

Barbara Graham-Siegenthaler / Philipp Eberhard

## **Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sachenrecht 2020/2021**

---

Die vorliegende kommentierte Rechtsprechungsübersicht zum Sachenrecht zeigt die wichtigsten Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sachenrecht während des letzten Jahres. Es soll den am Sachenrecht interessierten Praktikern ein effizienter Überblick über die aktuelle bundesgerichtliche Praxis geboten werden, wobei die in der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide publizierten Urteile wie auch nur im Internet zugängliche Entscheide berücksichtigt wurden.

---

Beitragstyp: Kommentierte Rechtsprechungsübersicht

Rechtsgebiete: Sachenrecht

Zitiervorschlag: Barbara Graham-Siegenthaler / Philipp Eberhard, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sachenrecht 2020/2021, in: Jusletter 23. August 2021

## Inhaltsübersicht

1. Eigentum allgemein (Art. 641 ff. ZGB)
  - a. Teilbarkeit von selbständigen und dauernden Baurechten
  - b. Aktivlegitimation eines einzelnen Miteigentümers für seinen Anteil («Hainbuchen-Fall»)
  - c. Ansprüche aus dem Miteigentum (Art. 649 Abs. 2 ZGB)
2. Inhalt und Beschränkungen des Grundeigentums (Art. 667 ff. ZGB)
  - a. Grenzscheidungsklage und Richtigkeit der Grundbuchpläne
  - b. Überschreitung von Eigentumsrechten (Art. 679 ZGB)
  - c. Haftung des Grundeigentümers (Art. 679 ZGB)
  - d. Nachbarrechtliche Klage auf Beseitigung von Schädigung und auf Schutz gegen drohenden Schaden aus Nachbarrecht («Tagesmutter-Fall»; Art. 679 ZGB)
  - e. Übermäßigkeit der Einwirkung von Bäumen (Art. 684 ZGB)
3. Stockwerkeigentum (Art. 712a ff. ZGB)
  - a. Dienstbarkeitsrecht und *actio confessoria* im Stockwerkeigentum (Art. 737 Abs. 1 ZGB)
  - b. Beschluss betreffend definitive Festlegung des Standorts der Fluchtwegbrücke (Art. 712g Abs. 1 i.V.m. Art. 647c-647e ZGB)
  - c. Weitere Entscheide zum Stockwerkeigentumsrecht
4. Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730 ff. ZGB)
  - a. Löschung einer Dienstbarkeit (Art. 736 Abs. 1 ZGB)
  - b. Verlegung einer Wegrechtsfläche betreffend eines Fuss- und Fahrwegrechtes (Art. 736 Abs. 1 und 2; Art. 742 Abs. 1 ZGB)
  - c. Inhalt einer Grunddienstbarkeit (Art. 737 Abs. 3, 738, 974b Abs. 2 ZGB)
  - d. Baurechtszins und dessen Berechnungsparameter (Art. 779, 779a, 779d ZGB)
5. Bauhandwerkerpfandrecht
  - a. Vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 839 i.V.m. Art. 961 ZGB)
  - b. Zur Frage des dies a quo der Viermonatsfrist im Rahmen einer definitiven Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 839 Abs. 2 ZGB)
6. Schuldbriefrecht (Art. 842 ff. ZGB)
  - a. Fälligkeit von Schuldbriefforderungen im Zeitpunkt der Betreibungseinleitung
  - b. Schuldbriefforderung und Herausgabe von Inhaberschuldbriefen
7. Grundbuchrecht (Art. 942 ff. ZGB)
  - a. Mehrbelastung aus Dienstbarkeiten bei der Vereinigung von Grundstücken (Art. 730 ff., Art. 974a und 974b ZGB)
8. Bewilligungsgesetz (BewG)
  - a. Betriebsstättenqualifikation nach BewG
  - b. Erwerb einer Ferienwohnung durch eine Person im Ausland
  - c. Vergrösserung eines Grundstückes, insbesondere Geschosserhöhung einer bestehenden Baute als nach BewG bewilligungspflichtiger Erwerb
9. Bäuerliches Bodenrecht (BGBB)
  - a. Unterstellung einer Parzelle unter das BGBB unter Berücksichtigung von Art. 36 Abs. 3 RPG
  - b. Landwirtschaftliche Pacht sowie Unterstellung von Parzellen unter das BGBB

## 1. Eigentum allgemein (Art. 641 ff. ZGB)

### a. Teilbarkeit von selbständigen und dauernden Baurechten

[1] Im *Urteil 5A\_341/2019 vom 19. Oktober 2020*<sup>1</sup> ging es um die Frage, ob Baurechte hinsichtlich ihrer Teilbarkeit den Liegenschaften gleichzustellen seien. Insbesondere war zu beurteilen, ob eine Änderung oder Neubegründung einer Baurechtsdienstbarkeit vorliege und ob die Bestimmungen über die Mindestdauer von selbständigen und dauernden Baurechten auch dann gelten, wenn die Vertragsparteien ein bestehendes, im Grundbuch eingetragenes Baurecht flächenmäßig aufteilen wollen, wobei vorliegend die Beibehaltung des Dienstbarkeitsinhalts sowie die Wahrung der gleich- und nachrangigen Rechte Dritter vorgesehen war. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

[2] *Zum Sachverhalt:* Die Ortsbürgergemeinde U. im Kanton Aargau ist Eigentümerin des Grundstücks x. Sie errichtete an diesem Grundstück vier selbständige und dauernde Baurechte, die als Grundstücke in das Grundbuch aufgenommen wurden. Die am Baurecht Berechtigten sind die folgenden vier Parteien: die A. AG (SDR Nr. xxx-1; mit einer Laufzeit bis 16. Mai 2038), die B. AG (SDR Nr. xxx-2), die C. AG (SDR Nr. xxx-3) und die D. AG (SDR Nr. xxx-4). Die A. AG verfügte dabei über mehr Fläche als sie tatsächlich benutzte. Hingegen hatte die B. AG zusätzlichen Platzbedarf. Die beiden Baurechtsnehmerinnen und die Ortsbürgergemeinde einigten sich deshalb darauf, in Abänderung der seinerzeitigen Dienstbarkeitsverträge die Fläche der Baurechtsparzelle (SDR Nr. xxx-1) der A. AG zu verkleinern, aus der frei werdenden Fläche eine zweite Baurechtsparzelle (die SDR Nr. xxx-5) zu errichten und diese der B. AG zuzuweisen. Diese Rechtsgeschäfte wurden am 28. November 2017 öffentlich beurkundet. Am 14. Dezember 2017 meldete die mit der Verurkundung des Rechtsgeschäfts betraute Urkundsperson dieses beim Grundbuchamt als Mutation (Nr. yyy) zur Eintragung an. Am 19. Dezember 2017 wies das Grundbuchamt diese Anmeldung ab. Zur Begründung führte es hauptsächlich vier Gründe an: (1) Ein selbständiges und dauerndes Baurecht könne nicht geteilt werden, (2) der Inhalt – als objektiv wesentlicher Punkt des Baurechts – werde in der Urkunde nicht umschrieben, (3) die vorgenommene Bereinigung der Dienstbarkeiten bzw. der Vormerkungen sei nicht zulässig und (4) für ein Baurecht, welches weniger als 30 Jahre dauere, seien die Blattanlage im Grundbuch und die Pfanderrichtung nicht möglich. Die von der Ortsbürgergemeinde U., der A. AG und der B. AG dagegen erhobene Beschwerde wurde ebenfalls abgewiesen, und zwar mit folgender Begründung: (1) Der ursprüngliche Dienstbarkeitsvertrag sehe keine vertragliche Aufteilung bzw. Abänderung vor, (2) die «Rollenverteilung» sei unklar (insbesondere sei unklar, wer das neue Baurecht errichte und wer Baurechtsberechtigter und –belasteter sei), (3) gewisse ungewöhnliche Formulierungen (wie bspw. dass «das neue Baurecht [...] inhaltlich mit dem bereits bestehenden Baurecht der B. AG [...] korrespondieren soll») würden eine sachenrechtlich eindeutige Umschreibung vermissen lassen, (4) selbständige und dauernde Baurechte könnten nicht wie Liegenschaften geteilt oder vereinigt werden und (5) die Mindestdauer von 30 Jahren sei zu berücksichtigen. Im Jahr 2019 gelangten die Ortsbürgergemeinde U., die A. AG und die B. AG mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

