



Kommentar zu: Urteil: [5A_346/2021](#) vom 29. November 2021
Sachgebiet: Sachenrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: II. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Due Diligence bei Liegenschaftskäufen bezüglich Dienstbarkeiten

Autor / Autorin

Joëlle Lötscher, Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

brunner.arbitration

In seinem Urteil 5A_346/2021 vom 29. November 2021 entschied das Bundesgericht, dass der Käufer eines Grundstückes die Grundbuchbelege einsehen muss, wenn es um die Ermittlung des Inhalts einer Dienstbarkeit geht.

Sachverhalt

[1] B (Kläger und Beschwerdegegner, nachfolgend: Dienstbarkeitsbelasteter) war Eigentümer des in der Gemeinde A (Kanton Schwyz) gelegenen Grundstücks KTN 122. Die Gemeinde A (Beklagte und Beschwerdeführerin, nachfolgend: Dienstbarkeitsberechtigte) war Eigentümerin der Grundstücke KTN 1036, 1246, 1656 und 1707 in der Gemeinde A. Über das Grundstück KTN 122 führte der «Bahnweg» (Sachverhalt Teil A.a).

[2] Bezüglich dieses Bahnwegs bestand zulasten des Grundstücks KTN 122 des Dienstbarkeitsbelasteten und zugunsten der Grundstücke KTN 1036, 1246, 1656 und 1707 der Dienstbarkeitsberechtigten eine Dienstbarkeit. Diese Dienstbarkeit ging auf einen im Jahr 1939 zwischen dem Landwirt C und der SBB geschlossenen Landabtausch zurück. Die im Zuge dieses Landabtauschs mittels Dienstbarkeitsvertrag vom 19. Juni 1939 und Nachtrag vom 21. September 1939 begründete Dienstbarkeit wurde im Jahr 1997 als «Fuss- und Fahrwegrecht» in das eidgenössische Grundbuch eingetragen (Sachverhalt Teil A.b).

[3] Die Dienstbarkeitsberechtigte beabsichtigte, auf ihren Grundstücken einen öffentlichen, zu Fuss und mit dem Fahrrad zugänglichen Park mit Steganlage und Pavillon inkl. WC-Anlage und Unterhaltsraum zu erstellen, weshalb sie um eine entsprechende Baubewilligung ersuchte. Die Baustellenzufahrt und die Notzufahrten sollten über den Bahnweg erfolgen (Sachverhalt Teil A.c).

[4] Der Dienstbarkeitsbelastete reichte am 30. Mai 2017 Klage bzw. privatrechtliche Baueinsprache gegen die Dienstbarkeitsberechtigte ein. Er beantragte, dass der Dienstbarkeitsberechtigten zu untersagen sei, das Bauvorhaben auszuführen, soweit die Beanspruchung seines Grundstücks KTN 122 als Baustellenzufahrt und Notzufahrt vorgesehen sei (Sachverhalt Teil B.a).

[5] Mit Urteil vom 4. Juli 2018 untersagte das Bezirksgericht March der Dienstbarkeitsberechtigten, das Grundstück KTN 122 als Baustellenzufahrt zu benutzen (Sachverhalt Teil B.b).

[6] Das Kantonsgericht Schwyz wies die Berufung der Dienstbarkeitsberechtigten mit Urteil vom 9. Juli 2019 ab (Sachverhalt Teil B.c).

[7] Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der Dienstbarkeitsberechtigten mit Urteil [5A_702/2019](#) vom 18. September 2020 gut und wies die Sache an die Vorinstanz zur Neuentscheidung zurück (Sachverhalt Teil B.d).

[8] Mit Urteil vom 22. März 2021 wies das Kantonsgericht die Berufung der Dienstbarkeitsberechtigten erneut ab (Sachverhalt Teil B.e).

[9] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Dienstbarkeitsberechtigte dem Bundesgericht, das Urteil des Kantonsgerichts vom 22. März 2021 aufzuheben und die Klage des Dienstbarkeitsbelasteten abzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab (Sachverhalt Teil C und E. 2.7).

