Urteilskopf

95 II 14

3. Urteil der II. Zivilabteilung vom 13. Februar 1969 i.S. Schächtelin gegen Hofer.
Regeste (de):
Persönliche Dienstbarkeit (Art. 781 ZGB) an einem öffentlichen Grundstück (Fischereirecht an einem Seegrundstück). Klage des Eigentümers eines an das belastete Grundstück grenzenden Grundstücks (Ufergrundstücks) auf Feststellung, dass ein Eingriff in das belastete Grundstück (Erstellen einer Bootsausfahrt), den der Eigentümer dieses Grundstücks dem Kläger unter Vorbehalt der Zustimmung des Dienstbarkeitsberechtigten bewilligte, dessen Rechte nicht oder nur in einem geringfügigen, von ihm zu duldenden Masse beeinträchtige.

1. Streitwert (Erw. 1).

2. Art. 736 ZGB ist auf eine solche Klage nicht anwendbar (Erw. 2).

3. Klagerecht des Dritten, der geltend macht, dass das Dienstbarkeitsrecht ihm gegenüber gewissen Beschränkungen unterliege (Erw. 3). Streitgegenstand ist der Inhalt und Umfang dieses Rechts (Erw. 4). Rechtsmissbrauch des Dienstbarkeitsberechtigten wegen unnützer Rechtsausübung oder wegen krassen Missverhältnisses der Interessen? (Erw. 5).

Regeste (fr):
Servitude personnelle (art. 781 CC) sur un fonds du domaine public (droit de pêche s'étendant de la rive à une partie d'un lac). Un propriétaire riverain obtient du propriétaire du fonds grevé l'autorisation d'y aménager un passage pour bateaux, moyennant le consentement du titulaire de la servitude. Action du propriétaire riverain tendant à faire constater que son projet ne lèse pas les droits du titulaire de la servitude ou ne leur porte qu'une atteinte insignifiante que ce dernier doit souffrir.

1. Valeur litigieuse (consid. 1).

2. L'art. 736 CC ne s'applique pas à une action de ce genre (consid. 2).

3. Qualité pour agir du tiers qui prétend que le droit de servitude est soumis à certaines restrictions à son égard (consid. 3). Le litige se rapporte au contenu et à l'étendue de ce droit (consid. 4). Abus de droit du titulaire de la servitude consistant dans le défaut d'intérêt à l'exercice de son droit ou dans une disproportion intolérable des intérêts en présence? (consid. 5).

Regesto (it):
Servitù personale (art. 781 CC) su di un fondo di dominio pubblico (diritto di pesca su di un fondo che costituisce parte del lago). Azione del proprietario di un fondo (sito a riva) confinante con quello gravato, volta ad accertare che la creazione di un passaggio per le barche attraverso il fondo gravato - passaggio autorizzato dal proprietario sotto riserva del consenso del titolare della servitù - non lede i diritti di quest'ultimo o non li lede che in una misura insignificante che va sopportata.

1. Valore litigioso (consid. 1).

2. L'art. 736 CC non si applica a una simile azione (consid. 2).

3. Veste per proporre azione di un terzo il quale pretende che il diritto di servitù soggiace, nei suoi confronti, a talune restrizioni (consid. 3). Oggetto della vertenza sono il contenuto e l'estensione di questo diritto (consid. 4). Abuso di diritto del titolare della servitù per mancanza di interesse all'esercizio del suo diritto o per una

crassa sproporzione dei reciproci interessi? (consid. 5).

