



Kommentar zu: Urteil: [5A_873/2018](#) vom 19. März 2020
Sachgebiet: Sachenrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: II. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Sachenrecht

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

Gerichtliche Ablösung einer Dienstbarkeit und die Rechtsfigur der «natürlichen Publizität»

Autor / Autorin

Philipp Eberhard



Redaktor / Redaktorin

Barbara Graham-Siegenthaler



Christina Schmid-Tschirren



Die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelte Rechtsfigur der «natürlichen Publizität» wurde im Urteil 5A_873/2018 vom 19. März 2020 vom Bundesgericht erneut aufgegriffen. In diesem Zusammenhang ging das Bundesgericht auch auf Fragen in Bezug auf den Inhalt, den Umfang sowie die Bedeutung des Zwecks einer Dienstbarkeit sowie in Bezug auf die allgemeinen Auslegungsgrundsätze im Zusammenhang mit der Auslegung von Dienstbarkeitsverträgen ein. Entgegen der Ansicht der beiden kantonalen Vorinstanzen sowie des Beschwerdeführers entschied das Bundesgericht, dass vorliegend die Rechtsfigur der «natürlichen Publizität» nicht zum Tragen kommt.

I. Sachverhalt

[1] Die beiden Grundstücke Nr. xxx und Nr. www befinden sich an einem Hang in der Gemeinde S. mit einem Gefälle von Norden nach Süden. An das Grundstück Nr. xxx grenzt im Osten das Grundstück Nr. www, welches seit 2007 im Eigentum des Beschwerdegegners B. steht.

[2] Im Grundbuch R. der Gemeinde S. bestand zulasten des Grundstücks Nr. www und zugunsten der Grundstücke Nr. xxx und Nr. yyy, die seit 2009 bzw. 2010 im Eigentum des Beschwerdeführers A. stehen und welche dieser bereits zwei Jahre zuvor zur Miete gehabt hatte, ein Wegerecht, welches im Errichtungsakt von 1867 für den Berechtigten wie folgt beschrieben wird: «a. von seinem Heimwesen den Fussweg entlang durch diesseitigen Schopf gegen T. und das U. durch den vorhandenen Weg fahren zu können. b. sollte er mit Ladung nicht durch den Schopf fahren können, so ist er berechtigt, über der Brügge durch diesseitige Hofstatt zu fahren.»

[3] Das Hauptwegerecht gemäss Bestimmung a. des Errichtungsakts führt ab dem Wohnhaus auf dem Grundstück Nr. xxx praktisch eben durch den Schopf des Wohnhauses auf dem Grundstück Nr. www hindurch und weiter in östlicher Richtung zu einem Feldweg über das Grundstück Nr. zzz nach T. Das Ausweichwegerecht gemäss

Bestimmung b. des Errichtungsakts, für dessen Benutzung ein Wegrecht zulasten des Grundstücks Nr. zzz und zugunsten der Grundstücke Nr. xxx und Nr. yyy im Grundbuch eingetragen ist, führt nördlich des Schopfs, und damit hangaufwärts, in den erwähnten Feldweg.

[4] Die drei Grundstücke Nr. www, Nr. xxx sowie Nr. yyy sind seit 1987 durch eine Gemeindestrasse erschlossen. Zum nördlich der Gemeindestrasse gelegenen Grundstück Nr. yyy führt eine direkte Zufahrt, wohingegen zum südlich der Gemeindestrasse gelegenen Wohnhaus auf dem Grundstück Nr. xxx nur ein 80 cm breiter, asphaltierter Weg mit einer Neigung von zwischen 16 % und 18,5 % führt und eine direkte Zufahrt fehlt. Auf dem Grundstück Nr. www endet die Gemeindestrasse wenige Meter nach der Auffahrt zum Wohnhaus mit Schopf und Scheune, wobei ab dem Ende ein öffentliches Wegrecht besteht, das nach Osten auf dem Feldweg über das Grundstück Nr. zzz nach T. führt.

[5] 2012 klagte B. auf Löschung des Wegrechts, eventualiter auf dessen Verlegung. A beantragte die Klageabweisung und widerklageweise, B. sei zur Freihaltung der Wege für den Fuss- und Fahrverkehr zu verpflichten. Mit Entscheid vom 9. April 2018 stellte das Regionalgericht R. fest, dass das Wegrecht für A. alles Interesse verloren hatte und entschädigungslos untergegangen war. Sodann wies es die Widerklage ab. Das Obergericht des Kantons Bern wies die gegen den Entscheid erhobene Berufung mit Urteil vom 19. September 2018 ab. Am 22. Oktober 2018 gelangte A. ans Bundesgericht und beantragte, die Klage sei abzuweisen, die Widerklage sei gutzuheissen und, eventualiter, die Sache sei an das Obergericht des Kantons Bern zurückzuweisen.

[6] Das Bundesgericht hiess den Beschwerdeantrag des Beschwerdeführers – die Klage des Beschwerdegegners sei abzuweisen – bezüglich Löschung des Wegrechts zugunsten des Grundstücks Nr. xxx gut. Mit Bezug auf das Klagebegehren, das Wegrecht zugunsten des Grundstücks Nr. yyy zu löschen, trat das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht ein.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

[7] Vorab erinnerte das Bundesgericht daran, dass nach Art. 734 [ZGB](#) jede Grunddienstbarkeit mit der Löschung des Eintrags untergeht, wobei der Belastete gemäss Art. 736 Abs. 1 ZGB die Löschung verlangen kann, wenn eine Dienstbarkeit für das berechnigte Grundstück alles Interesse – d.h. das Interesse des Eigentümers des berechtigten Grundstücks an der Ausübung der Dienstbarkeit gemäss deren Inhalt und Umfang – verloren hat. Massgebend für die Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit ist nach Art. 738 Abs. 1 ZGB der Grundbucheintrag, wobei nur im Falle eines unklaren Wortlauts im Rahmen des Eintrags auf den Erwerbsgrund – den Dienstbarkeitsvertrag – zurückgegriffen werden darf (E. 2.1).

[8] Unbestritten zwischen den Parteien war, dass der wirkliche Wille der Eigentümer, die das Wegrecht im Jahr 1867 begründet hatten, nicht mehr festgestellt werden konnte (E. 2.2). Zwischen den Parteien waren im seit 2012 hängigen Zivilprozess alle Voraussetzungen des Löschungsstatbestandes gemäss Art. 736 Abs. 1 ZGB strittig gewesen (E. 2.3).

[9] Soweit sich der Zweck der Dienstbarkeit – wie vorliegend – nicht aus dem Eintrag im Grundbuch («Wegrecht») ergebe, gelte im Verhältnis zu Dritten der Zweck als massgebend, der aus dem Dienstbarkeitsvertrag selber hervorgehe oder objektiv erkennbar sei. Falls diese Prämissen nicht gegeben seien, sei zur Bestimmung des Zwecks danach zu fragen, welche Interessen bei objektiver Betrachtung zur Zeit der Errichtung aufgrund der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks vernünftigerweise von Bedeutung sein könnten (E. 3.6.1).