Erwägungen

[10] Einleitend hielt das Bundesgericht fest, dass für die Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit Art. 738 ZGB eine Stufenordnung vorgebe. Ausgangspunkt sei der Grundbucheintrag. Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrag deutlich ergäben, sei dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Nur wenn sein Wortlaut unklar sei, dürfe im Rahmen des Eintrags auf den Erwerbsgrund, das heisst den Begründungsakt, zurückgegriffen werden. Sei auch der Erwerbsgrund nicht schlüssig, könne sich der Inhalt der Dienstbarkeit – im Rahmen des Eintrags – aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden sei (Art. 738 Abs. 2 ZGB) (E. 2.1).

[11] Die gesetzliche Stufenordnung sei auch bei der Ermittlung des Zwecks der Dienstbarkeit zu beachten. Der Zweck könne durch den Eintrag im Grundbuch konkret bestimmt sein («landwirtschaftliches Wegrecht», «Wegrecht für die Holzabfuhr» u.ä.). Ergebe sich daraus nichts, sei wiederum der Erwerbsgrund zu befragen und erst am Schluss die Art der Ausübung zu beachten. Im Verhältnis unter den ursprünglichen Vertragsparteien sei in erster Linie der Zweck massgebend, zu dem die Dienstbarkeit errichtet wurde. Lasse sich ein wirklicher Parteiwille dazu nicht feststellen, müsse der Zweck ausgehend vom Wortlaut aufgrund objektiver Auslegung anhand der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks im Zeitpunkt der Errichtung ermittelt werden. Im Verhältnis zu Dritten gelte der Zweck als massgebend, der aus dem Dienstbarkeitsvertrag selber hervorgehe oder objektiv erkennbar sei. Unter diesen Umständen müsse unterstellt werden, die Parteien hätten mit der Errichtung der Dienstbarkeit denjenigen Zweck verfolgt, der sich aufgrund der damaligen Verhältnisse aus den Bedürfnissen der Benutzung des herrschenden Grundstücks vernünftigerweise ergab. Die Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks würden somit in die Auslegung des Erwerbstitels einbezogen und seien Teil davon. Sie beträfen nicht die Art der Dienstbarkeitsausübung. Die Ermittlung, welchen Sinn und Zweck die Dienstbarkeit zum Zeitpunkt der Errichtung hatte, betreffe die objektivierte Vertragsauslegung aufgrund der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks, welche das Bundesgericht als Rechtsfrage überprüfen könne (E. 2.1).

[12] Im vorliegend zu beurteilenden Fall laute der Grundbucheintrag «Fuss- und Fahrwegrecht». Die Vorinstanz habe insoweit zutreffend erwogen (was unter den Parteien zudem nicht umstritten sei), dass sich aus dem Grundbucheintrag (Art. 738 Abs. 1 ZGB) keine Einzelheiten zum Inhalt und Umfang bzw. zum Zweck der Dienstbarkeit entnehmen liessen, ausser dass der Weg begangen und befahren werden dürfe. Namentlich lasse sich dem Wortlaut des Grundbucheintrags nicht ohne Weiteres eine Einschränkung in der Richtung entnehmen, dass das Fahrwegrecht nur gerade der landwirtschaftlichen Nutzung diene. Damit sei gemäss Art. 738 Abs. 2 ZGB der Erwerbsgrund zu befragen (E. 2.2).

