



---

5A\_702/2019

**Urteil vom 18. September 2020**  
**II. zivilrechtliche Abteilung**

---

Besetzung

Bundesrichter Herrmann, Präsident,  
Bundesrichter Marazzi, von Werdt,  
Gerichtsschreiber von Roten.

---

Verfahrensbeteiligte

**Gemeinde A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Christian Michel,  
Beschwerdeführerin,

**gegen**

**B.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt René Hegner,  
Beschwerdegegner.

---

Gegenstand

privatrechtliche Baueinsprache,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts  
Schwyz, 1. Zivilkammer, vom 9. Juli 2019 (ZK1 2018 29).

## Sachverhalt:

### A.

**A.a** B.\_\_\_\_\_ ist Eigentümer des Grundstücks KTN 122 "D.\_\_\_\_\_" in A.\_\_\_\_\_, und die Gemeinde A.\_\_\_\_\_ ist Eigentümerin der im Jahr 2012 erworbenen Liegenschaften KTN 1036, 1246, 1656 und 1707. Die Flächen dieser Grundstücke waren ursprünglich Teil der Liegenschaft KTN 90 "E.\_\_\_\_\_" (vormals GB Nr. 280), von welcher sie direkt oder indirekt abparzellierte wurden. Diese und weitere Liegenschaften (KTN 203, 119, 120, 121), insbesondere die Liegenschaft KTN 122 von B.\_\_\_\_\_, liegen nordöstlich der in den 80-er Jahren des 19. Jahrhunderts erstellten Bahnlinie (KTN 57 und 136). Nordseitig des Bahndamms verläuft der "Bahnweg"; dieser liegt auf den Parzellen KTN 122, 121, 120, 119 und 1707. In nordöstlicher Richtung stossen die meisten Liegenschaften an den Zürichsee.

**A.b** Mit Vertrag vom 19. Juni 1939 tauschten C.\_\_\_\_\_, Landwirt in A.\_\_\_\_\_, und die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) gegenseitig Land. Hauptziel der Transaktion war, den SBB Land zu verschaffen, damit diese den bisherigen *Bahnübergang* durch eine *Unterführung* ersetzen konnten; gleichzeitig wurde das auf der Überführung gelegene Fuss- und Fahrwegrecht auf die Unterführung eingetragen. Ausserdem vereinbarten die Parteien, dass "der jeweilige Eigentümer der Liegenschaft GB Nr. 280 [heute: Nr. 90 und die davon abparzellierten Grundstücke Nr. 1036, 1246, 1656 und 1707] Fahrrecht auf dem Parallelweg in den Grundstücken GB Nr. 281 [heute: 119], 493 [heute: 121], 282, 296 [heute: 122] bis zur Liegenschaft 'F.\_\_\_\_\_' [heute: KTN 132]" hat. Im Nachtrag vom 21. September 1939 wurde folgende Ergänzung bzw. Präzisierung angebracht: "Andererseits erhält Nr. 280 [heute: 90] durch Nr. 281 [heute: 119], 467 [heute: 120], 493 [heute: 121], 296 [heute: 122], 419 [heute: 135], 413 [heute: 134], 297 [heute: 132] und 410 [heute: 133] (d.h. bis zur Liegenschaft 'F.\_\_\_\_\_) das Fahrrecht, gemäss den mit den Eigentümern der genannten Grundstücke abgeschlossenen Verträgen. Nota: Nachdem der seeseitige Teil von Grundstück 282 'G.\_\_\_\_\_' der Liegenschaft Nr. 296 'D.\_\_\_\_\_' einverleibt wird, bleibt GB Nr. 282 für das Fahrrecht unerwähnt." Entgegen dem Hinweis im Nachtrag wurde zwischen den Eigentümern der Liegenschaften GB Nr. 280 und GB Nr. 296 kein gesonderter Vertrag abgeschlossen. Die Dienstbarkeit wurde 1997 als "Fuss- und Fahrwegrecht" in das eidgenössische Grundbuch überführt.

**A.c** Die Gemeinde A.\_\_\_\_\_ beabsichtigt, auf ihren Grundstücken am See einen öffentlichen, zu Fuss und mit dem Fahrrad zugänglichen Park mit Steganlage und Pavillon inkl. WC-Anlage und Unterhaltsraum zu erstellen; sie hat um eine Baubewilligung ersucht. Die Baustellenzufahrt und die Notzufahrten sollen über den "Bahnweg" erfolgen.