---

<sup>1</sup> Dazu ausführlich PHILIPP EBERHARD, Teilbarkeit von selbständigen und dauernden Baurechten: Kein Erfordernis der Mindestdauer von 30 Jahren (Art. 655 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB) für das im Umfang der ausgeschiedenen Fläche neu zu eröffnende Hauptbuchblatt, in: dRSK, publiziert am 28. Januar 2021.

[3] *Zu den Erwägungen:* In seiner Begründung äussert sich das Bundesgericht zu Inhalt und Bestand der selbständigen und dauernden Rechte i.S.v. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB (vgl. E. 3.1–3.4), die es als grundlegend beurteilt. Mit der Unterstellung der selbständigen und dauernden Rechte unter die Bestimmungen über die unbeweglichen Sachen habe sich der Gesetzgeber einer *gesetzlichen Fiktion* bedient. Damit fingiere das Gesetz, dass die selbständigen und dauernden Rechte Grundstücke seien und vom Rechtsanwender so angesehen werden sollten, «als ob» sie Grundstücke im eigentlichen Sinne darstellten (E. 3.5). Demnach habe das selbständige und dauernde Baurecht in jedem Fall – wie eine Liegenschaft – eine in Quadratmeter erfassbare räumliche Ausdehnung, indem es die Bodenparzelle insgesamt oder nur einen Teil davon belaste. Sodann könne es aber, anders als alle anderen Grunddienstbarkeiten, wie eine Liegenschaft, mit Grund- oder Personaldienstbarkeiten – namentlich mit einem selbständigen und dauernden Baurecht oder auch mit Grundpfandrechten – belastet werden und wie eine Liegenschaft als Stammgrundstück für die Begründung von Stockwerkeigentum dienen. Bei dieser Ausgangslage sei nicht ersichtlich, inwiefern im Rahmen der gesetzlichen Fiktion die *fehlende Körperlichkeit* des Gegenstandes eine Teilung des selbständigen und dauernden Baurechts ausschliessen solle bzw. weshalb das selbständige und dauernde Baurecht nicht auch hinsichtlich der Teilung einer Liegenschaft im Sinn von Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB solle gleichgestellt werden können (E. 4.3). Die Beschwerdeführerinnen hätten sich auf den Standpunkt gestellt, dass in casu die Mindestdauer des Baurechts von 30 Jahren kein massgebliches Kriterium darstellen könne, zumal inhaltlich keine Begründung eines neuen, selbständigen und dauernden Baurechts vorliegen würde, sondern nur eine Änderung einer bestehenden Dienstbarkeit. Wenn sich die Umgestaltung – wie in casu erfolgt – auf die gleich- oder nachrangigen grundbuchlichen Rechte nicht auswirke, würde keine neue Dienstbarkeit begründet (E. 5.1). Gemäss Bundesgericht geht es vorliegend um die flächenmässige Aufteilung einer bestehenden Baurechtsdienstbarkeit, welche sich auf gleich- und nachrangige Rechte gerade nicht auswirkt. Der Inhalt der Dienstbarkeit – mit Ausnahme der flächenmässigen Aufteilung – bleibt dabei unverändert. Mit diesem Vorgehen erfährt das mit der Baurechtsdienstbarkeit belastete Grundstück weder eine Entlastung noch eine zusätzliche Belastung oder Erschwerung. Zudem stellt sich aus der Sicht des Baurechtsgebers die Situation unverändert dar, weshalb in diesem Vorgehen keine (Neu-)Begründung einer Baurechtsdienstbarkeit zu erblicken ist (E. 5.7). In Bezug auf die *gesetzliche Mindestdauer von 30 Jahren* gilt, dass für das im Umfang der ausgeschiedenen Fläche neu zu eröffnende Hauptbuchblatt diese gesetzliche Mindestdauer nicht erfüllt sein muss. Dies unter der Voraussetzung, dass ein bestehendes selbständiges und dauerndes Baurecht flächenmässig aufgeteilt wird, der Inhalt der Dienstbarkeit im Übrigen unverändert bleibt und die gleich- und nachrangigen Rechte Dritter gewahrt werden (E. 6.6). Selbständige und dauernde Rechte an Grundstücken werden gemäss Art. 943 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB und Art. 22 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 GBV als Grundstücke in das Grundbuch aufgenommen. Dabei erhält nach Art. 945 Abs. 1 ZGB jedes Grundstück im Hauptbuch ein eigenes Blatt und eine eigene Nummer. Da jedoch die selbständigen und dauernden Rechte durch die gesetzgeberische Fiktion *nicht zu Grundstücken* – und damit zu Sachobjekten – werden, an denen Eigentum begründet werden könnte, sind die Bestimmungen über die Grundstücke auf sie nur *analog anwendbar*, «indem den Besonderheiten ihres Charakters als Dienstbarkeitsrechte Rechnung getragen wird». Ein selbständiges und dauerndes Recht an Grundstücken behält seinen *Charakter als Dienstbarkeit* gemäss herrschender Lehre auch nach seiner Aufnahme als Grundstück in das Grundbuch: Es ist und bleibt *ein Recht* und wird nicht zu einer Sache. Solche Rechte werden demnach als Dienstbarkeiten qualifiziert und werden lediglich vom Gesetz in bestimmter Art und Weise «wie» Liegenschaften behandelt. Damit ist auch gesagt, dass ein selbständiges und dauerndes Baurecht den Liegenschaften nicht vollkommen

men gleichgestellt ist, wobei sich die Grenze der Gleichstellung aus dem Dienstbarkeitscharakter und aus der fehlenden Körperlichkeit des Baurechts ergibt. Hinsichtlich der Frage nach der Teilung eines selbständigen und dauernden Baurechts ist folglich zu berücksichtigen, dass die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte so zu qualifizieren sind, «als ob» sie Grundstücke wären. Auch wenn es dem Baurecht an der Körperlichkeit des Gegenstandes fehlt, ist das selbständige und dauernde Baurecht gemäss Bundesgericht hinsichtlich Teilung einer Liegenschaft i.S.v. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB gleichzustellen.