[13] Der Wortlaut des Dienstbarkeitsvertrages vom 19. Juni 1939 und des Nachtrags vom 21. September 1939 sei bezüglich seines hier interessierenden Inhalts klar: Es bestehe ein weder räumlich noch funktionell begrenztes (d.h. ein ungemessenes) Wegrecht derart, dass der Zugang und die Zufahrt vom damaligen Grundstück GB Nr. 280 (heute: u.a. KTN 1036, 1246, 1656 und 1707) bis zur Liegenschaft F gewährleistet würde. Ungemessene Dienstbarkeiten bedürften aber selbst bei an sich klarem Wortlaut der Auslegung, wenn ihr Umfang (Art. 737 ZGB) streitig sei. Die Eigentümer der berechtigten und belasteten Grundstücke seien im vorliegenden Fall nicht die Begründungsparteien, deren wirklicher Wille auch nicht habe festgestellt werden können. Im Verhältnis zwischen den heutigen Eigentümern müsse der Erwerbsgrund so ausgelegt werden, wie er nach seinem Wortlaut und Zusammenhang sowie namentlich aufgrund der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks zum Zeitpunkt der Errichtung und mit Rücksicht auf Sinn und Zweck der Dienstbarkeit verstanden werden durfte und musste. Unter diesen Umständen müsse unterstellt werden, die Parteien hätten mit der Errichtung der Dienstbarkeit denjenigen Zweck verfolgt, der sich aufgrund der damaligen Verhältnisse aus den Bedürfnissen der Benutzung des herrschenden Grundstücks vernünftigerweise ergab. Die Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks würden somit in die Auslegung des Erwerbstitels einbezogen und seien Teil davon. Sie beträfen nicht die Art der Dienstbarkeitsausübung. Die Ermittlung, welchen Sinn und Zweck die Dienstbarkeit zum Zeitpunkt der Errichtung hatte, betreffe die objektivierte Vertragsauslegung aufgrund der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks, welche das Bundesgericht als Rechtsfrage frei überprüfen könne (E. 2.3).

[14] Die Parteien hätten laut Vorinstanz weder im ersten noch im zweiten Rechtsgang andere Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks bei der Errichtung der Dienstbarkeit behauptet als diejenigen der damaligen landwirtschaftlichen Nutzung. Mithin sei nach dem ursprünglichen Sinn und Zweck der Dienstbarkeit gefragt festzustellen, dass damals Dritte nicht zu erwarten gebraucht hätten, dass in Zukunft das für die öffentlich-rechtliche Nutzungsplanung vor Ort zuständige Gemeinwesen die berechtigten Grundstücke erwerben und darauf für die Öffentlichkeit einen Park erstellen wolle. Objektiv betrachtet bleibe daher nicht ersichtlich, dass die von der Dienstbarkeitsberechtigten beanspruchte Nutzung der berechtigten Grundstücke als öffentlicher Park am See

durch den ursprünglichen Zweck der Dienstbarkeit gedeckt sei. Insofern sei nicht zu beanstanden, dass die Erstinstanz den Inhalt der Dienstbarkeit auf landwirtschaftliche Nutzungsmöglichkeiten eingeschränkt gesehen und der Dienstbarkeitsberechtigten verboten habe, das Grundstück des Dienstbarkeitsbelasteten als Baustellenzufahrt zu benutzen. Nicht nur bei objektiver Betrachtung, wozu das Wegrecht zur Zeit seiner Errichtung gedient habe, sondern auch für die Dienstbarkeitsberechtigten sei im Zeitpunkt des Erwerbs der berechtigten Liegenschaften objektiv erkennbar gewesen, dass die Dienstbarkeit – entsprechend der ursprünglichen Zweckbestimmung – für die private landwirtschaftliche Bewirtschaftung unbebauten Wieslands nutzbar gewesen sei. Selbst wenn die neu vorgesehenen (öffentlichen) Nutzungen keine Mehrbelastung zur Folge haben sollten, sei die Beanspruchung des Fuss- und Fahrwegrechts unzulässig, da sie zu einem anderen Zweck als dem ursprünglich vorgesehenen ausgeübt werde. Zweck des Fuss- und Fahrwegrechts sei die Erreichbarkeit der ursprünglich berechtigten Liegenschaft für (private) landwirtschaftliche Betreiber gewesen, indes nicht die Erstellung von Bauten und Anlagen, die die Nutzung durch die Öffentlichkeit attraktiv machten (E. 2.4.3).