**A.d** Am 30. Mai 2017 reichte B.\_\_\_\_\_ beim Bezirksgericht March gegen die Gemeinde A.\_\_\_\_\_ Klage bzw. privatrechtliche Baueinsprache ein. Er beantragte, es sei der Gemeinde zu untersagen, das im Amtsblatt publizierte Bauvorhaben auszuführen, soweit das Baugesuch die Beanspruchung seines Grundstücks als Baustellenzufahrt und Notzufahrt vorsieht. Mit Urteil vom 4. Juli 2018 untersagte das Bezirksgericht der Gemeinde A.\_\_\_\_\_, das Grundstück KTN 122 als Baustellenzufahrt zu benützen; soweit weitergehend wies es die Klage ab.

**B.**

Das Kantonsgericht Schwyz wies die von der Gemeinde A.\_\_\_\_\_ dagegen ergriffene Berufung ab (Urteil vom 9. Juli 2019).

**C.**

Mit Eingabe vom 11. September 2019 gelangt die Gemeinde A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin) an das Bundesgericht, dem sie beantragt, das Urteil des Kantonsgerichts Schwyz vom 9. Juli 2019 aufzuheben und die Klage abzuweisen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners.

In seiner Vernehmlassung vom 19. August 2020 beantragt B.\_\_\_\_\_ (Beschwerdegegner) die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin hat am 31. August 2020 repliziert und der Beschwerdegegner am 11. September 2020 dupliziert. Im Übrigen hat das Bundesgericht die kantonalen Akten eingeholt.

**Erwägungen:**

**1.**

Angefochten ist der kantonal letztinstanzliche Endentscheid betreffend eine privatrechtliche Baueinsprache mit einem von der Vorinstanz auf mindestens Fr. 35'000.-- bezifferten Streitwert; die Beschwerde in Zivilsachen ist somit gegeben (Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 lit. b, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG). Die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerde legitimiert (Art. 76 Abs. 1 BGG). Auf das rechtzeitig (Art. 100

Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG) eingereichte Rechtsmittel ist einzutreten.

## 2.

**2.1** Für die Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit gibt Art. 738 ZGB eine Stufenordnung vor. Ausgangspunkt ist der Grundbucheintrag. Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrag deutlich ergeben, ist dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Nur wenn sein Wortlaut unklar ist, darf im Rahmen des Eintrags auf den Erwerbsgrund, das heisst den Begründungsakt, zurückgegriffen werden. Ist auch der Erwerbsgrund nicht schlüssig, kann 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 ist (Art. 738 Abs. 2 ZGB; BGE 137 III 145 E. 3.1 mit Hinweisen).

Die gesetzliche Stufenordnung ist auch bei der Ermittlung des Zwecks der Dienstbarkeit zu beachten. Der Zweck kann durch den Eintrag im Grundbuch konkret bestimmt sein ("landwirtschaftliches Wegrecht", "Wegrecht für die Holzabfuhr" u.ä.). Ergibt sich daraus nichts, ist wiederum der Erwerbsgrund zu befragen und erst am Schluss die Art der Ausübung zu beachten. Im Verhältnis unter den ursprünglichen Vertragsparteien ist in erster Linie der Zweck massgebend, zu dem die Dienstbarkeit errichtet wurde. Lässt sich ein wirklicher Parteiwille dazu nicht feststellen, muss der Zweck ausgehend vom Wortlaut aufgrund objektiver Auslegung anhand der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks im Zeitpunkt der Errichtung ermittelt werden. Im Verhältnis zu Dritten gilt der Zweck als massgebend, der aus dem Dienstbarkeitsvertrag selber hervorgeht oder objektiv erkennbar ist. Unter diesen Umständen muss 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 (BGE 107 II 331 E. 3b). Die Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks werden somit in die Auslegung des Erwerbstitels einbezogen und sind Teil davon. Sie betreffen nicht die Art der Dienstbarkeitsausübung (Urteile 5A\_264/2009 vom 4. Juni 2009 E. 2.2, in: ZBGR 91/2010 S. 168; 5A\_134/2020 vom 16. Juli 2020 E. 3). Die Ermittlung, welchen Sinn und Zweck die Dienstbarkeit zum Zeitpunkt der Errichtung hatte, betrifft die objektivierte Vertragsauslegung aufgrund der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks, welche das Bundesgericht als Rechtsfrage überprüfen kann (BGE 130 III 554 E. 3.2).

**2.2** Im vorliegend zu beurteilenden Fall lautet der Grundbucheintrag "Fuss- und Fahrwegrecht". Das Kantonsgericht hat insoweit zutreffend erwogen (was unter den Parteien zudem nicht umstritten ist), dass sich aus dem Grundbucheintrag (Art. 738 Abs. 1 ZGB) keine Einzelheiten zum Inhalt und Umfang bzw. zum Zweck der Dienstbarkeit entnehmen lassen, ausser dass der Weg begangen und befahren werden darf. Namentlich lässt sich dem Wortlaut des Grundbucheintrags nicht ohne weiteres eine Einschränkung in der Richtung entnehmen, dass das Fahrwegrecht nur gerade der landwirtschaftlichen Nutzung diene. Damit ist gemäss Art. 738 Abs. 2 ZGB der Erwerbsgrund zu befragen.