[10] Die kantonalen Vorinstanzen hätten vom Wortlaut des Errichtungsaktes unter Berücksichtigung des historischen Kontexts dahingehend abweichen wollen, dass das Wegrecht dem Transport von kleineren Gütern und Waren zu Wohn- und Landwirtschaftszwecken diene mit der Begründung, dass das berechnigte Grundstück mit einem Taunerhaus überbaut gewesen sei, dessen Bewohner als Tagelöhner und Nebenerwerbsbauern in ärmlichen Verhältnissen gelebt und deshalb das Wegrecht für den Güter- und Warentransport benötigt hätten. Damit werde gemäss Bundesgericht der Zweck des Wegrechts im Vergleich zum Vertragstext stark eingeschränkt. Der Zweck des Wegrechts gehe jedoch bereits aus dem Dienstbarkeitsvertrag selbst hervor und sei unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten ferner objektiv erkennbar. Vor diesem Hintergrund sei eine Auslegung im historischen Kontext und damit ein Abstellen auf die Interessenlage zur Zeit der Errichtung des

Wegrechts unzulässig. Zudem sei die von den kantonalen Vorinstanzen im Internet ermittelte Interessenlage der Begründungsparteien für Dritte über einhundert Jahre später auch nicht objektiv erkennbar, wobei von Gerichtsnotorietät diesbezüglich keine Rede sein könne (E. 3.6.3).

[11] In Bezug auf den Zweck des Wegrechts ist das Bundesgericht zum Schluss gekommen, dass gemäss Bestimmung a. des Errichtungsakts dem Bauernhof auf den berechtigten Grundstücken eine direkte Verbindung von und nach T./U. zu Fuss und mit Fahrzeugen über das belastete Grundstück zu gewährleisten sei, soweit und sooft die Benutzung des Weges für das Wohnen und die Landwirtschaft auf den berechtigten Grundstücken erforderlich sei. Das Wegrecht gemäss Bestimmung b. verfolge den Zweck, das Wegrecht gemäss Bestimmung a. für den Fall zu ersetzen, dass der Weg wegen der Ladung nicht passierbar sei und somit nicht benutzt werden könne (E. 3.7).

[12] Hinsichtlich des Verlaufs des Wegrechts sei das Hauptwegrecht gemäss Bestimmung a. unstreitig. Hingegen sei streitig, wo das Ausweichwegrecht gemäss Bestimmung b. auf dem belasteten Grundstück Nr. www verlaufe. Der Beschwerdeführer wolle von seinem Wohnhaus quer über die Wiese des Beschwerdegegners gehen und fahren, wohingegen der Beschwerdegegner sowie die kantonalen Vorinstanzen der Ansicht gewesen seien, dass das Ausweichwegrecht zunächst auf dem Trasse des Hauptwegrechts bis vor den Schopf auszuüben sei, dann im rechten Winkel nach Norden abzweige, über die Auffahrt zum Wohnhaus auf dem Grundstück Nr. www zur Gemeindestrasse führe und von dort dem öffentlichen Wegrecht in östlicher Richtung auf dem Feldweg nach T./U. folge (E. 4.1).

[13] Betreffend den Streit um den Verlauf des Wegrechts hielt das Bundesgericht fest, dass der Errichtungsakt zu konsultieren sei, da der Eintrag im Grundbuch «Wegrecht» nichts zur Klärung der Streitfrage beitrage und ein Originalplan von 1867 nicht mehr bestehe. Der Errichtungsakt weise die Besonderheit auf, dass darin ein Hauptwegrecht begründet und räumlich genau festgelegt worden sei. Dieses Hauptwegrecht sei von den Begründungsparteien mit einem Ausweichwegrecht ergänzt worden, ohne dessen Verlauf näher zu bestimmen. Die mangelnde Bestimmtheit dürfe dabei jedoch nicht als Gleichgültigkeit verstanden werden, wo das Wegrecht ausgeübt werde, sondern sei vielmehr darauf zurückzuführen, dass die Benutzung des Ausweichwegrechts als Ausnahme vorgesehen worden sei. Der Zweck des Ausweichwegrechts bestimme dessen Verlauf. Ihm entspreche es nach Treu und Glauben, den Hauptweg zu benutzen, bis dieser aufhöre, um anschliessend – wie im Vertragstext festgehalten – auszuweichen. Es möge zutreffen, dass ab der Stelle, wo es nicht mehr weiter gehe, der genaue Verlauf des Ausweichwegrechts offen sei. Eine Umrundung des Schopfs und eine Fortsetzung des Hauptwegs seien zwar denkbar. Dies würde aber dem Vertragstext, der den Ausweichweg «über der Brugg durch diesseitige Hofstatt» und damit einen direkten Ausweichweg über die bestehende Auffahrt zur heutigen Gemeindestrasse vorsehe, widersprechen (E. 4.5.2).

[14] In Bezug auf das Fahrwegrecht zugunsten des Grundstücks Nr. xxx seien beide kantonalen Vorinstanzen davon ausgegangen, dass eine Dienstbarkeit, sofern ihre Ausübung unmöglich geworden sei, für den Berechtigten alles Interesse verloren habe. Ferner werde die Ausübung des Wegrechts auf der festgestellten Haupt- und Ausweichstrecke aktuell durch ein Mäuerchen, ein Schopftor sowie durch Obstbäume verunmöglicht (E. 5.1).

[15] In diesem Zusammenhang hatte das Obergericht geprüft, ob der Beschwerdeführer ein Interesse am Wegrecht aus einem allfälligen Anspruch auf Beseitigung der Hindernisse hätte ableiten können. Dabei habe es festgestellt, dass die Obstbäume, das Mäuerchen und das Schopftor unbestrittenermassen bereits im Zeitpunkt des Erwerbs des wegrechtsberechtigten Grundstücks durch den Beschwerdeführer existiert hätten. Diese nach aussen tretende Beschaffenheit des Grundstücks hätte sich der Beschwerdeführer – gemäss Auffassung der beiden Vorinstanzen – nach dem Grundsatz der «natürlichen Publizität» entgegenhalten lassen müssen, zumal er sein Grundstück im Zeitpunkt des Erwerbs bereits zwei Jahre zur Miete gehabt hätte und die für jedermann sichtbaren örtlichen Gegebenheiten – in Form der Obstbäume, des Mäuerchens und des Schopftors – ohne Weiteres hätte kennen müssen. Infolgedessen sei die Schlussfolgerung des Regionalgerichts, der Beschwerdeführer hätte aufgrund der «natürlichen Publizität» nicht gutgläubig auf den Grundbucheintrag vertrauen können, nicht zu beanstanden. Da ihm unter diesem Titel kein Beseitigungsanspruch mehr zugestanden sei, hätte er auch kein Interesse an der Dienstbarkeit mehr geltend machen können (E. 5.2.2).

[16] Vor Bundesgericht betonte der Beschwerdeführer, dass sein Beseitigungsanspruch – entgegen der

obergerichtlichen Ansicht – nicht gestützt auf den Grundsatz der «natürlichen Publizität» abgelehnt werden könne, da es sich bei den hier in Frage stehenden Hindernissen nicht um bauliche Anlagen handeln würde, die für die Ausübung des Wegrechts erforderlich seien (E. 5.3). Zudem lasse das Vorhandensein von Obstbäumen und Mäuerchen auch den Schluss nicht zu, der Beschwerdeführer habe auf sein Wegrecht (konkludent) verzichtet (E. 5.3). Demgegenüber hielt der Beschwerdegegner bezüglich der Wegrechtsausübung fest, dass die Dienstbarkeit für die Erfüllung ihres Zwecks «Transport von Waren» wegen der schon seit Jahrzehnten bestehenden Hindernisse (Stützmauer, Obstbäume und Schopftor) auf der im Jahr 1867 vereinbarten Haupt- und Ausweichstrecke nicht mehr ausgeübt werden könne (E. 5.4). Seiner Ansicht nach hätten die kantonalen Vorinstanzen den Grundsatz der «natürlichen Publizität» keineswegs verkannt, weswegen sich der Beschwerdeführer die nach aussen tretende Beschaffenheit des Grundstücks entgegenhalten lassen müsse, zumal dieser das Grundstück im aktuellen Zustand erworben hätte und ihm – als vorgängigem Mieter des Grundstücks – bekannt gewesen sei, dass die Ausübung der betreffenden Dienstbarkeit faktisch unmöglich sei (E. 5.4).