[15] Entgegen der Annahme der Dienstbarkeitsberechtigten dürfe aus dem Grundbucheintrag «Fuss- und Fahrwegrecht» nicht der Umkehrschluss gezogen werden, das Wegrecht verwirkliche keinen bestimmten Zweck (hier: «landwirtschaftlich») und bestehe gleichsam uneingeschränkt. Denn der Grundbucheintrag beschreibe die Dienstbarkeit selten präzise und sei in der Regel zu rudimentär, als dass sich Rechte und Pflichten aus ihm deutlich ergäben. Die Dienstbarkeit werde bei der Eintragung im Hauptbuchblatt nur mit einem Stichwort bezeichnet. Aus diesem Grund erschienen funktionelle Beschränkungen einer Dienstbarkeit nur ausnahmsweise im Wortlaut des Grundbucheintrags. Der Eintrag «Fuss- und Fahrwegrecht» lege somit dessen Zweck nicht eindeutig fest. Auch der gute Glaube in das Grundbuch helfe nicht weiter. Wenn der Eintrag die Dienstbarkeit nicht ausreichend zu bestimmen vermöge und beispielsweise schlicht auf «Wegrecht» laute, sei der Dritterwerber verpflichtet, die Grundbuchbelege einzusehen und zu vergleichen, könne doch ein Wegrecht nach Inhalt und Umfang recht verschieden ausgestaltet sein. Auch der Vertrag, der das Wegrecht begründe, schweige zu dessen Zweck, weil er zur Hauptsache betreffend Bodenerwerb und -abtretung geschlossen worden sei und nur nebenher mehrere Wegrechte regle (E. 2.6.2).

[16] Die Vorinstanz habe gemäss diesen Ausführungen den Zweck des Wegrechts, die Erreichbarkeit der berechtigten Grundstücke für (private) landwirtschaftliche Betreiber zu ermöglichen, zutreffend anhand der Interessen ermittelt, die bei objektiver Betrachtung zur Zeit der Errichtung aufgrund der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks vernünftigerweise von Bedeutung sein konnten. Sie habe zu Recht festgestellt, dass das ursprüngliche berechnete Grundstück, von dem später die im Eigentum der Dienstbarkeitsberechtigten stehenden Grundstücke abgetrennt wurden, stets landwirtschaftlich genutzt wurde und deshalb einzig seine aus der landwirtschaftlichen Nutzung sich ergebenden Bedürfnisse durch das Wegrecht befriedigt werden sollten (E. 2.6.2).

[17] Die Beschwerde erweise sich deshalb als unbegründet (E. 2.7).

Kurzkomentar

[18] Das Bundesgericht bestätigt im vorliegenden Urteil, dass Dienstbarkeitsverträge nicht subjektiv-objektiv, sondern nur objektiv, das heisst nach dem Vertrauensprinzip, auszulegen sind, wenn deren Inhalt nicht unter den Begründungsparteien, sondern unter deren Rechtsnachfolger umstritten ist.^[1] Das ist ein verallgemeinerungsfähiges Prinzip, das zum Beispiel auch im Verhältnis von Zessionar und Schuldner gilt, wenn die Auslegung der Abtretungsvereinbarung strittig ist.^[2]

[19] Überhaupt sollte das Bundesgericht von der von ihm vertretenen subjektiv-objektiven Auslegung von Verträgen abrücken und Verträge nur noch objektiv, das heisst nach dem Vertrauensprinzip, auslegen. ^[3] Das ist nicht nur dogmatisch richtig, sondern auch praktisch vernünftig, weil der tatsächliche Parteiwille schlicht und einfach nicht festgestellt werden kann und deshalb fast immer dem mutmasslichen Parteiwillen entspricht.^[4] Entsprechend hielt das Obergericht des Kantons Zürich kürzlich zu Recht Folgendes fest: «Die Differenz zwischen subjektiver und objektiver Auslegung ist mehr theoretischer Natur und die Übergänge sind fließend. Der Sinn von Willensäusserungen ist bei beiden Auslegungsarten anhand zahlreicher Indizien und Auslegungsmitteln zu eruieren.»^[5]

[20] Es ist umstritten, ob und inwieweit eine Obliegenheit oder sogar eine Pflicht des Käufers besteht, vor einem Unternehmens- oder Liegenschafts Kauf das Unternehmen oder die Liegenschaft zu untersuchen, d.h. eine *Due Diligence* durchzuführen.^[6] Die Obliegenheit oder sogar Pflicht des Käufers zur Durchführung einer *Due Diligence* steht im Spannungsfeld zu den Untersuchungs- und Aufklärungsobligationen oder sogar -pflichten des Verkäufers.^[7]