## **b. Aktivlegitimation eines einzelnen Miteigentümers für seinen Anteil («Hainbuchhecken-Fall»)**

[4] In den *Urteilen 5D\_178/2019 und 5D\_179/2019 vom 26. Mai 2020*<sup>2</sup> geht es um eine zwischen zwei Grundstücken stehende Hainbuchenhecke. Das Bundesgericht wurde mit der Frage befasst, ob die ausdrückliche Zustimmung gewisser Miteigentümer zu einer Störung ein Hinderungsgrund für die Klage eines nicht zustimmenden Miteigentümers bildet oder nicht. Den Beschwerden ist vor Bundesgericht kein Erfolg beschieden.

[5] *Zum Sachverhalt:* Der Stockwerkeigentümer C. (Beschwerdegegner) ist Eigentümer einer Maisonette-Wohnung mit Aussensitzplatz und Balkon im 1. OG des in Stockwerkeigentum mit fünf Einheiten aufgeteilten Grundstücks A. im Kanton Zürich. C. ist also Mitglied der Stockwerkeigentümergemeinschaft A. Die Beschwerdeführer, die Eheleute B., sind Gesamteigentümer des mit einem Wohnhaus überbauten Grundstücks D. sowie auch Eigentümer von Autoabstellplätzen der Stockwerkeigentümergemeinschaft A.: Sie sind somit Teil dieser Stockwerkeigentümergemeinschaft. Die Eheleute B. haben sozusagen eine Doppelrolle: Sie sind einerseits Eigentümer des Nachbargrundstücks D., andererseits auch Teil der betroffenen Stockwerkeigentümergemeinschaft am angrenzenden Grundstück A. Zwischen den beiden Grundstücken A. und D. steht eine Hainbuchenhecke. Im Jahr 2015 verlangte C. erstinstanzlich klageweise, dass die Eheleute B. zu verpflichten seien, die auf ihrem Grundstück D. entlang der Grenze zu seinem Grundstück A. stehende Hecke zu entfernen. Die Klage wurde wegen fehlender Aktivlegitimation von C. – in einer ersten Runde – abgewiesen. In der zweiten Runde wurde die Klage gutgeheissen und es wurde anerkannt, dass die Hecke nicht auf der gemeinsamen Grenze, sondern auf dem Grundstück D. (also auf dem Grundstück der Eheleute) steht und die gesetzlichen Abstandsvorschriften zur gemeinsamen Grenze mit dem Grundstück A. unterschreitet. Im Ergebnis wurden die Eheleute B. dazu verpflichtet, die Hainbuchenhecke zu entfernen. Diese Auffassung wurde zweitinstanzlich bestätigt, wobei es dann vordergründig nur noch um Vollstreckungsfragen ging. Das Stadtammannamt Zürich hätte den Entscheid in der Folge vollstrecken sollen. Die Stockwerkeigentümergemeinschaft A. wandte sich jedoch gegen den Entscheid und beantragte, das Vollstreckungsgesuch sei abzuweisen, was jedoch abgelehnt wurde mit der Folge, dass die Hainbuchenhecke hätte entfernt werden müssen. Im Jahr 2019 beantragten sowohl die Stockwerkeigentümergemeinschaft A. als auch die Eheleute B. mit gemeinsamer Eingabe im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde die Abweisung vor Bundesgericht.

---

<sup>2</sup> Dazu eingehend PHILIPP EBERHARD, Aktivlegitimation eines einzelnen Miteigentümers für seinen Anteil, in: dRSK, publiziert am 26. November 2020.

[6] *Zu den Erwägungen:* In *verfahrensrechtlicher Hinsicht* stehe fest, dass die Stockwerkeigentümergemeinschaft A. an ihrer Versammlung beschlossen hätte, die Hecke an oder auf der Grundstücksgrenze beizubehalten. Im Vollstreckungsverfahren seien die Aktivlegitimation des Beschwerdegegners und die Passivlegitimation der Beschwerdeführer strittig gewesen. Die Vorinstanz habe festgehalten, dass bezüglich *Aktivlegitimation* des Beschwerdegegners davon auszugehen sei, dass jeder Miteigentümer befugt sei, die Sache insoweit zu vertreten, als es mit den Rechten der anderen Miteigentümer verträglich sei. Dem einzelnen Miteigentümer werde ein selbständiges Klagerecht für die Beseitigung von Störungen tatsächlicher Art zugestanden. In Bezug auf die *Passivlegitimation* habe die Vorinstanz festgehalten, die Hecke stehe nicht auf der Grenze zwischen den Grundstücken D. und A. und entsprechend nicht im Miteigentum der jeweiligen Eigentümer. Da die Hecke ausschliesslich auf dem Grundstück D. und folglich im Eigentum der Eheleute B. stehe, seien diese bezüglich der Vollstreckung des Beseitigungsurteils ausschliesslich passivlegitimiert (E. 5.1). Das Bundesgericht folgert, dass die Aktiv- und Passivlegitimation im Vollstreckungsverfahren korrekt und willkürlich beurteilt worden ist (vgl. E. 5.5).

[7] Wer Eigentümer einer Sache ist, hat nach Art. 641 Abs. 2 ZGB das Recht, jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren. Bei mehreren Miteigentümern stellt sich die Frage, ob ein einzelner Miteigentümer gegen Störungen durch andere Miteigentümer gegen diese vorgehen kann, was das Bundesgericht bereits in einem Entscheid aus dem Jahr 1969 ausdrücklich bejaht hat (vgl. dazu BGE 95 II 397 E. 2b S. 402). Dem einzelnen Miteigentümer kommt gemäss bundesgerichtlichem Verständnis ein *selbständiges Abwehrrecht* hinsichtlich der Beseitigung von Störungen zu. Jeder Miteigentümer kann – allein, d.h. ohne Zustimmung bzw. Mitwirkung der übrigen Miteigentümer – die Eigentums- und Eigentumsfreiheitsklage (Art. 641 Abs. 2 ZGB), bei entsprechendem Rechtsschutzinteresse auch eine Feststellungsklage bezüglich des gemeinsamen Rechts und nachbarrechtliche Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzansprüche, anheben. Sind gemeinschaftliche Teile betroffen, ist die Stockwerkeigentümergemeinschaft gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre ebenfalls klagelegitimiert. Das Klagerecht steht auch dann einem einzelnen Mit- bzw. Stockwerkeigentümer zu, wenn andere Mit- bzw. Stockwerkeigentümer der entsprechenden Störung zugestimmt haben, oder eben wie in casu die Hainbuchhecke haben stehen lassen wollen.

### **c. Ansprüche aus dem Miteigentum (Art. 649 Abs. 2 ZGB)**

[8] Im *Urteil 5A\_175/2019 vom 13. Mai 2020*<sup>3</sup> befasst sich das Bundesgericht mit den mit der Reinigung einer im Miteigentum stehenden Strassenparzelle verbundenen Reinigungskosten von CHF 15'000.- pro Jahr, für welche bislang immer ein einzelner Miteigentümer aufgekommen war. Der betroffene Miteigentümer forderte eine anteilmässige finanzielle Beteiligung der übrigen Miteigentümer an den Kosten. Die Beschwerde wird abgewiesen.