[17] Das Bundesgericht entschied, dass die Voraussetzungen der «natürlichen Publizität» – welche der Beschwerdegegner und die kantonalen Vorinstanzen bejahen – vorliegend nicht erfüllt sind. Zur Begründung führte es an, dass, wo der Eigentümer des berechtigten Grundstücks sein Wegrecht mühelos hätte ausüben können, habe der Eigentümer des belasteten Grundstücks Bäume gepflanzt, ein Mäuerchen errichtet und ein Schiebetor angebracht und damit Veranstaltungen getroffen, die nicht für die Ausübung der Dienstbarkeit erforderlich seien, sondern den Eigentümer des berechtigten Grundstücks daran hindern, das Wegrecht gemäss seinem Zweck auszuüben. Insgesamt sei der gute Glaube des Beschwerdeführers in das Grundbuch deshalb nicht erschüttert (E. 5.6).

[18] Hinsichtlich des Untergangs der Dienstbarkeit hielt das Bundesgericht fest, dass die Tatsache allein, dass eine Dienstbarkeit während längerer Zeit weder ausgeübt noch geltend gemacht worden sei – und der Eigentümer insoweit den Besitz hätte unbelastet geniessen können –, nicht «per se» zum Untergang der Dienstbarkeit geführt habe. Die Nichtausübung eines Rechts während längerer Zeit könne nur dann als Verzichtserklärung aufgefasst und damit rechtsgeschäftlich bedeutsam werden, wenn die Umstände unzweideutig auf diese Absicht hingewiesen hätten und eine andere Auslegung als ausgeschlossen oder zumindest als höchst unwahrscheinlich anzusehen sei. Unter Berücksichtigung der in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen könne im vorliegenden Fall nicht von einem eindeutigen, konkludenten Verzicht des Beschwerdeführers oder seiner Rechtsvorgänger auf das Wegrecht ausgegangen werden, zumal Tore geöffnet, Bäume gestutzt oder gefällt und Mäuerchen abgebrochen werden können (E. 5.7). Deshalb erweise sich die Annahme, der Beschwerdeführer habe als Eigentümer des Grundstücks Nr. xxx alles Interesse an seinem Fahrwegrecht verloren, weil dessen Ausübung auf der festgestellten Haupt- und Ausweichstrecke aktuell durch ein Mäuerchen, Obstbäume und ein Schopftor verunmöglicht werde, als bundesrechtswidrig (E. 5.8).

[19] In Bezug auf das Fusswegrecht zugunsten des Grundstücks Nr. xxx, welches über das belastete Grundstück Nr. www führt, habe das Obergericht festgehalten, dass der Weg über den asphaltierten Hauszugang, die Gemeindestrasse und das öffentliche Wegrecht dem Fusswegrecht über das Grundstück Nr. www gleichwertig seien. Entscheidend für die Beurteilung des Wegfalls des Interesses sei die Benutzung des Fusswegrechts als Überbrückung im Zusammenhang mit der Benutzung eines Automobils, in welchem Waren mit dem Fahrzeug über die Gemeindestrasse bis zur Grenze des Grundstücks Nr. xxx transportiert und danach zu Fuss in das Wohnhaus gebracht worden seien. Diesbezüglich würde dem Beschwerdeführer – ab der Gemeindestrasse bis zu seinem Haus – ein asphaltierter Weg zur Verfügung stehen, der sich aufgrund der kürzeren Distanz und des Belags als vorteilhafter als die Route via Ausweichwegrecht erweise. Vor diesem Hintergrund habe das Regionalgericht rechtsfehlerfrei von einem Wegfall des Interesses am Fusswegrecht für das Grundstück Nr. xxx ausgehen dürfen (E. 6.1).

[20] Diesbezüglich hielt das Bundesgericht fest, dass der Zweck des Wegrechts keine entscheidende Rolle spiele und nicht auf Transportbedürfnisse beschränkt sei, wovon jedoch die kantonalen Vorinstanzen ausgegangen seien. Der Zweck des Wegrechts gestatte eine Benutzung, soweit und sooft sie für das Wohnen und die Landwirtschaft auf dem berechtigten Grundstück Nr. xxx erforderlich sei. Relevant sei in erster Linie die Topographie der betroffenen Grundstücke. Gemäss Feststellungen der kantonalen Vorinstanzen sei der Fussweg

über die Gemeindestrasse länger und vor allem auch steiler. So müsse der Beschwerdeführer eine Neigung von zwischen 16 % und 18,5 % überwinden, um von seinem Wohnhaus aus auf die Gemeindestrasse zu gelangen, während er von seinem Wohnhaus über den Hauptweg auf dem belasteten Grundstück praktisch eben in östlicher Richtung nach T./U. laufen könne. Somit sei das öffentliche Wegnetz im Vergleich zur privaten Fusswegverbindung nicht gleichwertig, geschweige denn vorteilhafter (E. 6.4). Die Annahme, der Beschwerdeführer als Eigentümer des Grundstücks Nr. xxx habe alles Interesse an seinem Fusswegrecht verloren, erweise sich deshalb als bundesrechtswidrig (E. 6.5).

[21] Auf die neuen Vorbringen des Beschwerdeführers betreffend Klage auf Löschung des Wegrechts zugunsten des Grundstücks Nr. yyy trat das Bundesgericht demgegenüber nicht ein (E. 7.5).

III. Kommentar

[22] Dieser Bundesgerichtsentscheid zeigt anschaulich, dass die Grundprinzipien des schweizerischen Sachenrechts im Allgemeinen und das Publizitätsprinzip im Speziellen nicht nur rein theoretischer Natur sind, sondern in praktischen Sachenrechtskonstellationen weitreichende Wirkungen erzeugen und von grosser Relevanz für den Praktiker sein können. Zwischen den Prozessparteien war vorliegend über alle kantonalen Instanzen hinweg umstritten, ob das Publizitätsprinzip – bzw. eine «Unterart» dieses Prinzips, nämlich das Prinzip der «natürlichen Publizität» – vorliegend zum Tragen komme. Dass dieses abstrakte Prinzip jedoch nicht zwangsläufig auf jede konkrete Sachlage angewandt werden kann, hat das Bundesgericht mit dem vorliegenden Entscheid verdeutlicht. Die Voraussetzungen, die Tragweite sowie die Grenzen der Anwendung dieser Rechtsfigur sind nicht nur in der Judikatur, sondern auch in der Literatur Gegenstand von Kontroversen, deren Eckpfeiler nachfolgend skizziert werden sollen.

[23] Dem sachenrechtlichen Publizitätsprinzip liegt der Gedanke zugrunde, dass sachenrechtliche Verhältnisse öffentlich – also «publik» – gemacht werden sollen (STEPHAN WOLF/WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchIT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019 [zit. BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND], Vor Art. 641 ff. N 52). Das Prinzip findet seine Begründung darin, dass dingliche Rechtsverhältnisse – aufgrund ihrer Wirkung *erga omnes* – für jedermann erkennbar sein müssen und entsprechende Rechtsänderungen publik gemacht werden sollen (BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Vor Art. 641 ff. N 52). Die Publizitätsmittel werden in künstliche und natürliche Publizitätsmittel eingeteilt: Unter die *künstlichen Publizitätsmittel* fallen alle Formen von Registern und das Grundbuch, unter die *natürlichen* alle vorgegebenen Publizitätstatbestände, vor allem der Besitz (BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Vor Art. 641 ff. N 53). Beide Publizitätsmittel kommen im ZGB vor, wobei für Grundstücke ausschliesslich das Grundbuch zum Tragen kommt, bei Mobilien hingegen der Besitz (BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Vor Art. 641 ff. N 54).