**2.3** Der Wortlaut des Vertrages vom 19. Juni 1939 und des Nachtrags vom 21. September 1939 ist bezüglich seines hier interessierenden Inhalts klar: Es besteht ein weder räumlich noch funktionell begrenztes (d.h. ein ungemessenes) Fahrwegrecht derart, dass der Zugang und die Zufahrt vom damaligen Grundstück GB Nr. 280 bis zur Liegenschaft "F.\_\_\_\_\_" gewährleistet werden. Ungemessene Dienstbarkeiten bedürfen aber selbst bei an sich klarem Wortlaut der Auslegung, wenn ihr Umfang (Art. 737 ZGB) streitig ist.

Die Eigentümer der berechtigten und belasteten Grundstücke sind im vorliegenden Fall nicht die Begründungsparteien, deren wirklicher Wille auch nicht festgestellt werden können. Im Verhältnis zwischen den heutigen Eigentümern muss 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 (vgl. auch Urteil 5A\_602/2012 vom 21. Dezember 2012 E. 3.2, in: ZBGR 95/2014 S. 208). Unter diesen Umständen muss 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 (BGE 107 II 331 E. 3b). Die Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks werden somit in die Auslegung des Erwerbstitels einbezogen und sind Teil davon. Sie betreffen nicht die Art der Dienstbarkeitsausübung (Urteil 5A\_264/2009 vom 4. Juni 2009 E. 2.2). Die Ermittlung, welchen Sinn und Zweck die Dienstbarkeit zum Zeitpunkt der Errichtung hatte, betrifft die objektivierte Vertragsauslegung aufgrund der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks, welche das Bundesgericht als Rechtsfrage frei überprüfen kann (BGE 130 III 554 E. 3.2).

**2.4** Das Kantonsgericht ist von dieser Rechtslage ausgegangen und

erwog unter Hinweis auf den Entscheid des Bezirksgerichts, dass die Grundstücke der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Errichtung der Dienstbarkeit landwirtschaftlich genutzt worden seien. Sodann gebe es keine objektiven Anhaltspunkte dafür, dass bei der Errichtung der Dienstbarkeit und angesichts des damaligen landwirtschaftlichen Charakters vernünftigerweise habe damit gerechnet werden können, dass das Fuss- und Fahrwegrecht später nicht mehr für eine landwirtschaftliche Bewirtschaftung, sondern für die Erschliessung eines öffentlichen Parks benötigt werde. Im Zeitpunkt der Begründung des Fuss- und Fahrwegrechts sei keine bauliche Entwicklung des unbebauten Wieslands geplant gewesen und die Beschwerdeführerin mache keine konkreten Anhaltspunkte dafür geltend, dass die berechtigten Grundstücke damals zu einem anderen Zweck als der landwirtschaftlichen Nutzung erreichbar hätten gewesen sein sollen. Daher hätten damals Dritte nicht zu erwarten gehabt, 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. Objektiviert betrachtet sei daher nicht ersichtlich, dass die von der Beschwerdeführerin beanspruchte Nutzung der berechtigten Grundstücke als öffentlicher Park am See durch den ursprünglichen Zweck der Dienstbarkeit gedeckt sei. Insofern sei nicht zu beanstanden, dass das Bezirksgericht den Inhalt der Dienstbarkeit auf landwirtschaftliche Nutzungsmöglichkeiten eingeschränkt gesehen und der Beschwerdeführerin verboten habe, das Grundstück des Beschwerdegegners als Baustellenzufahrt zu benutzen.

**2.5** Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung der Art. 738 und Art. 973 Abs. 1 ZGB. Sie macht geltend, der Erwerbsgrund der Dienstbarkeit sei durch objektivierte Vertragsauslegung zu ermitteln. Wie das Kantonsgericht zutreffend feststelle, sei zu fragen, "welche Interessen bei objektiver Betrachtung zur Zeit der Errichtung aufgrund der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks vernünftigerweise von Bedeutung sein konnten." Ein Dritterwerber wie die Beschwerdeführerin habe aufgrund des Grundbucheintrags und des Erwerbsgrunds bei objektiver Betrachtung davon ausgehen dürfen, dass die Dienstbarkeit den Zugang und die Zufahrt zu den berechtigten Grundstücken ermögliche. Das ergebe sich begriffsnotwendig aus dem Grundbucheintrag "Fuss- und Fahrwegrecht". Die Dienstbarkeit sei also bei objektivierter Auslegung dazu begründet worden, um zu den berechtigten Grundstücken zu gelangen. Die Erwägung des Kantonsgerichts, wonach vernünftigerweise nicht damit habe gerechnet werden müssen, dass das Fuss- und Fahrwegrecht später nicht mehr für eine landwirtschaftliche Bewirtschaftung, sondern für die Erschliessung eines öffentlichen Parks benötigt

werde, sei falsch, und die daraus gezogene Schlussfolgerung, dass die von ihr geplante Nutzung nicht durch den ursprünglichen Zweck der Dienstbarkeit gedeckt sei widerspreche der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

