Klägerin brachte vor oberer Instanz unter Verweis auf die Äusserungen von Q., wissenschaftlicher Mitarbeiter des Staatsarchivs (KB 13) vor, dass es sich bei der Gaststätte G. um eine „Besenwirtschaft“ gehandelt habe, welche nur im Sommer geöffnet gewesen sei. Sie will damit dartun, dass Zweck des Fuhrwegrechts nicht die ganzjährige Benutzung der Strasse gewesen sei.
24. Aus KB 13 geht hervor, dass der damalige Wirt 1896 ein Patent für eine Sommerwirtschaft mit Saison vom 1. April bis am 31. Oktober erhielt. Die Gastwirtschaft mit Beherbergungsrecht wurde in der Klasse 14 eingeteilt, welche gemäss Gesetz auf „Wirtschaften in kleinen Ortschaften mit wenig Verkehr“ vorgesehen war. Aus KB 13 ergibt sich weiter, dass der Regierungsrat im Oktober 1908 das Gesuch um Erteilung eines ganzjährigen Patentbeschlusses (d.h. eines Winterbetriebes) ablehnte. Auch ein Gesuch um jeweilige Eröffnung am 1. März wurde 1914 von der Direktion des Inneren abgewiesen, da „weder die Lage noch die Wegverhältnisse bei gewöhnlicher Witterung (...) einen nennenswerten Passantenverkehr erwarten lassen“ würden.
25. Entgegen der Ansicht der Klägerin ergibt sich daraus jedoch keine Beschränkung des Inhalts des Wegrechts. Vielmehr belegen die Nachforschungen des Staatsarchiv-Mitarbeiters, dass es – zusätzlich zum Verkehr der anliegenden Bauernbetriebe - durchaus bereits vor der Anmeldung der Dienstbarkeit im Jahre 1910 Passantenverkehr

bis zur Gaststätte G. gegeben hatte. In der generellen (und nicht etwa bloss saisonalen) Ermöglichung dieses Verkehrs ist der Zweck der Dienstbarkeit zu sehen.

26. Die Kammer kommt zum Schluss, dass eine Auslegung nach dem Erwerbsgrund keine Einschränkung des Inhalts der streitigen Dienstbarkeit ergibt.

Eventualbegründung: Auslegung nach der Art der längeren, unangefochtenen, gutgläubigen Ausübung

27. Die Vorinstanz kam zum Schluss (p. 337 ff.), dass die Strasse über das Grundstück der Klägerin gemäss den sich aus der Auslegung des Grundbucheintrages und den Zeugenaussagen ergebenden Erkenntnissen, in den letzten Jahrzehnten durch jedermann, ohne Beschränkung auf bestimmte Personen hatte benutzt werden dürfen. Den Anwohnern des Weilers E. und des Weilers F. sei die Benutzung der Strasse über das Schlossgut der Klägerin nie verboten worden. Weder hätten sich die Vorfahren der Klägerin an der Dienstbarkeit gestört, noch habe diese selbst etwas gegen die Wegrechtsdienstbarkeit unternommen. Sie habe auf ihren Grundstücken lediglich mehrere gerichtliche Verbote aufstellen lassen, welche das Verlassen der Strassenparzelle Nr. 211 hätten verbieten würden. Erst im Herbst 2005 habe sich der Gemeinderat von A. mit einer allfälligen Einschränkung befasst. Der Mehrverkehr der letzten Jahre beruhe auf der technischen Entwicklung, da jetzt beinahe jede in den Weilern E. und F. wohnhafte Person, über ein Auto verfüge.

28. Die Klägerin argumentierte vor oberer Instanz, sie dürfe sich auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Errichtung der Dienstbarkeit verlassen. Erst in jüngster Zeit habe sich eine Erhöhung des Verkehrsaufkommens durch das Restaurant G. sowie die Einwohner der Einwohnergemeinde B. ergeben. Die an der Strasse liegenden, früheren Bauernhäuser seien umgenutzt worden. Es treffe nicht zu, dass sie bzw. ihre Vorfahren sich nicht an der Art der ausgeübten Benützung gestört hätten. So seien richterliche Verbote erwirkt worden (KB 14 und 15). Sie habe lange auf die Bussenverfahren vertraut, deshalb habe sie erst spät geklagt.