Sachverhalt ab Seite 15

BGE 95 II 14 S. 15

A.- Hofer ist Inhaber eines seit dem 15. Jahrhundert bestehenden privaten Fischereirechts im Küssnachtertrichter des Vierwaldstättersees. Er schloss am 12. April 1948 mit dem Kanton Schwyz ein Abkommen, das den bisher streitigen Inhalt und Umfang dieses Rechts festlegte. Auf Grund dieses Abkommens wurde das Fischereirecht als Dienstbarkeit zulasten der dem Kanton gehörenden Seeparzelle GB Nr. 2792 im Grundbuch eingetragen. Das Recht erstreckt sich laut Eintrag von der Grenze gegen den Kanton Luzern bis zum Haurenbach 200 m in den Trichter hinaus. In diesem Gebiet steht die Verfügung über das Schilf dem Fischereiberechtigten zu. Der Kanton darf grundsätzlich keinen Strandboden mit Entfernung von Schilf und andern Wasserpflanzen an Dritte verkaufen, noch Dritten Nutzungsrechte am Strandboden einräumen, es sei denn, dass dadurch das Fischereirecht nicht geschädigt wird und der Fischereiberechtigte zustimmt. Frau Schächtelin ist Eigentümerin der Grundstücke GB Nr. 2501 und 3037 in Merlischachen, die auf eine Länge von 40 m an das mit Schilf bewachsene Seeufer im Fischereigebiet Hofers grenzen. Mit Beschluss vom 2. Februar 1961 gestattete ihr der Regierungsrat aufihr Gesuch den Bau eines Bootshauses und einer Bootseinfahrt sowie das Schneiden des Schilfs auf eine Breite von 4 m und das Ausbaggern einer Fahrrinne von 1 m Tiefe. Diese Bewilligung sollte aber erst in Kraft treten, wenn dem Baudepartement durch eine schriftliche Erklärung das Einverständnis des Fischereiberechtigten nachgewiesen werde. Am 29. März 1961 erteilte der Bezirksrat Küssnacht Frau Schächtelin die Baubewilligung für die Erstellung eines Boots- und eines Ferienhauses "unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Kanton und Hofer". Gegen diese (nur für das Bootshaus geltenden) Vorbehalte erhob Frau Schächtelin Beschwerde, wurde aber vom Regierungsrat am 9. August 1961 abgewiesen. Inzwischen hatte Frau Schächtelin bereits mit dem Bau des Bootshauses begonnen. Den Beschluss des Bezirksrats vom

BGE 95 II 14 S. 16

5. Juli 1961 auf vorläufige Einstellung der Bauarbeiten zog sie erfolglos an den Regierungsrat und nachher an das Bundesgericht weiter (Urteil der Staatsrechtlichen Kammer vom 16. Mai 1962). Hierauf verfügte der Bezirksrat Küssnacht am 13. März 1963 den Abbruch des nunmehr erbauten Bootshauses. Obwohl dieser Beschluss rechtskräftig wurde, blieb das Bootshaus bestehen.

B.- Am 24. April 1963 klagte Frau Schächtelin beim Bezirksgericht Küssnacht gegen Hofer mit den Begehren: "Ist nicht gerichtlich zu erkennen:
1. Durch die von der Klägerin projektierte 4 m breite und 1 m tiefe Einfahrt vom offenen See zu ihrem Bootshaus auf GB Nr. 2501 werden die Fischereirechte des Beklagten nicht beeinträchtigt. 2. Evt. sei eine allfällige mit der projekt. Einfahrt zum Bootshaus verbundene geringfügige Beeinträchtigung der Fischereirechte als für den Beklagten tragbar und zumutbar zu erklären. 3. Subev. sei dem Beklagten für die durch die Einfahrt allfällig entstehende geringfügige Beeinträchtigung seiner Fischereirechte eine richterlich festzusetzende einmalige Entschädigung zuzusprechen. 4. ... (Kosten)".
Das Bezirksgericht erkannte am 18. August 1966, durch die projektierte Bootseinfahrt finde "eine dauernde Schädigung der Fischenze des Beklagten nicht statt"; in Anerkennung dieser Fischenze und für die geringe Beeinträchtigung durch Bau und Betrieb des Bootshauses werde die Klägerin verpflichtet, eine einmalige Ent-

schädigung von Fr. 1'200.– zu bezahlen. Das Kantonsgericht des Kantons Schwyz, an das der Beklagte appellierte, wies die Klage am 21. November 1967 ab mit der Begründung, der Klägerin fehle die Sachlegitimation für diesen Prozess.

C.- Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt. Sie beantragt die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, eventuell die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Der Beklagte beantragt, die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei; das angefochtene Urteil sei zu bestätigen; jedenfalls sei die Klage abzuweisen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Vorinstanz hat entgegen Art. 51 Abs. 1 lit. a OG unterlassen, in ihrem Entscheid festzustellen, ob der Streitwert Fr. 15'000.– oder wenigstens Fr. 8'000.– erreicht. Die Berufungsklägerin