[24] Diese Publizitätsmittel dienen der Sichtbarmachung sachenrechtlicher Verhältnisse, wobei diese Sichtbarmachung – auf ein Grundbuch bezogen – in der Tatsache besteht, dass sachenrechtliche Verhältnisse an Grundstücken eingesehen und von jedem Interessenten überprüft werden können (BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Vor Art. 641 ff. N 55). Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass nach Art. 970 Abs. 1 ZGB der Interessent sein Interesse glaubhaft darzulegen vermag. Da hinsichtlich des Besitzes eine solche Wirkung nicht eintritt, wird die Wirkung des Besitzes durch die in Art. 930 Abs. 1 ZGB normierte *Eigentumsvermutung* präzisiert, die dahin geht, dass vom Besitzer einer beweglichen Sache vermutet wird, dass er ihr Eigentümer sei (BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Vor Art. 641 ff. N 55). Bezüglich Grundstücke existiert keine gesetzlich normierte Vermutung, jedoch lässt sich den Art. 970–974 ZGB ebenfalls eine Vermutungswirkung hinsichtlich der im Grundbuch eingetragenen Rechte entnehmen, welche als «positive Publizität» bezeichnet wird (BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Vor Art. 641 ff. N 55). Demgegenüber gelten nicht im Grundbuch eingetragene dingliche Rechte als inexistent, was zu einer gesteigerten *Publizitätswirkung des Grundbuchs* führt (BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Vor Art. 641 ff. N 55).

[25] Neben diesem ersten Zweck des Publizitätsprinzips – der Erkennbarmachung für jedermann – besteht der zweite Zweck dieses Prinzips darin, *Rechtsänderungen* sichtbar zu machen (CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN, Aspekte des sachenrechtlichen Publizitätsprinzips – Insbesondere zu Anwendungen und Auswirkungen dieses Prinzips im Dienstbarkeitsrecht, in: Alexandra Rumo-Jungo/Pascal Pichonnaz/Bettina Hürlimann-Kaup/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Une empreinte sur le Code Civil: Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 607). Dieser Zweck wird bei Immobilien durch das *Eintragungsprinzip* erreicht, bei

Mobilien hingegen durch das *Traditionsprinzip* (SCHMID-TSCHIRREN, a.a.O., S. 607).

[26] Die genannten Publizitätsmittel sind mit einer sog. «Legitimationswirkung» verbunden, die sich darin äussert, dass der Grundbucheintrag bei Immobilien bzw. der Besitz bei Mobilien eine *Vermutung* für das Bestehen des zugrunde liegenden Rechts begründet (JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl., Zürich 2017, Rz. 67). Aufgrund einer Einschreibung im Grundbuch wird angenommen, dass ein bestimmtes Recht einer bestimmten Person zusteht, womit das Grundbuch in seiner Eigenschaft als Publizitätsmittel die entsprechende Person als Eigentümerin bzw. Inhaberin eines beschränkten dinglichen Rechts legitimiert (HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl., Bern 2007, Rz. 287). Eine Grundbucheintragung wird dabei so lange als richtig vermutet, bis der Nachweis von deren Unrichtigkeit erbracht ist (REY, a.a.O., Rz. 287).

[27] Diese Legitimationswirkung konkretisiert sich einerseits in der *Vermutung*, dass die durch das entsprechende Publizitätsmittel ausgewiesene Person sich im Streitfall auf den Standpunkt stellen kann, die – allerdings widerlegbare – Vermutung für sich zu beanspruchen, die Person sei Inhaberin des entsprechenden dinglichen Rechts nach Art. 930 ff. und 937 ZGB (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., Rz. 68).

[28] Andererseits konkretisiert sich die genannte Legitimationswirkung im Umstand, dass ein *Dritter*, der sich im guten Glauben auf den – bei Immobilien durch den Grundbuch erzeugten – *Rechtsschein* verlassen und im Vertrauen darauf dingliche Rechte an der entsprechenden Sache erworben hat, in seinem Erwerb *geschützt* wird, was in Art. 973 Abs. 1 ZGB – unter Berücksichtigung der in Abs. 2 dieser Bestimmung erwähnten Ausnahme – auch explizit gesetzestechnisch verankert ist (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., Rz. 69). In der Konstellation, in welcher ein Dritter in seinem guten Glauben geschützt wird, spricht man vom «Prinzip des öffentlichen Glaubens» (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., Rz. 69).

[29] In diesem Zusammenhang gilt zu beachten, dass sich nur derjenige Dritte auf den öffentlichen Glauben berufen kann, der ein Recht am Grundstück erwirbt, wobei derjenige Dritte, der «am Rechtsgeschäft, das Grundlage für die Eintragung des dinglichen Rechts bildet oder mit dem auf ein solches verzichtet wird, beteiligt ist», keinen Schutz geniesst (JÜRGEN SCHMID, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019 [zit. BSK ZGB II-SCHMID], Art. 973 N 34; FABIENNE HOHL, Le contrôle de l'interprétation des servitudes par le Tribunal fédéral, in: ZBGR 2009, S. 78; vgl. Urteil [5A 412/2009](#) vom 27. Oktober 2009, E. 5.1). Mit anderen Worten heisst dies: Auf Art. 973 ZGB kann sich nur derjenige Dritte berufen, der an den kausal zum Falscheintrag geführten Umständen *nicht beteiligt* war bzw. ist (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., Rz. 588). Im Rahmen des buchlichen Rechtserwerbs muss der Dritte im *Zeitpunkt der Einschreibung* des Rechts in das Tagebuch *gutgläubig* sein (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., Rz. 589). Der bösgläubige Dritte – der i.S.v. Art. 974 Abs. 1 ZGB den Mangel des Rechtsgrundes kennt bzw. kennen sollte – kann sich nicht auf die positive Rechtskraft berufen (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., Rz. 589).

[30] Dabei kann in denjenigen Sachlagen von einem guten Glauben des Erwerbers ausgegangen werden, in denen dem Erwerber die Unrichtigkeit des Grundbucheintrags im Zeitpunkt des Erwerbs weder *bekannt* ist noch bei Anwendung der nötigen Aufmerksamkeit hätte *bekannt sein müssen* (BSK ZGB II-SCHMID, Art. 973 N 28). Ein Dritter muss, wenn keine besonderen Verdachtsmomente vorliegen, die Grundbuchbelege nicht einsehen und darf sich auf einen unzweifelhaften Hauptbucheintrag verlassen (CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN/ROLAND PFÄFFLI, Einzelfragen zum Sachenrecht und Grundbuchrecht, in: Der Bernische Notar 2019, S. 2; SCHMID-TSCHIRREN, a.a.O., S. 613). Ein gutgläubiger Erwerber steht aber in denjenigen Sachlagen in der Pflicht, weitergehende Abklärungen zu treffen, in denen die *tatsächlichen Verhältnisse* an der Richtigkeit oder Zuverlässigkeit des Grundbuchs Zweifel aufkommen lassen (SCHMID-TSCHIRREN/PFÄFFLI, a.a.O., S. 2; SCHMID-TSCHIRREN, a.a.O., S. 613). In diesem Zusammenhang ist bezüglich des Beweises prozesstechnisch relevant und stets vor Augen zu halten, dass der gute Glaube gemäss Abs. 3 Abs. 1 ZGB vermutet wird, sodass in einem Zivilprozess die Beweislast diejenige Partei trifft, die das Vorliegen von Bösgläubigkeit behauptet, wobei derjenige, der bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, nicht berechtigt ist, sich auf den guten Glauben zu berufen und derjenige beweispflichtig ist, der eine Verletzung der entsprechenden Sorgfaltspflicht geltend macht (Urteil [5A 412/2009](#) vom 27. Oktober 2009, E. 5.1). Art. 973 Abs. 1 ZGB setzt Gutgläubigkeit voraus. Der gute Glaube wird nach Art. 3 Abs. 1 ZGB zwar vermutet, gilt jedoch nicht absolut: Wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig

sein konnte, ist gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen. In diesem Kontext kommt die Rechtsfigur der «natürlichen Publizität» ins Spiel. Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann die «natürliche Publizität» zu einer *Zerstörung des guten Glaubens des Dritten* führen und damit das «Prinzip des Schutzes des gutgläubigen Dritterwerbs» relativieren (SCHMID-TSCHIRREN/PFÄFFLI, a.a.O., S. 3).