[21] Im referierten Urteil hält das Bundesgericht ein weiteres Mal fest, dass der Käufer einer Liegenschaft in Bezug auf den genauen Inhalt einer Dienstbarkeit nicht einfach auf den Wortlaut der Grundbucheintragung abstellen darf (vgl. E. 2.6.2). Gemäss Bundesgericht muss der Käufer zur Ermittlung dieses Inhalts die Grundbuchbelege und

namentlich den entsprechenden Dienstbarkeitsvertrag konsultieren und folglich eine diesbezügliche *Due Diligence*-Prüfung durchführen. Damit ist auch gesagt, dass der Käufer mindestens im Regelfall nicht auf eine entsprechende Aufklärung durch den Verkäufer vertrauen darf.

MLaw JOËLLE LÖTSCHER, LL.M., Substitutin, Walder Wyss AG.

Dr. iur. DARIO GALLI, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

[1] Bestätigt z.B. durch Urteil des Bundesgerichts [5A_955/2022](#) vom 26. Mai 2023 (zur Amtlichen Publikation vorgesehen) E. 3.3.2; Urteil des Bundesgerichts [5A_451/2022](#) vom 28. Dezember 2022 E. 4.3.1; Urteil des Bundesgerichts vom [5A_182/2022](#) vom 10. August 2022 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts [5A_1043/2021](#) vom 27. Juni 2022 E. 3.2.2; Urteil des Bundesgerichts [5A_692/2021](#) vom 25. April 2022 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts [5A_28/2021](#) vom 31. März 2022 E. 3.4.3. Siehe ferner Urteil des Bundesgerichts [5A_223/2021](#) vom 7. Dezember 2021 E. 6.3.

[2] MARINA BEELER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Auslegung einer Abtretungsvereinbarung aus Sicht eines unbeteiligten Dritten](#), in: dRSK, publiziert am 25. Mai 2022, Rz. 17 ff.; siehe auch MARKUS VISCHER, Protokollierung von GV- und VR-Beschlüssen als Gültigkeitsform, SZW 2022, S. 416 ff., S. 426 f.

[3] So z.B. BEELER/GALLI/VISCHER (Nr. 2), Rz. 17.

[4] Vgl. FRANZ WERRO, Le point sur la partie spéciale du droit des obligations/Entwicklungen im Obligationenrecht, Besonderer Teil, SJZ 2020, S. 424 ff., S. 428.

[5] Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich [LB220025](#) vom 29. November 2022 E. III.5.2.

[6] Z.B. betreffend Unternehmenskäufe: URS SCHENKER, Unternehmenskauf, Bern 2016, S. 432; MIRJAM MEYER, Rechtsrisiken und Rechtsrisikomanagement bei M&A-Transaktionen, Diss. Zürich 2013 = ZStP Band 256, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 152 f.; OLIVER BLUM, Rechtliche Aspekte der Due Diligence, ST 2006, S. 233 ff., S. 233 f.; MARKUS VISCHER, Due diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 2000, S. 229 ff., S. 234 ff.

[7] Z.B. DEBORAH KADERLI/MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, [Die Nähe des Vertragspartners als Kriterium für die Opfermitverantwortung?](#), in: dRSK, publiziert am 19. Mai 2023, Rz. 17; LEANDRO SCHAFER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Wissen-Müssen des Verkäufers um Mängel und Opfermitverantwortung im Zivilrecht](#), in: dRSK, publiziert am 26. Februar 2021, Rz. 15 f.; VISCHER (Nr. 6), S. 233 und 235.

Zitiervorschlag: Joëlle Lötscher / Dario Galli / Markus Vischer, Due Diligence bei Liegenschaftskäufen bezüglich Dienstbarkeiten, in: dRSK, publiziert am 10. Juli 2023

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

[weblaw.ch](https://www.weblaw.ch)