[9] Vor Bundesgericht stand folgender *Sachverhalt* zur Beurteilung: Der Beschwerdeführer A. ist Eigentümer des Grundstücks Nr. d mit einem Einfamilienhaus im Kanton Aargau. Daran schliesen sich in süd-südöstlicher Richtung die ebenfalls mit Einfamilienhäusern überbauten Grundstücke Nr. e, Nr. f und Nr. g an. Das Grundstück Nr. g befindet sich im Gesamteigentum der

---

<sup>3</sup> Dazu PHILIPP EBERHARD, Regressforderung aus Miteigentum (Art. 649 Abs. 2 ZGB): Einstufung von einer wöchentlich zweimaligen Reinigung einer Wegparzelle nicht als «gewöhnliche Verwaltungshandlung» gemäss Art. 647a ZGB, in: dRSK, publiziert am 29. Oktober 2020.

Beschwerdegegner B.B. und C.B. In östlicher Richtung verläuft die Strassenparzelle Nr. h, die auf der Höhe des Grundstücks von A. in eine von Westen nach Osten verlaufende Strasse einmündet und sich im nördlichen Bereich dieses Grundstücks rund 17 m nach Westen erstreckt. Diese Strasse steht, zu je einem Viertel, im Miteigentum der Eigentümer der vorgenannten Grundstücke. Der Beschwerdeführer A. machte nun gegenüber B.B. und C.B. – den Eigentümern des Grundstücks Nr. g – einen Betrag von CHF 75'000 (zzgl. Zinsen) geltend mit der Begründung, er habe jeweils ihren Anteil am Unterhalt und der Reinigung der Strassenparzelle übernommen. Im Jahr 2016 beantragte A. erinstanzlich, dass B.B. und C.B. unter solidarischer Haftbarkeit zur Bezahlung eines entsprechenden Betrages zu verpflichten seien. Die Klage wurde erst- wie zweitinstanzlich abgewiesen.

[10] *Zu den Erwägungen:* Vor Bundesgericht war zwischen den Parteien umstritten, ob dem Beschwerdeführer gegenüber den Beschwerdegegnern für die Strassenreinigung ein Entschädigungsanspruch gestützt auf Art. 649 Abs. 2 ZGB zustehe. Ein entsprechender Anspruch habe die Vorinstanz abgelehnt mit der Begründung, der Beschwerdeführer habe keine Entschädigung für Auslagen oder Verwendungen geltend gemacht, die von Art. 649 Abs. 2 ZGB erfasst würden, und der Beschwerdeführer habe nicht im Rahmen seiner Kompetenzen gehandelt (E. 3.1). Gemäss Beschwerdeführer hätten sich die Miteigentümer an den Kosten für den Unterhalt und die Erneuerung der Strassenparzelle im Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile zu beteiligen. Seiner Ansicht nach habe er nach Art. 649 Abs. 2 ZGB einen Anspruch auf Entschädigung (E. 3.2). Die Beschwerdegegner haben dafür gehalten, sie hätten sich am Unterhalt bzw. an der Reinigung der Strasse durchaus beteiligt (E. 3.3). Das Bundesgericht hält fest, dass der Beschwerdeführer die umstrittenen Reinigungsarbeiten nicht gestützt auf eine *Ermächtigung* der übrigen Miteigentümer vorgenommen hat. Die Arbeiten sind auch nicht sofort notwendig gewesen, um die Strasse vor drohendem oder wachsendem Schaden zu bewahren (E. 4.2). Gemäss den vorinstanzlichen tatsächlichen Feststellungen gehe es in casu um die Reinigung einer kurzen, gut ausgebauten Quartierstrasse zur Erschliessung von vier Einfamilienhäusern mit einer Strassenfläche von 191 m<sup>2</sup>. Es habe dabei kein Durchfahrtsweg vorgelegen, und der saisonal auftretende Laubfall hätte keine besondere Gefahr dargestellt. Zudem sei der Schneeräumungsdienst von der Gemeinde übernommen worden. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass vorliegend *keine sachadäquate Notwendigkeit* zur Erhaltung der Sache vorgelegen hat. Eine individuelle Handlungskompetenz des einzelnen Miteigentümers ist in den Augen des Bundesgerichts ohnehin nicht leicht anzunehmen. Entsprechend erweist sich vorliegend auch der Entschädigungsanspruch gegenüber den anderen Miteigentümern als unbegründet (E. 4.3).

[11] Art. 649 Abs. 1 und 2 ZGB hält fest: «Die Verwaltungskosten, Steuern und anderen Lasten, die aus dem Miteigentum erwachsen oder auf der gemeinschaftlichen Sache ruhen, werden von den Miteigentümern, wo es nicht anders bestimmt ist, im Verhältnis ihrer Anteile getragen. Hat ein Miteigentümer solche Ausgaben über diesen Anteil hinaus getragen, so kann er von den anderen nach dem gleichen Verhältnis Ersatz verlangen.» Der in dieser Norm verankerte Regressanspruch für die Verwaltungskosten, Steuern und anderen Lasten kommt jedoch nur insoweit zum Tragen, als der entsprechende Miteigentümer für die die Kosten verursachende Massnahme überhaupt zuständig ist und im Rahmen seiner Kompetenzen handelt. Ein betroffener Miteigentümer kann folglich nur dann einen Regress geltend machen, wenn er innerhalb der durch Gesetz bzw. Vereinbarung eingeräumten Verwaltungsbefugnisse gehandelt hat. Ferner müssen die angelaufenen Kosten nach Existenz und Höhe gerechtfertigt sein. Konsequent und sachlich gerechtfertigt

ist es, dass nur unter strengen Voraussetzungen von einer individuellen Handlungskompetenz eines einzelnen Miteigentümers auszugehen ist.

## **2. Inhalt und Beschränkungen des Grundeigentums (Art. 667 ff. ZGB)**

### **a. Grenzscheidungsklage und Richtigkeit der Grundbuchpläne**

[12] Im französischsprachigen *Urteil 5A\_726/2020 vom 25. Februar 2021* hatte sich das Bundesgericht mit der Frage auseinanderzusetzen, ob bei der Bestimmung der Grundstücksgrenze auf die Vermutung der Richtigkeit der Grundbuchpläne nach Art. 668 Abs. 2 ZGB abgestellt werden kann, oder ob die Grenzsteine vor Ort massgeblich sind. Das Bundesgericht lässt sich in keinem der vorgebrachten Punkte überzeugen und weist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ab.

[13] *Zum Sachverhalt:* B.A. und A.A. (Beschwerdeführer) waren Miteigentümer des im Kanton Waadt gelegenen Grundstücks Nr. 358 und D.B. und C.B. (Beschwerdegegner) Miteigentümer des daran angrenzenden Grundstückes Nr. 359. Der frühere Eigentümer des Grundstücks Nr. 358 hatte, um sein Grundstück vom Nachbargrundstück (Nr. 359) zu trennen, einen Zaun vom Grenzstein 8108 zum Grenzpunkt 8107 errichtet. Die Katasterunterlagen der Gemeinde stammten aus dem Jahre 1878. In den 1960er Jahren fand eine Flurbereinigung statt. Die Änderungen wurden damals mit Bleistift in den Plänen von 1878 eingezeichnet. Daraus entstand in der Folge der Referenzplan im Massstab 1:500. Im Zusammenhang mit diesen Änderungen wurde keine amtliche Vermessung durchgeführt. Am 16. Dezember 2010 monierten D.B. und C.B., dass ihre Nachbarn die Grundstücksgrenze um 30 cm verschoben hätten, was von diesen (B.A. und A.A.) bestritten wurde. Darauf wurde die ILO, «Office de l'information sur le territoire», beauftragt, die Grundstücksgrenzen festzustellen und kam dabei zum Schluss, dass der Grenzstein 8108 nicht der im Katasterplan festgelegten Lage entspreche und 80 cm in das Grundstück von B.A. und A.A. hinein verschoben werden müsse. Eine entsprechende temporäre Markierung wurde daraufhin am Boden gesetzt. D.B. und C.B. teilten nun ihren Nachbarn mit, sie würden ihr vergrössertes Grundstück in Besitz nehmen wollen und forderten diese auf, den Grenzzaun zu entfernen. B.A. und A.A. weigerten sich und beantragten beim Friedensrichter die Feststellung, dass die (ursprünglichen) Grenzsteine die Lage der Grundstücksgrenzen korrekt markierten. Die Grenzkommission setzte einen neuen Grenzpunkt, 95 cm vom Grenzstein 8108 entfernt und innerhalb des Grundstückes von B.A. und A.A. Gleichzeitig führte das ILO eine neue Katastervermessung durch. Mit Zustimmung der Eigentümer wurde der Plan von 1848 aufgehoben und die Grundstücksgrenzen durch die auf dem Grundstück gesetzten Grenzsteine festgelegt. Die Beschwerdeführer wandten sich in der Folge mittels subsidiärer Verfassungsbeschwerde ans Bundesgericht.