[31] Das Bundesgericht wendet die Rechtsfigur der «natürlichen Publizität» in seiner neueren Rechtsprechung in Sachlagen mit *äusserlich sichtbaren baulichen Anlagen* an (SCHMID-TSCHIRREN/PFÄFFLI, a.a.O., S. 3). In der älteren Lehre wurde die Ansicht vertreten, dass die Rechtsfigur der «natürlichen Publizität» vermehrt in der Rechtsprechung Anwendung finden sollte (PETER LIVER, Entstehung und Ausbildung des Eintragungs- und des Vertrauensprinzips im Grundstücksverkehr, in: ZBGR 1979, S. 13). Ein Blick auf die neuere sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zeigt, dass diesem Wunsch offensichtlich entsprochen werden konnte und die Rechtsfigur Gegenstand zahlreicher Bundesgerichtsverfahren war und ist (vgl. SCHMID-TSCHIRREN/PFÄFFLI, a.a.O., Fn. 14). Im ZGB ist gesetzestechisch die «natürliche Publizität» nur betreffend oberirdische Leitungen – die nach 676 Abs. 3 ZGB entstehen, wenn sie äusserlich wahrnehmbar sind – normiert, was zur Folge hat, dass die Leitungsdienstbarkeit mit der Erstellung der Leitung entsteht (SCHMID-TSCHIRREN, a.a.O., S. 618).

[32] In Bezug auf die Voraussetzungen der Anwendung der «natürlichen Publizität» hielt das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung Folgendes fest: «Den guten Glauben des Erwerbers in das Grundbuch zerstören kann namentlich die sog. natürliche Publizität, die darin besteht, dass der Rechtsbestand im physischen Zustand der Liegenschaft nach aussen sichtbar in Erscheinung tritt. Der Erwerber muss ein Rechtsverhältnis, das ihm auf dem Grundstück selber durch seine eindeutige äussere Erscheinung entgegentritt, gegen sich gelten lassen. Dabei ist nicht vorausgesetzt, dass er das sichtbare wirkliche Rechtsverhältnis auch tatsächlich wahrgenommen hat, vielmehr genügt, dass er es hätte wahrnehmen können und müssen, wenn er mit der im Rechtsverkehr gebotenen Sorgfalt vorgegangen wäre» (BGE [137 III 153](#) E. 4.1.3 S. 156). Im gleichen Entscheid äusserte sich das Bundesgericht zur Tragweite der Rechtsfigur folgendermassen: «Aus der sog. natürlichen Publizität lässt sich insbesondere ableiten, dass dort, wo für die Ausübung der Dienstbarkeit bauliche Anlagen erforderlich sind, diese in der Regel auch den Inhalt und den Umfang der Dienstbarkeit bestimmen, und zwar mit voller Wirkung gegenüber dem Dritterwerber, der sich grundsätzlich alles entgegenhalten lassen muss, was sich aus der Lage und der nach aussen in Erscheinung tretenden Beschaffenheit der Grundstücke ergibt» (BGE [137 III 153](#) E. 4.2.3 S. 157; BGE [137 III 145](#) E. 3.3.3 S. 149). Dies gilt insbesondere auch für die vorliegend interessierenden *Wegrechte* (vgl. BGE [137 III 145](#) E. 3.3.3 S. 149).

[33] Vor dem Hintergrund, dass sich derjenige nicht auf seinen guten Glauben berufen kann, der i.S.v. Art. 3 Abs. 2 ZGB die nach den Umständen erforderliche Aufmerksamkeit nicht aufgebracht hat, ist darauf hinzuweisen, dass es in Sachlagen jeweils dann an der «erforderlichen Aufmerksamkeit» mangelt, wenn der Erwerber eines Grundstücks, zu dessen Gunsten im Grundbuch eine Grunddienstbarkeit eingetragen ist, vor dem Kauf das Grundstück *nicht besichtigt* hat (SCHMID-TSCHIRREN/PFÄFFLI, a.a.O., S. 5).

[34] Gemäss Bundesgericht kann als erstellt gelten, dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung niemand ein wegrechtsberechtigtes Grundstück kauft, ohne es vorher zu besichtigen, und kein Dritterwerber in gutem Glauben – gewisse Ausnahmefälle vorbehalten – geltend machen kann, dass er die im Grundbucheintrag erwähnten Besonderheiten des Wegrechts, die für ihn gerade im Rahmen einer Besichtigung erkennbar gewesen wären, nicht gekannt hatte, sodass sich ein Erwerber die entsprechende Beschränkung entgegenhalten lassen müsse, wenn der Inhalt und Umfang des Wegrechts durch örtliche Gegebenheiten für jedermann sichtbar beschränkt werden (BGE [137 III 145](#) E. 3.3.3 S. 149; BGE [137 III 153](#) E. 4.2.3 S. 157; vgl. Urteil des BGer [5C.71/2006](#) vom 19. Juli 2006 E. 2.3, in: ZBGR 88/2007, S. 467 ff.; Urteil BGer [5A_846/2009](#) vom 12. März 2010 E. 4.2, in: ZBGR 92/2011 S. 116 ff.; vgl. HOHL, a.a.O., S. 79; PAUL PIOTET, Le contenu d'une servitude, sa modification conventionnelle et la protection de la bonne foi, in: ZBGR 81/2000, S. 288; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., Rz. 1281a). Erforderlich ist nicht die aktive Kenntnisnahme der entsprechenden Beschränkung durch den Erwerber: Dem Erfordernis der Kenntnisnahme ist dann entsprochen, wenn der Erwerber dies beim Aufbringen der erforderlichen Aufmerksamkeit getan hätte bzw. hätte tun sollen (SCHMID-TSCHIRREN/PFÄFFLI, a.a.O., S. 5).

[35] In seiner neueren Sachenrechtsprechung (vgl. für eine Übersicht SCHMID-TSCHIRREN/PFÄFFLI, a.a.O., S. 6 ff.) griff das Bundesgericht die Rechtsfigur der «natürlichen Publizität» in unterschiedlichen Fallkonstellationen auf.

Im Jahr 2006 (vgl. Urteil des BGer [5C.71/2006](#) vom 19. Juli 2006 E. 2.3, in: ZBGR 88/2007, S. 464 ff.) hatte das Bundesgericht einen Fall zu beurteilen, in welchem am 10. Juni 1978 ein als 3 m breites Durchfahrts- bzw. Fahrwegrecht bezeichnetes Wegrecht, welches die Zufahrt für Fahrzeuge zu einer 1975 erbauten Garage ermöglichen sollte, eingetragen wurde. 1995 wurde auf dem belasteten Grundstück ein Musiklokal mit einem Vordach erbaut, was zur Folge hatte, dass das Durchfahrts- bzw. Fahrwegrecht nicht mehr auf der ganzen Breite von 3 m – und damit nur noch von Personen, jedoch nicht mehr von Lastwagen – befahren werden konnte. Diese Sachlage lag bereits im Erwerbszeitpunkt des berechtigten Grundstücks durch dessen neue Eigentümer im Jahr 1998 vor. In seiner Begründung hielt das Bundesgericht fest, dass 1998, als die Eigentümer des berechtigten Grundstücks ihr Grundstück erworben hatten, die Beschränkungen der Ausübung der strittigen Dienstbarkeit – die Breite begrenzt auf 2,5 m, die Höhe begrenzt auf 2,39 m – auf dem Gelände deutlich sichtbar gewesen seien, da diese – sich aus dem Zustand der Örtlichkeit ergebenden – Beschränkungen den Umfang der Dienstbarkeit gegenüber den Käufern des berechtigten Grundstücks eingegrenzt hätten und deshalb gegenüber diesen gegolten hätten. Die Käufer des berechtigten Grundstücks hätten sich vor diesem Hintergrund nicht auf den guten Glauben berufen können, zumal dieser nicht mit der Aufmerksamkeit vereinbar gewesen sei, die die Umstände von ihnen verlangt hätten (Urteil des BGer [5C.71/2006](#) vom 19. Juli 2006 E. 2.3.2, in: ZBGR 88/2007, S. 468). *In casu* sei somit der gute Glaube der Grundstückserwerber durch «natürliche Publizität» nicht zerstört worden.