führt in der Berufungsschrift aus, er übersteige Fr. 8'000.–, weil das mit grossen Kosten erstellte Bootshaus als solches unbenützbar sei, wenn ihr keine Ein- und Ausfahrt gewährt werde. Deren Fehlen habe ausserdem einen Minderwert ihres Grundstücks zur Folge, der allein den Betrag von Fr. 8'000.– übersteige. Auf Einladung des Abteilungspräsidenten hat die Vorinstanz nachträglich zu dieser Frage Stellung genommen und in ihrem Schreiben vom 6. September 1968 ausgeführt, der Streitwert übersteige Fr. 15'000.–, weil die Erstellung des Bootshauses über Fr. 20'000.– gekostet habe. Diese Aufwendungen seien zum grössten Teile nutzlos, wenn der Berufungsklägerin die Ausfahrt in den See versagt bleibe. Nach Art. 36 Abs. 1 OG wird der Wert des Streitgegenstandes durch das klägerische Rechtsbegehren bestimmt. Es fällt also in erster Linie das Interesse des Klägers in Betracht (BGE 92 II 65 E. 3). Obwohl das Bootshaus im vorliegenden Fall nicht Streitobjekt ist, muss doch berücksichtigt werden, dass die Klägerin dafür Aufwendungen im Betrage von rund Fr. 20'000.– gemacht hat. Freilich hat sie es ohne Bewilligung bauen und nachher entgegen dem Beschluss des Bezirksrates vom 13. März 1963 nicht abbrechen lassen. Die Bewilligung wurde ihr indessen nur deswegen versagt, weil der Beklagte sich weigerte, sein Einverständnis zum Beschluss des Regierungsrates vom 2. Februar 1961 zu erteilen. Sollte die Klägerin mit ihrer Klage durchdringen, so wäre dieses Hindernis beseitigt und es bestünde für die Baubehörden kein Grund mehr, den Gebrauch des Bootshauses zu verbieten oder gar dessen Abbruch zu verlangen. Dazu kommt noch, dass ein überbaubares Grundstück mit Seeanstoss eine bedeutende Wertverminderung erleidet, wenn keine Bootszufahrt möglich ist. Es darf deshalb im Rahmen des dem Bundesgericht nach Art. 36 Abs. 2 OG zustehenden Ermessens davon ausgegangen werden, dass der Streitwert bei Berücksichtigung des klägerischen Interesses Fr. 15'000.– erreicht. Unter diesen Umständen ist es nicht nötig, auch noch das finanzielle Interesse des Beklagten an der Abweisung der Klage zu schätzen (vgl. BGE 92 II 66).

2. Gemäss Art. 736 ZGB kann der Belastete die Löschung einer Dienstbarkeit verlangen, wenn sie für das berechtigte Grundstück alles Interesse verloren hat. Ist ein solches Interesse zwar noch vorhanden, aber im Vergleich zur Belastung

von unverhältnismässig geringer Bedeutung, so kann die Dienstbarkeit gegen Entschädigung ganz oder teilweise abgelöst werden. Dem Wortlaute nach gälte diese Bestimmung nur für Grunddienstbarkeiten. Beim hier streitigen Fischereirecht handelt es sich indessen um eine irreguläre Personaldienstbarkeit. Berechtigt ist nicht der jeweilige Eigentümer eines Grundstücks, sondern der Beklagte (oder seine Rechtsnachfolger) persönlich. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass das Fischereirecht gemäss dem Abkommen von 1948 als Grundstück ins Grundbuch aufgenommen wurde (vgl. MEIER-HAYOZ, N. 5 zu Art. 655 ZGB; LIVER, ZBJV 94 S. 379 f. und 384 ff.; ferner derselbe, N. 110 ff. zu Art. 737 ZGB). Wie jedoch LIVER (N. 185 zu Art. 736 ZGB) zutreffend ausführt, handelt es sich bei dieser Vorschrift um einen allgemeinen Grundsatz des Dienstbarkeitsrechts, der auch für persönliche Dienstbarkeiten gilt. Insoweit stünde der Anwendung des Art. 736 Abs. 2 ZGB auf das streitige Fischereirecht nichts entgegen. Der aus Art. 736 ZGB fliessende Anspruch auf gänzliche oder teilweise Löschung einer Dienstbarkeit steht jedoch nur dem Belasteten zu. Darunter kann einzig der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks verstanden werden. Dritte, auch wenn sie ein Interesse an einer Beschränkung des Dienstbarkeitsinhalts haben sollten, können sich nicht auf Art. 736 ZGB berufen. Insoweit hat die Vorinstanz der Klägerin zu Recht die Legitimation zur Sache abgesprochen.