[14] *Zu den Erwägungen:* Die Beschwerdeführer machten zunächst geltend, dass Art. 668 Abs. 2 ZGB willkürlich angewandt worden sei (E. 3). Ihre Beanstandungen hätten sich um folgende Punkte gedreht: Das Kantonsgericht habe den umstrittenen Plan von 1878 trotz seiner Ungenauigkeiten als Grundbuchplan i.S.v. Art. 668 Abs. 1 ZGB qualifiziert, weshalb die Grundstücksgrenzen unter Bezugnahme auf diesen Plan zu bestimmen seien und nicht allein auf Grundlage der Beschaffenheit des Grundstücks. Die Flurbereinigung in den 1960er Jahren habe die Grundstücksgrenzen im Katasterplan von 1848 verändert. Die grafischen Angaben stammten jedoch nicht aus einer amtlichen Vermessung, was eine notwendige Voraussetzung für die Anwendung der *Vermutung der Richtigkeit* nach Art. 668 Abs. 2 ZGB sei. Daraus hätten die Beschwerdeführer gefolgert, dass Art. 668 Abs. 2 ZGB nicht angewandt werden könne. Die vorhandenen Grenz-

steine hätten daher als Referenz herangezogen werden müssen (E. 3.1.2). Bei einem Widerspruch zwischen der Abgrenzung auf dem Grundstück und den auf dem Plan dargestellten Grenzen sei gestützt auf Art. 668 Abs. 2 ZGB davon auszugehen, dass der *Plan richtig* sei; der Beweis des Gegenstands sei möglich (E. 3.1.3.2). Der massgebliche Grundbuchplan stelle der Plan von 1878 dar (E. 3.1.4). Ferner seien gemäss Beschwerdeführer die *Katasterdaten*, auf die sich die Vermessungsingenieure stützten, nicht hinreichend zuverlässig gewesen, um sich gegenüber den Abgrenzungen auf dem Grundstück durchzusetzen. Die Vorinstanz hätte jedoch willkürlich angenommen, dass derjenige Plan, auf den sich die Vermessungsingenieure gestützt hätten, der Referenzplan gewesen sei (E. 3.2). Ferner sei das ILO nach der im Jahre 2016 abgeschlossenen Vermessung zum Ergebnis gelangt, die alten Katasterpläne seien aufzuheben und die Lage der Grenzsteine zu bestätigen (E. 3.3). In keinem dieser Punkte liess sich das Bundesgericht überzeugen und weist infolgedessen die Beschwerde ab.

## b. Überschreitung von Eigentumsrechten (Art. 679 ZGB)

[15] Das Bundesgericht bestätigt im *Urteil 5A\_89/2020 vom 21. Oktober 2020*<sup>4</sup> betreffend Überschreitung von Eigentumsrechten i.S.v. Art. 679 ZGB seine Rechtsprechung, wonach der einzelne Stockwerkeigentümer einen anderen Stockwerkeigentümer nicht direkt auf Einhaltung des Begründungsaktes und des gestützt darauf erlassenen Reglements belangen kann, sondern hierfür zunächst einen Beschluss der Stockwerkeigentümergemeinschaft zu erwirken hat. Unabhängig davon stehen ihm gegenüber den anderen Stockwerkeigentümern direkt die Abwehransprüche aus Eigentum und Besitz zu. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

[16] Dem Entscheid lag folgender *Sachverhalt* zugrunde: J. und K. sind Miteigentümer einer Stockwerkeigentumseinheit der im Kanton Thurgau gelegenen Liegenschaft X., welche aus 25 Stockwerkeigentumseinheiten besteht. J. ist gleichzeitig Gesellschafter und Geschäftsführer der N. GmbH sowie Mitglied des Verwaltungsrates der O. AG. Der Sitz beider Gesellschaften befindet sich an derselben Adresse wie die Liegenschaft. K. ist Gesellschafterin und Geschäftsführerin der P. GmbH. Im Jahr 2017 beantragten neun Stockwerkeigentümer klageweise, J. und K. seien unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB zu verurteilen, jegliche, die blosse Wohnnutzung überschreitende Nutzung ihres Stockwerkeigentums, insbesondere jegliche gewerbliche Nutzung, mit sofortiger Wirkung zu unterlassen. Zudem sei ihnen zu verbieten, ihr Stockwerkeigentum über die blosse Wohnnutzung hinaus anders zu nutzen oder Dritten zu anderer Nutzung zur Verfügung zu stellen. Die Klage wurde abgewiesen. Der dagegen erhobenen Berufung war ebenfalls kein Erfolg beschieden. Die neun Stockwerkeigentümer gelangten daraufhin ans Bundesgericht.

[17] Zu den Erwägungen: Die Streitigkeit betraf die Frage, ob die Beschwerdegegner ihr Stockwerkeigentum über die Wohnnutzung hinaus auch anders, insbesondere gewerblich, nutzen dürfen (E. 4). Gestützt auf seine Rechtsprechung hält das Bundesgericht fest, dass der einzelne Stockwerkeigentümer einen anderen Stockwerkeigentümer *nicht direkt* auf Einhaltung des Begründungsaktes und des darauf gestützten Reglements belangen kann. Vielmehr hat er sich in diesem Fall zuerst an die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer zu wenden, damit diese über sein Anliegen einen Beschluss fasst. Ohne einen solchen Beschluss können einzelne Stockwerkeigen-

---

<sup>4</sup> Dazu eingehend MARTINA FRISCHKOPF, Aktivlegitimation im Stockwerkeigentum: Behelfe eines Stockwerkeigentümers bei Überschreitung der Wohnnutzung durch andere Stockwerkeigentümer, in: dRSK, publiziert am 31. Mai 2021.

tümer nur dann ins Recht gefasst werden, wenn sie sich eine Überschreitung ihres Eigentums zuschulden kommen lassen, von der die klagenden Stockwerkeigentümer unmittelbar betroffen sind (E. 4.3). Soweit vorliegend die Stockwerkeigentümersammlung beschlossen habe, sich im Streit um die Nutzungsart der Stockwerkeigentumseinheiten nicht selbst aktiv zu exponieren, hätte es an den Beschwerdeführern gelegen, gegen diese Haltung vorzugehen und ihre konkret gegen die Beschwerdegegner gerichteten Forderungen auf dem Weg der Beschlussanfechtung durchzusetzen (E. 4.3). Umstritten sei gewesen, ob die Beschwerdegegner ihre Loftwohnung nur zu Wohnzwecken oder auch zur Ausübung eines sogenannt stillen Gewerbes verwenden dürfen. Das Bundesgericht hält diesbezüglich fest, dass die Beschwerdeführer diesen Streit nicht direkt mit den Beschwerdegegnern vor Gericht austragen können, sondern ihnen nur allfällige nachbarrechtliche Abwehrklagen zur Verfügung stehen (E. 4.3).