[36] In einem 2011 ergangenen Entscheid (Urteil [5A 431/2011](#) vom 2. November 2011) ging es um eine Mauer, die zwei Grundstücke trennte. Der Katasterplan, der 1998 digitalisiert wurde, zeigte, dass die Mauer auf ihrer ganzen Länge im Miteigentum beider Grundstücksinhaber stand. Die Eigentümer, welche eines der Grundstücke 2001 erworben haben, stützten sich beim Kauf des Grundstücks auf den ursprünglichen Katasterplan, der zwischen 1905 und 1906 erstellt wurde, und worin festgelegt worden war, dass die Mauer nur bis zur Hälfte die beiden Grundstücke miteinander verbindet bzw. die Wand des einen Gebäudes nur teilweise an die Wand des anderen Gebäudes grenzt. In seiner Begründung hielt das Bundesgericht fest, dass sich die Beschwerdeführer in diesem Fall nicht der Tatsache entziehen könnten, dass die Wand ihres Hauses und die Wand des dem Beschwerdebeklagten gehörenden Gebäudes nur teilweise aneinander grenzen würden (Urteil [5A 431/2011](#) vom 2. November 2011, E. 4.2.4). Schon von der Strasse her sei ersichtlich, dass die Mauern der beiden Häuser an einer Stelle durch einen kleinen Bogen verbunden seien, wobei sie an der Vorderseite keineswegs zusammenhängend und durch eine Reihe von Treppen deutlich voneinander getrennt seien (Urteil [5A 431/2011](#) vom 2. November 2011, E. 4.2.4). Die Beschwerdeführer hätten sich infolgedessen den realen und von aussen sichtbaren physischen Zustand der Liegenschaft entgegenhalten zu lassen und hätten – unter Berücksichtigung der bei den entsprechenden Umständen erforderlichen Aufmerksamkeit – zusätzliche Untersuchungen durchführen müssen, insbesondere durch Einsichtnahme in den ursprünglichen Katasterplan (Urteil [5A 431/2011](#) vom 2. November 2011, E. 4.2.4). Vor diesem Hintergrund kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der gute Glaube der Erwerber durch die «natürliche Publizität» zerstört worden sei.

[37] Im selben Jahr hatte sich das Bundesgericht in einem anderen Fall mit einem am 8. Mai 1957 abgeschlossenen Grunddienstbarkeitsvertrag zu beschäftigen (BGE [137 III 145](#)). In diesem räumten sich die damaligen Eigentümer der zwei aneinander angrenzenden Grundstücke Nr. 60 und Nr. 61 «gegenseitig zwischen den beiden Häusern, soweit die Grenzlinie GB-Nr. 432 (heute Nr. 61) B. verläuft, das Fuss- und Fahrwegrecht mit allen Fahrzeugen ein.» Diese Dienstbarkeit wurde im Grundbuch mit dem Wortlaut «Fuss- und Fahrwegrecht mit allen Fahrzeugen» sowohl als Recht und Last gegenseitig auf den Grundstücken Nr. 60 und 61 eingetragen. In der vor Bundesgericht behandelten Streitigkeit betreffend Umfang des Wegrechts standen sich nicht mehr die am 1957 abgeschlossenen Grunddienstbarkeitsvertrag beteiligten Parteien gegenüber. Die kantonalen Vorinstanzen stellten anhand von vom Beschwerdegegner ins Recht gelegten Fotografien von 1980 fest, dass die strittige Fläche zwischen den beiden Häusern auf jeden Fall ab dem Jahr 1980 asphaltiert gewesen und dieser Strassenbelag auf dem Grundstück der Beschwerdeführer durch einen Randstein abgegrenzt worden sei (BGE [137 III 145](#) E. 4.2.2 S. 150). Aufgrund der Tatsache, dass die bauliche Anlage – asphaltierte Strasse mit einem Randstein entlang des Grundstücks der Beschwerdeführer – im Zeitpunkt des Dritterwerbs durch die Beschwerdeführer bereits bestanden hätte, hätten die Beschwerdeführer sich diese für jedermann sichtbaren örtlichen Begebenheiten entgegenhalten zu lassen, womit sich der Inhalt und Umfang des Wegrechts gegenüber den Beschwerdeführern aufgrund des asphaltierten Weges bestimme (BGE [137 III 145](#) E. 4.3 S. 151). Somit kam in diesem Fall die Rechtsfigur der «natürlichen Publizität» vollumfänglich zum Tragen.

[38] Im dem Urteil BGE [137 III 153](#) zugrunde liegenden Sachverhalt begründeten die Eigentümer der Parzellen Nr. 11, 44, 66, 2455 und 2477 mit Vertrag vom 17. Juli 1952 ein Wegrecht, wobei die Dienstbarkeit im Grundbuch mit dem Stichwort «Wegrecht» zulasten der Parzellen Nr. 11, 44 und 2477 und zugunsten der Parzellen Nr. 11, 44, 66, 2455 und 2477 eingetragen wurde. Mitte der Siebzigerjahre wurden die Parzellen Nr. 11 und 44 neu überbaut. Der bisherige Weg wurde um 1,5 m nach Norden verschoben, befand sich damit vollständig auf der Parzelle Nr. 44 und führte nicht mehr zwischen zwei Gebäuden hindurch. Die Änderungen des Wegverlaufs wurden damals weder schriftlich vereinbart noch im Grundbuch eingetragen. Die Parzellen Nr. 11 und 44 wurden im Jahre 1981 zur Parzelle Nr. 11 vereinigt. Das Bundesgericht wies darauf hin, dass der Beschwerdeführer vor dem Kauf den Eintrag im Grundbuch «Wegrecht» gelesen, das Grundstück besichtigt und den Zugang zum Hinterhof durch den besagten Tunnel beschritten und infolgedessen den tatsächlichen Verlauf des Wegrechts vor Ort gekannt habe – und damit die Tatsache, dass der Weg ab dem W.-Weg durch einen Tunnel von 2,75 m Höhe führt und dort 3 m breit ist –, mit der Folge, dass der Beschwerdeführer sich diese äussere Erscheinung des Wegrechts, welches er vor dem Erwerb besichtigt habe, entgegenhalten lassen müsse (BGE [137 III 153](#) E. 4.3 S. 157). Der Beschwerdeführer, der das berechnigte Grundstück Nr. 2477 vorbehaltlos erworben habe, könne sich im Nachhinein weder auf seinen guten Glauben in den wenig aussagekräftigen Grundbucheintrag «Wegrecht» noch auf ein Wegrecht gemäss dem Vertrag von 1952 berufen, denn Inhalt und Umfang des Wegrechts würden hier durch die bauliche Anlage – den «Tunnel» – bestimmt (BGE [137 III 153](#) E. 4.3 S. 158). Somit sei gemäss Bundesgericht der gute Glaube des Beschwerdeführers durch die «natürliche Publizität» zerstört worden. Dieses Urteil sorgte im Schrifttum für Kritik, welche dahinging, dass das Bundesgericht mit diesem Urteil gegen Art. 738 ZGB verstossen habe (vgl. SCHMID-TSCHIRREN, a.a.O., S. 615).