**2.6** Der Beschwerdegegner entgegnet, die kantonalen Instanzen hätten in korrekter Weise eine objektivierte Vertragsauslegung vorgenommen und seien zutreffend zum Schluss gekommen, dass die von der Beschwerdeführerin geplante Benutzung seines Grundstücks (als Baustellenzufahrt für die Errichtung des geplanten "Parks am See") nicht durch die bestehende Dienstbarkeit gedeckt sei. Das Kantonsgericht habe für das Bundesgericht verbindlich festgestellt, dass die berechtigten Grundstücke bisher nur landwirtschaftlich genutzt worden seien; bezogen auf die Bewirtschaftung der berechtigten Grundstücke habe sich in den vergangenen rund 80 Jahren nichts verändert. Ebenso zutreffend sei die Feststellung, wonach bei Errichtung der Dienstbarkeit vernünftigerweise nicht damit habe gerechnet werden müssen, dass das Fuss- und Fahrwegrecht später nicht mehr für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung, sondern für die Erschliessung eines öffentlichen Parks benutzt werde. Die geplante Nutzung verletze letztlich den Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit. Daher stelle sich auch die Frage der (unzulässigen) Mehrbelastung nicht. Selbst wenn diese zu prüfen wäre, würde eine unzulässige Mehrbelastung vorliegen. Das Kantonsgericht habe die Art. 738 und Art. 973 Abs. 1 ZGB korrekt angewendet.

**2.7** Welche Tatsachen feststehen müssen, um die geltend gemachte Rechtsfolge zu begründen, bestimmt das materielle Recht (BGE 123 III 35 E. 2b). Das Kantonsgericht wie auch der Beschwerdegegner übersehen, dass die streitgegenständlichen Liegenschaften KTN 1036, 1246, 1656 und 1707 im Zeitpunkt der Errichtung der streitgegenständlichen Dienstbarkeit Teil der Liegenschaft GB Nr. 280 "E. \_\_\_\_\_" (heute: KTN 90 als Restparzelle) waren. Wird das berechnete Grundstück geteilt, so besteht die Dienstbarkeit in der Regel in ihrem ursprünglichen Umfang und Zweck auf allen Teilen weiter (Art. 743 Abs. 1 ZGB). Im Verhältnis zwischen den heutigen Eigentümern muss der Erwerbgrund so ausgelegt werden, wie er nach seinem Wortlaut und Zusammenhang sowie namentlich aufgrund der Bedürfnisse des damals herrschenden Grundstücks GB Nr. 280 zum Zeitpunkt der Errichtung und mit Rücksicht auf Sinn und Zweck der Dienstbarkeit verstanden werden durfte und musste (vgl. Urteile 5C.78/2006 vom 5. Oktober 2006 E. 2 Abs. 3, in: ZBGR 89/2008 S. 113; 5C.38/2001 vom 10. Dezember 2001 E. 3c mit Hinweisen, in:

Revue fribourgeoise de jurisprudence [RFJ] / Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung [FZR] 2002 S. 53 f.). Demgegenüber hat das Kantonsgericht nur geprüft, wie die zu einem späteren Zeitpunkt von der seinerzeitigen Liegenschaft GB Nr. 280 abparzellierten Grundstücke KTN 1036, 1246, 1656 und 1707 im Zeitpunkt der Errichtung der Dienstbarkeit genutzt wurden. Damit hat es bei der Anwendung der hier einschlägigen Gesetzesbestimmungen nicht auf den massgeblichen Sachverhalt abgestellt. Legt das Gericht dem Urteil nicht sämtliche zur Subsumtion notwendigen Tatsachen zugrunde, ist dieses bundesrechtswidrig.

### **3.**

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen erweist sich die Beschwerde als begründet. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid an das Kantonsgericht zurückzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdegegner; er wird kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 BGG).



## **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Kantonsgerichts Schwyz, 1. Zivilkammer, vom 9. Juli 2019 wird aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden dem Beschwerdegegner auferlegt.

**3.**

Der Beschwerdegegner hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 5'000.-- zu entschädigen.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Schwyz, 1. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 18. September 2020

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Herrmann

von Roten