[18] Die Stellung des Stockwerkeigentümers ist insofern vielschichtig, als er nicht einfach nur *Eigentümer* einer Stockwerkeinheit ist, sondern auch *Mitglied* der Stockwerkeigentümergemeinschaft. Sofern ein Stockwerkeigentümer einen Verstoss gegen das von der Gemeinschaft selbst erlassene Reglement rügt, betrifft dies das Verhältnis der Stockwerkeigentümer und damit das körperschaftsähnlich geregelte Zusammenleben untereinander. Die Stockwerkeigentümergemeinschaft ist jedoch frei, das Reglement jederzeit mit den notwendigen Quoren zu ändern. Entsprechend ist es ihr möglich, dem von einem Stockwerkeigentümer geltend gemachten Verstoss die Grundlage zu entziehen. Sofern ein Streit der Stockwerkeigentümer die *Auslegung des Reglements* betrifft, spricht dies dafür, zunächst die Herbeiführung eines Beschlusses der Stockwerkeigentümersammlung zu verlangen, bevor sich ein Gericht der Streitsache anzunehmen hat. Nichtsdestotrotz ist die bundesgerichtlich vorgeschriebene Vorgehensweise über die Anfechtungsklage nach Art. 75 ZGB nicht restlos befriedigend. In der Lehre ist bereits seit Längerem die *Problematik* bekannt, dass eine Gutheissung der Klage eines Stockwerkeigentümers gegen den Beschluss der Stockwerkeigentümergemeinschaft nicht notwendigerweise Abhilfe verschafft. Betroffen ist bspw. die Anfechtung gewisser Negativbeschlüsse, in denen die Stockwerkeigentümergemeinschaft eine reglementswidrige Nutzung der Stockwerkeinheit duldet. Das Urteil ist *kassatorischer Natur*, weshalb das Gericht lediglich den Beschluss aufheben, nicht aber durch einen eigenen Beschluss ersetzen kann. Weigert sich die Versammlung in der Folge, einen neuen gesetzes- oder reglementskonformen Beschluss zu fassen, hat der einzelne Stockwerkeigentümer letztlich keine rechtliche Handhabe, um die Befolgung des Reglements durchzusetzen. In der Lehre wird deshalb zu Recht vorgeschlagen, von der rein kassatorischen Natur der Anfechtungsklage abzusehen und dem Kläger zuzubilligen, über die Aufhebung des Beschlusses hinaus die Wiederherstellung der rechtmässigen Lage zu beantragen.

### c. Haftung des Grundeigentümers (Art. 679 ZGB)

[19] Im französischsprachigen *Urteil 5A\_16/2020 vom 18. August 2020* ging es um die Verantwortlichkeit eines Eigentümers einer unbeweglichen Sache für Schäden, die dieser seinen Nachbarn infolge einer Verletzung der Art. 684 ff. ZGB zufügt. Dabei handelt es sich um eine Kausalhaftung, wobei das Bundesgericht betont, dass die adäquate Kausalität nur durch ein ausserordentliches bzw. aussergewöhnliches Ereignis unterbrochen werden kann, was in casu gerade nicht der Fall gewesen ist. Die Beschwerde wird infolge Unbegründetheit abgewiesen.

[20] Folgender *Sachverhalt* präsentierte sich dem Bundesgericht: A. (Beschwerdegegner) ist Eigentümer der Stockwerkeinheiten des auf dem Grundstück Nr. xxx in der Gemeinde U. im Kan-

ton Wallis errichteten Gebäudes. Die Gemeinde U. (Beschwerdeführerin) ist Eigentümerin der angrenzenden Grundstücke Nr. yyy und zzz. Am 16. Juli 2007 bot die Gesellschaft B. SA der Gemeinde U. den Kauf der Grundstücke Nr. yyy und zzz an, um darauf ein Gebäude zu errichten, worauf die Gemeinde am 12. September 2007 die Offerte annahm. Die Gesellschaft B. SA reichte bei der Gemeinde U. am 21. Januar 2008 ein Gesuch zur Erteilung einer Baugenehmigung ein, worauf das Bauprojekt öffentlich aufgelegt wurde. Das «Secrétariat cantonal des constructions» hiess das Projekt vorab unter gewissen Bedingungen und Auflagen gut. In der Zwischenzeit, nämlich am 10. März 2008, schloss die Gesellschaft B. SA in ihrer Eigenschaft als Bauherrin einen Vertrag mit der zwischenzeitlich am 17. Oktober 2017 aus dem Handelsregister gelöschten Generalunternehmung C. Sàrl über die Errichtung eines schlüsselfertigen Gebäudes auf den Grundstücken Nr. yyy und zzz. Der Vertrag unterlag der zweifachen Bedingung, dass die Gesellschaft B. SA das Land von der Gemeinde U. kaufen und eine Baugenehmigung erhalten würde. Am 14. Mai 2008 erteilte die Gemeinde B. die Baugenehmigung, vorbehaltlich den vom «Secrétariat cantonal des constructions» festgelegten Bedingungen und Auflagen. Die Gemeinde U. informierte die Generalunternehmung C. Sàrl mündlich über diesen Entscheid und teilte ihr mit, dass sie sofort mit der Arbeit beginnen könne, ohne formell auf die Unterzeichnung des Kaufvertrags zu warten. Auf Antrag der B. SA begann die Generalunternehmung C. Sàrl am 20. Mai 2008 mit den Abbrucharbeiten und am 26. Mai 2008 mit den Aushubarbeiten. Am 28. Mai 2008 mussten die Aushubarbeiten wegen des Auftretens von Rissen am auf dem angrenzenden Grundstück Nr. xxx stehenden Gebäude, dessen Miteigentümer A. ist, eingestellt werden. Zur Stabilisierung des Gebäudes mussten Notfallmassnahmen ergriffen werden, welche bis in den Juli 2008 fort dauerten. Zu diesem Zeitpunkt war der Kaufvertrag zwischen der Gesellschaft B. und der Gemeinde U. noch nicht unterzeichnet worden. Die Gemeinde U. war also weiterhin als Eigentümerin der beiden Grundstücke im Grundbuch eingetragen. Mit Verfügung vom 6. Juni 2008 teilte die Gemeinde dem Eigentümer A. mit, es sei ihm untersagt, das Gebäude auf dem Grundstück Nr. xxx zu bewohnen oder zu betreten. Gemäss dem Expertenbericht vom 17. April 2014 sei es die Sache der Gesellschaft B. SA gewesen, verschiedene vorbereitende Massnahmen im Hinblick auf die Bauarbeiten zu treffen bzw. einen entsprechenden Spezialisten damit zu beauftragen. Ebenso hätten vor Baubeginn gewisse Arbeiten im Baugrund bzw. Erdreich («travaux de sous-murage») ausgeführt werden sollen. Die Vorinstanz habe ferner festgestellt, dass die Ursache des Schadens bei den entsprechenden Aushubarbeiten zu finden sei, welche unter den Fundamenten des Gebäudes von A. (ohne Vorsichtsmassnahmen und ohne Kontrolle) durchgeführt worden seien. Diese Mängel hätten dazu geführt, dass sich die Fundamente des benachbarten Gebäudes abgesetzt hätten und am Gebäude folglich Risse und Schäden entstanden seien. Die «Cour civile II du Tribunal cantonal valaisan» verurteilte die C. Sàrl in Liquidation mit Entscheid vom 30. April 2015, A. die Beträge von CHF 700'000 (Reparaturkosten), CHF 4'510.70/Monat (Mietausfälle) seit dem 28. Mai 2008, inkl. Zins von 5 % ab dem 1. Tag jeden Monats, bis zum vollständigen Abschluss der Reparaturarbeiten, bis zur Höhe des Gesamtbetrages von CHF 608'944.50, sowie CHF 6'821.45, inkl. Zins von 5 % seit dem 1. Oktober 2009, zu zahlen. Mit Entscheid vom 31. Januar 2018 verurteilte der «Juge des districts de Martigny et St-Maurice», auf Antrag von A., die Gemeinde U. sowie die B. SA solidarisch zur folgenden Zahlung (unter Abzug bereits getätigter Zahlungen von C. Sàrl im Nachgang des Entscheids vom 30. April 2015): CHF 643'661 (Reparaturkosten), CHF 530'250 inkl. Zins von 5 % p.a. seit 28. März 2013 (Mietausfälle), CHF 6'821.45 inkl. Zins von 5 % p.a. seit 1. Oktober 2009 (Schadenersatz) und CHF 24'270.25 inkl. Zins von 5 % p.a. seit 16. November 2012 (Schadenersatz). Die dagegen erhobene Berufung hiess die «Cour civile II du Tribunal cantonal valaisan» teilweise gut. Sie verurteilte die Gemeinde U., solida-