[39] Im Jahr 2013 beschäftigte sich das Bundesgericht in einem Entscheid (Urteil [5A 117/2013](#) vom 9. Juli 2013) mit einem Fall, welcher ein Fahrwegrecht zum Gegenstand hatte. Das Bundesgericht stellte in diesem Zusammenhang fest, dass der Eintrag im Grundbuch keine Auskunft über den Umfang der Dienstbarkeit gebe und dass die eigentliche Absicht der Parteien, welche die Vereinbarung vom April 2002 unterzeichneten, darin bestanden habe, ein Fahrwegrecht zu Fuss und mit dem Auto zu schaffen, wobei die Parteien von ihrem Fahrwegrecht regelmässig Gebrauch gemacht und die asphaltierte Rampe benutzt hätten, bis der Beschwerdeführer dort eine Palisade errichtet habe (Urteil [5A 117/2013](#) vom 9. Juli 2013, E. 4.1.1). Vor diesem Hintergrund könne als erstellt gelten, dass der ins Grundbuch eingetragene und von den Parteien unterzeichnete Plan nicht ihren Wünschen entsprochen habe, da er nur in der nordöstlichen Ecke einer Parzelle das Fahrwegrecht als solches ausgewiesen habe (Urteil [5A 117/2013](#) vom 9. Juli 2013, E. 4.1.1). Die Eltern des Beschwerdeführers, von denen dieser das Grundstück erworben hatte, hätten sich nicht einfach auf den im Grundbuch hinterlegten Plan verlassen dürfen, sondern hätten mit der gebotenen Aufmerksamkeit merken müssen, dass der handgezeichnete Plan ungenau und fehlerhaft gewesen sei und deshalb nicht dem entsprochen habe, was die Vertragsparteien vereinbart hätten – nämlich ein Fahrwegrecht mit einer Breite von 2,5 m (Urteil [5A 117/2013](#) vom 9. Juli 2013, E. 4.2.1). Der Beschwerdeführer sei sich der Lage und der daraus resultierenden – an der Örtlichkeit sichtbaren – Einschränkungen bewusst gewesen, was er gegen sich gelten zu lassen habe (Urteil [5A 117/2013](#) vom 9. Juli 2013, E. 4.2.1).

[40] Im Urteil [5A 856/2014](#) vom 26. Januar 2015 hielt das Bundesgericht fest, dass beim Erwerb des Grundstücks im Jahr 2004 die vorliegend strittige Dienstbarkeit im Grundbuch mit «servitude de passage à chars» eingetragen gewesen sei, wobei diese Formulierung unklar sei und – ohne eine entsprechende Interpretation – ein Fahrwegrecht für Motorfahrzeuge nicht zugelassen habe ([5A 856/2014](#) vom 26. Januar 2015, E. 3.4). Der Dienstbarkeitsvertrag vom 27. Februar 1943 erlaube es nicht, den Umfang der Dienstbarkeit – insbesondere ihre genaue Breite und ihren Verlauf oder die Möglichkeit, den Weg mit Motorfahrzeugen zu benutzen – genau zu bestimmen ([5A 856/2014](#) vom 26. Januar 2015, E. 3.4). Im Zeitpunkt des Grundstückserwerbs durch die Beschwerdeführer habe der Weg in seinem jetzigen Zustand schon bestanden, sei in seiner Breite durch eine niedrige Mauer und eine Thujahecke begrenzt gewesen und habe an der südöstlichen Ecke des belasteten Grundstücks eine rechtwinklige Kurve gebildet, die mit einem Motorfahrzeug schwer zu befahren gewesen sei ([5A 856/2014](#) vom 26. Januar 2015, E. 3.4). Die Beschwerdeführer hätten auch ausdrücklich eingeräumt, dass sie beim Erwerb ihres Grundstücks gewusst hätten, dass die Zufahrtsstrasse, welche zum Grundstück geführt habe, mit einem Auto nur schwer befahrbar sei und sie sich auf diese Tatsachen auch berufen hätten, um den Preis des späteren Grundstückkaufs zu drücken ([5A 856/2014](#) vom 26. Januar 2015, E. 3.4). Auch hier hielt das Bundesgericht fest, dass Inhalt und Umfang des strittigen Fahrwegrechts sich auf der Grundlage des Weges, der

im Zeitpunkt des Erwerbs durch die Beschwerdeführer bestanden hätte, bestimmen würden ([5A_856/2014](#) vom 26. Januar 2015, E. 3.4).

[41] Im Urteil [5A_898/2015](#) vom 11. Juli 2016 ging es um eine im Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit, wonach Bäume und Sträucher die Höhe von 5 m nicht übersteigen dürfen. Da sich der Beschwerdeführer vor den kantonalen Instanzen auf BGE [137 III 153](#) berief, wies ihn das Bundesgericht diesbezüglich darauf hin, dass BGE [137 III 153](#) eine völlig andere Konstellation betraf, vorliegend aber weder der Umfang der Dienstbarkeit – belastet sei die gesamte Fläche des dienenden Grundstückes – noch deren Inhalt näher zu konkretisieren seien, da sich Inhalt und Umfang für sämtliche Beteiligten leicht ersichtlich aus dem Grundbuch ergeben würden (Urteil [5A_898/2015](#) vom 11. Juli 2016, E. 3.3).

[42] 2018 setzte sich das Bundesgericht in einem Entscheid (Urteil [5A_361/2017](#) vom 1. März 2018) mit einer Fallkonstellation auseinander, in welcher erstinstanzlich die Löschung des entsprechenden Fahrwegrechts im Grundbuch angeordnet wurde, zweitinstanzlich die dagegen erhobene Berufung gutgeheissen und die Beklagte mit Urteil vom 15. März 2017 verpflichtet wurde, am westlichen Rand ihrer Grundstücke eine Fahrwegrechtsfläche mit einer Breite von 2.5 m freizuhalten, so dass das Fahrwegrecht ausgeübt werden konnte. Die Beschwerdeführer brachten vor Bundesgericht vor, dass der tatsächliche, nach aussen sichtbare physische Zustand der Parzellen beider Parteien zeige, dass an dieser Stelle kein Fahrweg bestehe – auf der Parzelle der Beschwerdegegnerin seien Büsche, Bäume und Sträucher gepflanzt, die ein Alter von 40 bis 60 Jahre aufwiesen – und dass ein solcher, nach aussen sichtbarer physischer Zustand des Grundstücks den guten Glauben in das Grundbuch zerstöre (Urteil [5A_361/2017](#) vom 1. März 2018, E. 3.2). Die «natürliche Publizität» stehe gemäss den Beschwerdeführern somit dem guten Glauben der Beschwerdegegnerin in das Grundbuch entgegen und diese habe diese eindeutige äussere Erscheinung der Parzellen der Beschwerdeführer und ihrer eigenen Parzelle gegen sich gelten zu lassen, zumal die Beschwerdegegnerin das sichtbare, wirkliche Rechtsverhältnis auch tatsächlich wahrgenommen habe, weshalb sie sich nicht auf den wenig aussagekräftigen Grundbucheintrag «Wegrecht» berufen könne (Urteil [5A_361/2017](#) vom 1. März 2018, E. 3.2). Das Bundesgericht vertrat eine andere Sicht als die Beschwerdeführer und wies darauf hin, dass die Pflanzen, Bauten und Anlagen auf den Grundstücken der Beschwerdeführer nichts mit den angesprochenen Fallgruppen der «natürlichen Publizität» zu tun hätten (Urteil [5A_361/2017](#) vom 1. März 2018, E. 3.4.2). Wo nach ihren eigenen Angaben einst Wiesenland gewesen sei, auf dem der Eigentümer des berechtigten Grundstücks sein Wegrecht mühelos hätte anlegen und ausüben können, hätten die Beschwerdeführer Bäume und Sträucher gepflanzt und andere Vorrichtungen aufgestellt, die nicht für die Ausübung der Dienstbarkeit erforderlich seien, sondern den Eigentümer des berechtigten Grundstücks daran hindern würden, alles vorzukehren, was zur Einrichtung und Benutzung des Wegrechts nötig sei (Urteil [5A_361/2017](#) vom 1. März 2018, E. 3.4.2). Der Tatbestand, auf den sich die Beschwerdeführer erstmals vor Bundesgericht berufen hätten, läge nicht vor, weswegen auch der gute Glaube der Beschwerdegegnerin in das Grundbuch nicht erschüttert sei (Urteil [5A_361/2017](#) vom 1. März 2018, E. 3.4.2).