29. Entgegen den klägerischen Vorbringen kommt die Kammer zum Schluss, dass die Klägerin bzw. ihre Vorfahren über Jahrzehnte keine spezifischen Abwehrhandlungen zur Durchsetzung der von ihr behaupteten zulässigen Nutzung der Strasse vornahmen. Bei den von der Klägerin ins Recht gelegten Verboten (KB 14 und 15) handelt es sich um generell gehaltene Verbote („jede Besitzstörung: unbefugtes Betreten, Fahren“, KB 14; „gegen jegliche Besitzesstörung (...) jedes unbefugte Betreten und Befahren“, KB 15), welche überdies nicht nur das Grundstück Nr. 211 sondern eine Vielzahl von Parzellen betreffen. Es sind damit unspezifizierte Verbote. Darüber hinaus umfasst das *unbefugte* Befahren gerade nicht das durch eine Dienstbarkeit erlaubte Befahren. Aus den Verboten lässt sich daher nichts ableiten.

30. Die erste spezifische Abwehrhandlung fand somit erst im Jahre 2005/2006 statt. Die Klägerin führt selbst aus, vor 2006 habe sie vor Gericht kein ähnliches Verfahren

eingeleitet (p. 285 Z. 5). Der Gemeindepräsident von A. sprach von September 2005 als erstem Zeitpunkt der Diskussion über eine Einschränkung der Dienstbarkeit (p. 287 Z. 3).

31. Dem klägerischen Einwand, man habe ausser den richterlichen Verboten nichts machen können, ist zu entgegnen, dass es durchaus möglich gewesen wäre das Verbot spezifischer zu verfassen oder an der Strasse Verbotstafeln aufzustellen. Es kann auch nicht behauptet werden, die ins Recht gelegten Verbote seien bei dieser Auffassung sinnlos, denn sie umfassen insb. das durch die Dienstbarkeit nicht gedeckte Parkieren bzw. Verweilen.
32. Die Kammer kommt zum Schluss, dass der strittige Strassenabschnitt während längerer Zeit unangefochten und gutgläubig als Teil des der Öffentlichkeit zugänglichen Gemeindestrassennetzes genutzt wurde. Insbesondere wurde die Strasse gleichermassen von Auswärtigen und Einwohnern der Gemeinde A. benutzt.
33. Auch die Auslegung nach der Art der längeren, unangefochtenen, gutgläubigen Ausübung ergibt daher keine Einschränkung im Sinne der von der Klägerin behaupteten.

Fazit Inhalt der Dienstbarkeit

34. Auf der Strassenparzelle A.-Gbbl. Nr. 211 besteht ein im Berechtigtenkreis uneingeschränktes Wegrecht zugunsten der Öffentlichkeit. Dies ergibt sich schon aus dem klaren Wortlaut des Grundbucheintrags. Im Übrigen führt auch die Auslegung nach dem Erwerbsgrund und der Art der längeren, unangefochtenen, gutgläubigen Ausübung zu keinem anderen Ergebnis.

Unzulässige Mehrbelastung (Art. 739 ZGB)

35. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, das Verkehrsaufkommen auf dem strittigen Strassenabschnitt sei von der Dienstbarkeit nicht gedeckt. Sie habe sich allenfalls einen Mehrverkehr im Rahmen der technischen Entwicklung (Traktor statt Pferdefuhrwerk) gefallen zu lassen. Vorliegend beruhe die Zunahme des Verkehrsaufkommens jedoch auf der Entwicklung des Restaurants G. von der lokalen Gaststätte zum viel frequentierten Ausflugsrestaurant. Dieses Verkehrsaufkommen müsse sie sich nicht gefallen lassen, die nachträgliche Erweiterung der Dienstbarkeit scheitere an Art. 739 ZGB (p. 11).
36. Die Vorinstanz hielt dafür, die Nutzung der Gaststätte G., nämlich Genuss von Gastronomie und Aussicht, habe sich seit 1896 nicht geändert. Modernisierungen und Renovationen seien dabei selbstverständlich und nicht mit Nutzungsänderungen zu verwechseln. Den im Rahmen der technischen Entwicklung entstandenen Mehrverkehr habe sie sich anrechnen zu lassen.
37. Die Klägerin verlangt mit ihren Rechtsbegehren gerichtliche Feststellungen über die Fragen, *wer* aus der Wegrechtsdienstbarkeit zur Benützung der Strasse auf ihrer Parzelle Nr. 211 berechtigt ist (nämlich nur direkte Anwohner der Gemeinde A., Ziff. 1) und *wie*

diese Dienstbarkeit auszuüben ist (nämlich nicht für Durchgangsverkehr, Ziff. 2). Die Rechtsbegehren umfassen somit nicht eine Beschränkung der Nutzung auf ein berechtigtes Mass i.S.v. Art. 739 ZGB. Nachdem ein Rechtsbegehren so formuliert sein soll, dass es unverändert zum Urteil erhoben werden kann (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl., Bern 2000, Art. 157 ZPO-BE N 3a), hat die Kammer aufgrund der gestellten Rechtsbegehren keine Handhabe, um über eine Einschränkung der Mehrbelastung zu befinden. Damit erübrigt sich grundsätzlich eine Prüfung der Voraussetzungen von Art. 739 ZGB im vorliegenden Fall. Dennoch soll i.S. eines obiter dictum im Folgenden darauf eingegangen werden.

38. Es ist zu prüfen, ob im Rahmen des ursprünglichen Zwecks der Dienstbarkeit eine Mehrbelastung eingetreten ist. Eine Zwecküberschreitung oder -änderung dagegen ist schlechthin ausgeschlossen (BSK-PETITPIERRE, Art. 739 ZGB N 1, 3). Eine solche muss sich der belastete Grundeigentümer nämlich nach dem Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit selbst bei Nichtvorliegen einer Mehrbelastung nicht gefallen lassen (BGE 132 III 657 E. 8.2).
39. Es ist der Vorinstanz darin beizupflichten, dass in casu nicht von einer Zweckänderung oder -überschreitung gesprochen werden kann. Zweck der Dienstbarkeit ist heute wie damals die Sicherstellung des Zugangs für die Anlieger *und* die Öffentlichkeit zum Weiler E., dem Gasthof G. und den weiteren Liegenschaften entlang der Strasse mit den üblichen Fortbewegungsmitteln. Beim Betrieb G. handelte es sich immer um eine Gastwirtschaft. Dass diese im Gegensatz zu den Anfängen später auch im Winter betrieben wurde, stellt keine Nutzungsänderung dar.
40. Die Nutzung erfolgt nach dem Gesagten auch heute noch im Rahmen des ursprünglichen Zwecks. Es ist deshalb weiter zu prüfen, ob diese Nutzung eine Mehrbelastung darstellt, welche der Klägerin nicht zumutbar ist.
41. Hierfür kann auf BGE 131 III 345 ff., E. 4.3.2 verwiesen werden, in welchem das Bundesgericht festhielt, dass bei einer „affirmativen, ungemessenen Dienstbarkeit dem Dienstbarkeitsbelasteten diejenige Mehrbelastung grundsätzlich zumutbar [ist], die auf eine objektive Veränderung der Verhältnisse, wie etwa die Entwicklung der Technik, zurückgeht und nicht auf willentlicher Änderung der bisherigen Zweckbestimmung beruht und die die zweckentsprechende Benützung des belasteten Grundstücks nicht behindert oder wesentlich mehr als bisher einschränkt [...]. Erst wenn die - verglichen mit dem früheren Zustand - gesteigerte Inanspruchnahme des belasteten Grundstücks zur Befriedigung der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks eine erhebliche Überschreitung der ungemessenen Dienstbarkeit bedeutet, liegt eine unzumutbare Mehrbelastung vor. Diesfalls muss die Zunahme aber derart stark sein, dass mit Sicherheit angenommen werden kann, sie überschreite die Grenze dessen, was bei der Begründung der Dienstbarkeit vernünftigerweise in Betracht gezogen worden sein könnte.“
42. Diese Rechtsprechung muss per analogiam für die hier interessierende Personaldienstbarkeit gelten. Hingegen gilt es das Kriterium, wonach unzumutbar sei,