3. Die Vorinstanz hat darüber hinaus der Klägerin überhaupt die Befugnis abgesprochen, einen Anspruch gegen den Beklagten geltend zu machen, mit der Begründung, die Klägerin sei am "Dienstbarkeitsverhältnis" nicht beteiligt; auf Art. 737 Abs. 2 ZGB insbesondere könnten sich nur der Eigentümer der belasteten Grundstücke und allenfalls weitere daran dinglich Berechtigte berufen. Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Der Kanton Schwyz als Eigentümer des Seegrundstückes Nr. 2792 oder als Inhaber der Gewässerhoheit über den auf seinem Gebiet liegenden Teil des Vierwaldstättersees hat dem Beklagten in der Form einer Dienstbarkeit ein ausschliessliches Fischereirecht in einem Teil des Küssnachter-Trichters eingeräumt und sich zugleich verpflichtet, keinen Strandboden mit Entfernung von Schilf und andern Wasserpflanzen an

Dritte zu verkaufen, noch Dritten Nutzungsrechte am Strandboden einzuräumen, es sei denn, dass dadurch das Fischereirecht des Beklagten nicht geschädigt werde und der Berechtigte zustimme. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass es sich dabei um eine zulässige privatrechtliche Dienstbarkeit an einer herrenlosen oder öffentlichen Sache handelt (vgl. LIVER, Einleitung N. 22 ff.; MEIER-HAYOZ, N. 68 ff. und HAAB, N. 17 zu Art. 664 ZGB). Kraft dieser Dienstbarkeit steht somit dem Beklagten der dingliche Anspruch auf Erhaltung des Schilfbestandes im betreffenden Bereiche des Sees zu. Dieser Anspruch richtet sich in erster Linie gegen den Eigentümer des mit der Dienstbarkeit belasteten Grundstücks, der die Entfernung von Schilf zu unterlassen hat. Dingliche Rechte sind indessen absoluter Natur und können mithin gegen jedermann durchgesetzt werden (vgl. LIVER, N. 5 ff. zu Art. 737 ZGB). Daraus folgt, dass sich der Beklagte mit einer Unterlassungs- oder Beseitigungsklage (sog. actio confessoria, vgl. LIVER, N. 181 zu Art. 737 ZGB) gegen jeden beliebigen Dritten wenden könnte, der sein Recht auf Erhaltung des Schilfbestandes in Frage stellte oder verletzte. Zur Verteidigung könnte der Dritte geltend machen, ihm gegenüber bestehe das Recht des Klägers nicht oder dieser verletze den Grundsatz der schonenden Ausübung der Dienstbarkeit oder handle rechtsmissbräuchlich. Im vorliegenden Prozess geht es gerade um diese Frage. Einzig die Parteirollen sind umgekehrt: Der Dienstbarkeitsberechtigte tritt in der Rolle des Beklagten auf, weil Frau Schächtelin mit ihrer Klage gerichtlich feststellen lassen möchte, dass die Dienstbarkeit ihr gegenüber gewissen Einschränkungen unterliegt. Das erforderliche Interesse der Klägerin an dieser Feststellung ist gegeben, freilich nicht bloss deswegen, weil ihr wie jedem andern der Gemeingebrauch am öffentlichen Gewässer zusteht. Der Kanton kann diesen Gemeingebrauch aufheben oder beschränken (vgl. BGE 88 I 23 E. 7; MEIER-HAYOZ, N. 165 und 166 zu Art. 664 ZGB und die dort aufgeführten Urteile des Bundesgerichts). Das kantonale Recht hat auch zu bestimmen, ob solche Beschränkungen durch Einräumung von Sondernutzungen oder beschränkter dinglicher Rechte zulässig sind (vgl. HAAB, N.

17 und 20 ff. zu Art. 664 ZGB). Auch der Klägerin wurde indessen durch den Beschluss des Regierungsrates vom 2. Februar 1961 ein Sondernutzungsrecht eingeräumt: Sie darf eine Bootseinfahrt erstellen und zu diesem Zwecke auf

dem Seegebiet das Schilf auf eine Breite von 4 m schneiden und eine Fahrrinne von 1 m Tiefe ausbaggern lassen. Da sich diese Sondernutzung mit dem Dienstbarkeitsrecht des Beklagten nicht ohne weiteres vereinbaren lässt, wurde sie an die Bedingung geknüpft, dass sich der Fischereiberechtigte damit einverstanden erkläre. Dieses Einverständnis konnte die Klägerin auf gütlichem Wege nicht erlangen. Sie war deshalb gezwungen, auf dem Prozesswege feststellen zu lassen, dass der Beklagte keinen Grund zu seiner Weigerung habe. Ihre Sachlegitimation ist demzufolge gegeben.