[43] Einer genaueren Analyse der eben zitierten, sachenrechtlichen Entscheide des Bundesgerichts zur «natürlichen Publizität» lässt sich entnehmen, dass die Entscheide sich in verschiedene Fallgruppen kategorisieren lassen (vgl. SCHMID-TSCHIRREN/PFÄFFLI, a.a.O., S. 10 ff.). Unter die *erste Fallgruppe* lassen sich vier der vorgenannt besprochenen Urteile (nämlich Urteil [5A_431/2011](#) vom 2. November 2011, BGE [137 III 145](#), Urteil [5A_117/2013](#) vom 9. Juli 2013 sowie Urteil [5A_856/2014](#) vom 26. Januar 2015) subsumieren. In diesen Fällen war der Grundbucheintrag *rudimentär* und die Dienstbarkeit wurde auf dem Terrain durch bauliche Anlagen konkretisiert (SCHMID-TSCHIRREN/PFÄFFLI, a.a.O., S. 10). Die sich daraus ergebende Konsequenz war jeweils, dass der Dritterwerber die räumliche Lage, die nach aussen aufgrund der baulichen Anlagen in Erscheinung trat, sich für die Bestimmung des entsprechenden Wegrechts hat *entgegenhalten* lassen müssen mit dem Ergebnis, dass der gute Glaube des Dritterwerbers durch «natürliche Publizität» *zerstört* wurde (SCHMID-TSCHIRREN/PFÄFFLI, a.a.O., S. 11). Richtiger Ansicht nach kann die «natürliche Publizität» ein Wegrecht *konkretisieren*, sofern dieses durch den Grundbucheintrag bzw. den Dienstbarkeitsvertrag nicht bereits konkretisiert wird (SCHMID-TSCHIRREN/PFÄFFLI, a.a.O., S. 11). Die *zweite Fallgruppe* – zu denen das angesprochene Urteil [137 III 153](#) gehört – umfasst Entscheide, deren Sachverhalte entweder einen hinreichend umfassenden Grundbucheintrag zum Gegenstand hatten oder der Grundbucheintrag nur aus einem Stichwort bestand (SCHMID-TSCHIRREN/PFÄFFLI, a.a.O., S. 11). Da in diesen Fällen der Eigentümer des berechtigten Grundstücks den entsprechenden Einschränkungen bzw. Verlegungen des Wegrechts (konkludent) zustimmte, lag in diesen Sachlagen jeweils ein (Teil-)Verzicht vor,

weshalb diese Fallgruppe als dogmatisch unproblematisch aufgefasst wird (SCHMID-TSCHIRREN/PFÄFFLI, a.a.O., S. 11).

[44] Unter Berücksichtigung der angesprochenen sachenrechtlichen Bundesgerichtsurteile und vor dem Hintergrund der skizzierten Fallgruppen-Bildung in Bezug auf die «natürliche Publizität» lässt sich der vorliegende Bundesgerichtsentscheid hinsichtlich der Rechtsfigur der «natürlichen Publizität» situieren. Vorliegend gingen die kantonalen Vorinstanzen – in Übereinstimmung mit dem Beschwerdegegner – davon aus, dass die Rechtsfigur zum Tragen komme und der Beschwerdeführer sich die nach aussen tretende Beschaffenheit des Grundstücks entgegenhalten lassen müsse und dieser das Grundstück im aktuellen Zustand erworben habe (vgl. E. 5.4). Das Bundesgericht folgte hingegen der Ansicht des Beschwerdeführers, wonach die Voraussetzungen der «natürlichen Publizität» nicht erfüllt seien und der gute Glaube des Beschwerdeführers in das Grundbuch nicht erschüttert sei (vgl. E. 5.6). Vorliegend kann in Übereinstimmung mit dem Bundesgericht als erstellt gelten, dass für die Ausübung des Wegrechts keine baulichen Anlagen erforderlich waren und in Ermangelung derselben etwaige bauliche Anlagen auch nicht den Inhalt und den Umfang eines Wegrechts – mit Wirkung gegenüber dem Dritterwerber – bestimmen können. Der gute Glaube des Beschwerdeführers – in seiner Eigenschaft als «Erwerber» bzw. «Dritter» – in das Grundbuch ist und war folgerichtig nie zerstört gewesen, weswegen der Schlussfolgerung des Bundesgerichts, dass der Beschwerdeführer sein Interesse an seinem Fahrwegrecht – auch wenn der Ausübung zur Zeit ein Mäuerchen, Obstbäume und ein Schopftor entgegenstehen – nicht verloren habe, vollends beizupflichten ist. Die Voraussetzungen der Anwendung der Rechtsfigur der «natürlichen Publizität» waren *in casu* nicht gegeben. Das vorliegende Urteil liest sich als Fortsetzung des oben angesprochenen Urteils [5A_361/2017](#) vom 1. März 2018, an welches es in begründungstechnischer Hinsicht anschliesst.

[45] Es ist davon auszugehen, dass die in der Rechtsprechung entwickelte Rechtsfigur der «natürlichen Publizität» in Zukunft in der weiteren sachenrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts weiter konturiert und relativiert wird. Denn – und das hat die Prozessgeschichte des vorliegenden Entscheids gezeigt, in welcher die Anwendung der Rechtsfigur auf die vorliegende Sachkonstellation von beiden kantonalen Instanzen anders gewürdigt wurde als vom Bundesgericht – ihre Anwendung bedarf in jeder Konstellation einer genauen Prüfung. Als abstraktes, theoretisches Konzept entwickelt, ist diese Rechtsfigur von grosser praktischer Relevanz im Bereich des Sachenrechts und führt in denjenigen Fallkonstellationen zu zielführenden Problemlösungen, in denen das Vertrauen auf und der Glaube in die im Grundbuch enthaltenen Informationen in einem aporetischen Gegensatz zu den konkreten materiellen Gegebenheiten auf einem Grundstück stehen. Vor diesem Hintergrund verhilft die «natürliche Publizität» somit einem der tragenden Grundpfeiler nicht nur des schweizerischen ZGB im Speziellen, sondern der Privatrechtsordnung insgesamt zur vollen Entfaltung: Dem in Art. 3 ZGB verankerten «guten Glauben».

PHILIPP EBERHARD, MLaw, Universität Luzern.

Zitiervorschlag: Philipp Eberhard, Gerichtliche Ablösung einer Dienstbarkeit und die Rechtsfigur der «natürlichen Publizität», in: dRSK, publiziert am 24. Juni 2020

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)