was über das hinausgehe, was bei der Begründung der Dienstbarkeit vernünftigerweise in Betracht gezogen werden konnte, bei Rechten von Alters her zu relativieren: Vor mehr als 100 Jahren war die nun erfolgte Entwicklung des motorisierten Verkehrs „vernünftigerweise“ nicht abschätzbar. Es ist deshalb vorliegend auf das Mass der allgemein üblichen, mit dem technischen Fortschritt verbundenen Veränderung der Verhältnisse abzustellen.

43. In diesem Sinne ist der Vorinstanz darin zuzustimmen, dass sehr wohl eine Veränderung in der Art der Transportmittel und der Ausflugsmentalität stattgefunden hat. Der durch den technischen (motorisierter Verkehr) und gesellschaftlichen (finanzielle/zeitliche Möglichkeit zu Ausflügen) Fortschritt bedingte Mehrverkehr erfolgte jedoch im üblichen Rahmen. Dies wird durch die Aussagen der Gemeindevertreter (p. 287 Z. 10; p. 289 Z. 5) sowie des an der betroffenen Strasse wohnhaften Zeugen R. (p. 295 Z. 10, p. 297 Z. 35) bestätigt. Auch fand keine Neubautätigkeit in wesentlichem Umfang statt, welche zu einer Mehrbelastung geführt hätte (Aussage T., p. 289 Z. 5). Eine durch einen eigentlichen Durchgangsverkehr verursachte Mehrbelastung entfällt schon aufgrund der fehlenden Eignung der Strasse als Schleichweg (Steigung, fehlende Ausweichmöglichkeiten).

44. Es liegt nach dem Gesagten keine nach Art. 739 ZGB unzumutbare Mehrbelastung vor, welche einzuschränken wäre.

V. (...)

(...)

Hinweis:

Das Bundesgericht hat die gegen das vorliegende Urteil erhobene Beschwerde in Zivilsachen abgewiesen, soweit es auf sie eintrat (Bger-Urteil 5A_181/2011 vom 3. Mai 2011). Das Urteil ist damit in Rechtskraft erwachsen.

Das Bundesgericht erwog, aufgrund des Grundbucheintrags bestehe eine Wegrechtsdienstbarkeit, die von allen Einwohnern der Gemeinde A. ausgeübt werden dürfe. Dem Feststellungsbegehren, dass die Benutzung des Wegrechts nur den direkten Anwohnern vorbehalten sei, könne deshalb nicht entsprochen werden (E. 3.2.).

Aus dem Wortlaut des Grundbucheintrages lasse sich dagegen nicht entnehmen, ob Dritte das Wegrecht – wie im weiteren Feststellungsbegehren verlangt – für Durchgangsverkehr benützen dürften. Es müsse deshalb auf den Erwerbsgrund, der mangels Titel in der Nutzung „wie von Alters her“ bestehe, abgestellt werden. Die Strasse habe seit Alters her auch dem Durchgangsverkehr bis zum Weiler E., welcher hauptsächlich auf dem Gebiet der Gemeinde B. liege, gedient. Damit aber könne die Ausübung des Wegrechts nicht bloss den Einwohnern der Gemeinde A. vorbehalten gewesen sein (E. 3.3.).