4. Die Klägerin beruft sich in erster Linie auf Art. 737 Abs. 2 ZGB. Nach dieser Vorschrift ist der Dienstbarkeitsberechtigte verpflichtet, sein Recht in möglichst schonender Weise auszuüben. Dem unter Erwägung 3 hievor Ausgeführten zufolge besteht diese Pflicht nicht nur gegenüber dem Eigentümer des belasteten Grundstücks und allenfalls gegenüber weitern an diesem Grundstück dinglich Berechtigten, sondern gegenüber jedermann. Allein, im vorliegenden Fall handelt es sich um eine negative Dienstbarkeit, soweit das dingliche Recht auf Beibehaltung des Schilfbestandes und das Verbot, Dritten Nutzungsrechte am Strandboden einzuräumen, in Frage stehen. Es ist nun kaum denkbar, dass bei negativen Dienstbarkeiten, bei denen der Belastete lediglich verpflichtet ist, eine bestimmte Nutzung des Grundstücks zu unterlassen, Ausübungshandlungen in Betracht fallen könnten. Davon könnte wohl nur bei affirmativen Dienstbarkeiten gesprochen werden, bei denen der Belastete gezwungen ist, sich tatsächlich Eingriffe in sein Grundstück gefallen zu lassen. Die Klägerin kann denn auch nicht geltend machen, dass ihr durch Handlungen, die mit der Ausübung der Dienstbarkeit in Zusammenhang stünden, Nachteile erwachsen sind. Sie behauptet dem Sinne nach vielmehr, das ihr bedingt eingeräumte Sondernutzungsrecht schädige das Fischereirecht des Beklagten nicht. Dieser könnte deshalb seine Zustimmung nicht verweigern. Demzufolge handelt es sich bei richtiger Betrachtung nicht um eine Frage der schonenden Ausübung des Dienstbarkeitsrechts des Beklagten, sondern um die Frage des Inhalts und des Umfangs dieses Rechts (vgl. dazu LIVER, N. 45 zu Art. 737 ZGB). Es wäre wohl zweckmässiger gewesen, wenn die Klägerin statt auf Feststellung, dass die projektierte Bootseinfahrt die Fischereirechte des Beklagten nicht beeinträchtige, auf Erteilung

der Zustimmung zur Erstellung dieser Einfahrt geklagt hätte. Ein rechtliches Interesse an der verlangten Feststellung ist aber vorhanden.

5. Gemäss dem Wortlaut der Dienstbarkeit darf der Kanton Schwyz als Eigentümer des belasteten Seegrundstücks Dritten die Entfernung von Schilf nur gestatten und ihnen Nutzungsrechte am Strandboden nur einräumen, wenn dadurch das Fischereirecht des Beklagten nicht geschädigt wird und er sein Einverständnis erteilt. Diese Klausel bezweckt also nicht etwa die Erhaltung der Uferlandschaft schlechthin, sondern bloss den Schutz des Fischereirechts des Beklagten. Daraus folgt, dass dieser seine Zustimmung nicht verweigern kann, wenn dieses Recht durch die Erstellung der Bootseinfahrt entweder überhaupt nicht geschädigt würde oder wenn zwischen seinem Interesse an der unveränderten Aufrechterhaltung des gegenwärtigen Zustandes und dem Interesse der Klägerin an einer Bootseinfahrt ein krasses Missverhältnis bestünde. In beiden Fällen

handelte er rechtsmissbräuchlich und könnte gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht geschützt werden. Im ersten Fall wegen unnützer Rechtsausübung (vgl. dazu MERZ, N. 340 ff. zu Art. 2 ZGB) und im zweiten wegen des krassen Missverhältnisses der Interessen (MERZ, a.a.O., N. 371 ff., insbesondere N. 375 ff.). Wie es sich damit in tatbeständlicher Beziehung verhält, kann dem angefochtenen Urteil nicht entnommen werden. Die Sache muss daher auf Grund von Art. 64 Abs. 1 OG zur Ergänzung des Sachverhalts und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen werden. Das Kantonsgericht wird im neuen Verfahren zu prüfen haben, ob dem Beklagten überhaupt ein Nachteil durch die der Klägerin eingeräumte Sondernutzung entstehen wird und, gegebenenfalls, ob ein Nachteil nicht derart unbedeutend wäre, dass er gegenüber dem Interesse der Klägerin nicht ins Gewicht fiele, so dass die Verweigerung der Zustimmung rechtsmissbräuchlich erschiene.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Aktenergänzung und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.