risch mit B., zur Zahlung folgender Beträge an A. (unter Abzug der entsprechenden Beträge, die die C. Sàrl im Nachgang des Entscheids vom 30. April 2015 bereits an A. entrichtet hatte): CHF 643'661 (Reparaturkosten), CHF 6'821.45 inkl. Zins von 5 % p.a. seit 1. Oktober 2009 (Schadenersatz) und CHF 24'270.25 inkl. Zins von 5 % p.a. seit 16. November 2012 (Schadenersatz). Zusätzlich wurde die Gemeinde U. dazu verpflichtet, A. den Betrag von CHF 608'944.50 (Mietausfälle) solidarisch mit B. zu zahlen (unter Berücksichtigung bereits von C. Sàrl getätigter Zahlungen). Gegen diesen Entscheid gelangte die Gemeinde U. mit Berufung vom 6. Januar 2020 ans Bundesgericht und beantragte, dass die vorinstanzliche Klage abzuweisen sei, wobei sie im Wesentlichen eine Verletzung von Art. 679 ZGB rügte.

[21] *Zu den Erwägungen:* In seiner Begründung weist das Bundesgericht insbesondere darauf hin, dass Art. 679 Abs. 1 ZGB die *Verantwortlichkeit des Eigentümers* einer unbeweglichen Sache für Schäden normiert, die dieser seinen Nachbarn infolge einer Verletzung der Art. 684 ff. ZGB zufügt. Dabei handelt es sich um eine Kausalhaftung («*responsabilité objective*»), die unabhängig von einem Verschulden des Eigentümers besteht und drei materielle Voraussetzungen hat: (1) eine Überschreitung der Grenzen, die dem Grundeigentum durch das Nachbarrecht zugewiesen werden; (2) eine Verletzung der Nachbarrechte und (3) ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Überschreitung und der Rechtsverletzung (E. 5.1.1). Da die Beschwerdeführerin noch nicht einmal ein persönliches Recht an ihrem Land übertragen habe und durchaus in der Lage sei, die Arbeiten einzustellen, die sie anderweitig genehmigt hätte, sei ihre Situation in keiner Weise mit derjenigen eines Grundeigentümers vergleichbar, der ein Baurecht gewährt. In Anbetracht der in Art. 679 ZGB festgelegten Kausalhaftung, die darauf abzielt, einen besseren Schutz der Nachbarn bei der Ausführung von Bauarbeiten zu gewährleisten, sei es auch richtig, dass die kantonale Behörde die Auffassung vertreten hätte, dass die Handlung der Beschwerdeführerin in einem angemessenen Kausalzusammenhang mit dem dem Beschwerdegegner zugefügten Schaden gestanden hätte. In diesem Zusammenhang betont das Bundesgericht, dass die adäquate Kausalität nur durch ein ausserordentliches bzw. aussergewöhnliches Ereignis unterbrochen werden kann, was in casu jedoch nicht der Fall gewesen war, weshalb die Beschwerde auch abzuweisen ist (E. 5.2).

#### **d. Nachbarrechtliche Klage auf Beseitigung von Schädigung und auf Schutz gegen drohenden Schaden aus Nachbarrecht («Tagesmutter-Fall»; Art. 679 ZGB)**

[22] Das französischsprachige *Urteil 5A\_127/2020 vom 22. April 2021* hat eine gewisse Prominenz erzielt und wurde in der deutschsprachigen Presse u.a. unter dem Titel «Tagesmutter darf nicht in eigener Wohnung arbeiten – eine Nachbarin ärgert sich über den Kinderlärm» am 23. April 2021 in der Neuen Zürcher Zeitung (NZZ) behandelt. In diesem Verfahren führte das Bundesgericht eine seiner (eher seltenen) öffentlichen Verhandlungen durch, wobei sich die fünf Bundesrichter alles andere als einig waren. Schlussendlich sprach sich die Mehrheit der Bundesrichter jedoch dafür aus, dass die Tagesmutter, gestützt auf das anwendbare Stockwerkreglement, in ihrer Stockwerkeigentumswohnung nicht mehr fünf Kleinkinder betreuen darf, u.a. auch aufgrund der Tatsache, dass der Lärm die Nachbarin stört. Vor diesem Hintergrund wurde die Beschwerde abgewiesen.

[23] Zur Beurteilung stand folgender *Sachverhalt*: Auf der im Kanton Waadt in der Gemeinde D. gelegenen Parzelle Nr. 230 wurde im Jahr 2004 Stockwerkeigentum errichtet, und zwar drei

Stockwerkeinheiten. Die im Erdgeschoss gelegene Stockwerkeinheit wird durch die Beschwerdegegnerin bewohnt. Die im Obergeschoss gelegene Stockwerkeinheit gehört der Ehefrau, welche zusammen mit dem Ehemann vor Bundesgericht Beschwerde führt, wobei der Ehemann Eigentümer der im Dachgeschoss gelegenen Stockwerkeinheit ist. Art. 7A des Stockwerkeigentümerreglements vom 29. Juni 2004 sieht u.a. vor, dass die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit im Gebäude insoweit erlaubt ist, als sie nicht die Ruhe im Gebäude stört, insbesondere aufgrund von Lärm oder Vibrationen («L'exercice d'une profession est autorisé dans la mesure où il ne nuit pas à la bonne tenue et à la tranquillité de l'immeuble, qu'il n'apporte aucune gêne aux autres propriétaires par étage, notamment en raison du bruit, des odeurs et des trépidations.»). Seit dem 7. Mai 2009 übte die beschwerdeführende Ehefrau die Tätigkeit als Tagesmutter in der im Obergeschoss gelegenen Stockwerkeinheit aus. Gemäss der im Jahr 2013 von der Stadt D. ausgestellten Arbeitsbewilligung («attestation de travail») ist es der Ehefrau erlaubt, gleichzeitig bis zu fünf schulpflichtige Kinder bei sich zu betreuen. Nach Ansicht der Beschwerdegegnerin verstösst diese Tätigkeit gegen Art. 7A des Stockwerkeigentümerreglements. Im Jahr 2013 klagte die Beschwerdegegnerin wegen Eigentumsstörung («action en cessation de trouble») gegen die Beschwerdeführer und beantragte im Hauptstandpunkt zusammengefasst, dass es der Ehefrau zu verbieten sei, im auf der Parzelle Nr. 230 gelegenen Gebäude jegliche berufliche Aktivität auszuüben, welche die Ruhe im Gebäude stört, insbesondere die Ausübung der Tätigkeit als Tagesmutter. Zwischenzeitlich erging ein Beschluss der Stockwerkeigentümergemeinschaft, welcher im bundesgerichtlichen Verfahren 5A\_98/2017 mit Urteil vom 27. Juni 2017 aufgehoben wurde. Das aufgrund dieses Verfahrens zwischenzeitlich sistierte Verfahren betreffend Eigentumsstörung wurde im Juni 2017 wieder aufgenommen. Mit Entscheid vom 28. Dezember 2018 verurteilte das erinstanzliche Gericht die Ehegatten dazu, jegliche berufliche Tätigkeit, welche die Ruhe im Gebäude stört, insbesondere die Tätigkeit als Tagesmutter im Ober- und Dachgeschoss des Gebäudes, zu unterlassen. Das Kantonsgericht Waadt wies das von den Ehegatten gegen dieses Urteil erhobene Rechtsmittel am 6. Januar 2020 ab. Die beschwerdeführenden Ehegatten gelangten am 10. Februar 2020 ans Bundesgericht und beantragten zusammengefasst, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben.

[24] *Zu den Erwägungen:* Das Kantonsgericht habe darauf hingewiesen, dass eine Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts in *zwei Schritten* zu erfolgen habe. In einem ersten Schritt sei theoretisch zu prüfen, ob die Ausübung der Tätigkeit als Tagesmutter mit Art. 7A des Stockwerkeigentümerreglements vereinbar sei. Falls dies nicht der Fall sei, stelle die fragliche Handlung eine *übermässige Immission* i.S.v. Art. 684 ZGB dar und sei rechtswidrig. Falls dies jedoch der Fall sei, sei vertieft zu prüfen, ob die strittige Aktivität in concreto als übermäßig zu qualifizieren sei («[...] si l'activité litigieuse était concrètement excessive.»; E. 3.1). Das Kantonsgericht habe das Stockwerkeigentümerreglement objektiv interpretiert und sei zum Schluss gekommen, dass die Tätigkeit als Tagesmutter gegen Art. 7A Satz 2 des Stockwerkeigentümerreglements verstösse, wonach eine berufliche Tätigkeit im Gebäude nur dann erlaubt sei, wenn diese keine Störung – welcher Art auch immer – erzeuge («[...] que celle-ci ne causait aucun désagrément, quel qu'il soit.»). Die Tätigkeit als Tagesmutter sei somit mit dem Stockwerkeigentümerreglement nicht kompatibel und folglich widerrechtlich und infolgedessen «übermäßig» i.S.v. Art. 684 ZGB (E. 3.2). In seinen Ausführungen zum Rechtlichen weist das Bundesgericht darauf hin, dass Art. 684 ZGB – als Regel des privatrechtlichen Nachbarrechts – auf einen Ausgleich der Interessen von Nachbarn abziele (E. 4.1.1). Gestützt auf Art. 712a Abs. 2 ZGB, der einen Verweis auf die Regelungen des Nachbarrechts, insbesondere auf die Art. 679 und 684 ff. ZGB, darstellt, hat ein Miteigentü-

mer das Recht, seine aus dem Eigentum fliessenden Rechte insoweit auszuüben, als die anderen Miteigentümer in der Ausübung ihrer Rechte nicht eingeschränkt sind. Die Stockwerkeigentümer sind jedoch frei, im Begründungsakt, in einem Stockwerkeigentümerreglement, in einer Hausordnung oder einem Beschluss der Stockwerkeigentümergemeinschaft die Ausübung des Eigentumsrechts des Einzelnen einschränkende Regelungen vorzusehen. Die Auslegung eines Verwaltungs- und Benützungsreglements erfolge dabei nach *vertragsrechtlichen Grundsätzen*, insbesondere nach dem Vertrauensprinzip (E. 4.1.2). In casu hätten die Stockwerkeigentümer die Ausübung ihrer Eigentumsrechte eingeschränkt und ein Stockwerkeigentümerreglement errichtet und in Art. 7A dieses Reglements entsprechende Regelungen getroffen (E. 4.2). Zentrales Element von Art. 7A des Stockwerkeigentümerreglements stelle der Umstand dar, dass die Ruhe der im Gebäude wohnenden Personen sichergestellt sei («[...] l'art. 7A du règlement [...] faisait de la tranquillité des personnes y résidant un élément essentiel [...]»). Somit müsse die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit im Gebäude im Einklang mit dieser Vorgabe stehen. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung beeinträchtige die Betreuung mehrerer kleiner Kinder in einer Wohnung zwangsläufig die Ruhe der Nachbarschaft, sei es durch Lärm oder Vibrationen. Das Erfordernis der Ruhe werde dabei ausschliesslich gemessen an der beruflichen Tätigkeit, welche durch das Stockwerkeigentümerreglement erlaubt sei (E. 4.2.2).

#### e. Übermässigkeit der Einwirkung von Bäumen (Art. 684 ZGB)

[25] Im Urteil 5D\_91/2020 vom 7. September 2020<sup>5</sup>, welches sich um die Übermässigkeit der Einwirkung von Bäumen gestützt auf Art. 684 ZGB drehte, bekräftigt das Bundesgericht seine bisherige darauf Bezug nehmende Rechtsprechung. Um eine «Übermässigkeit» im Sinne von Art. 684 ZGB zu begründen, sind demnach nicht die einzelnen Einwirkungen auf ein Grundstück für sich alleine massgebend, sondern eine Übermässigkeit kann sich auch aufgrund mehrerer an sich nicht übermässigen Umständen ergeben. Das Bundesgericht weist die Beschwerde infolge Unbegründetheit ab.

[26] Zum Sachverhalt: Die Grundstückseigentümerin A. lag mit den beiden Miteigentümern B. und C. des nachbarschaftlichen, im Kanton Wallis gelegenen Grundstücks im Streit über den Bestand zweier, an der nördlichen Grenze auf dem Grundstück von A. gepflanzter Bäume zwischen ihren beiden Chalets. Die Miteigentümer B. und C. des nachbarschaftlichen Grundstückes störten sich daran, dass die Bäume ihnen die Aussicht auf die südlichen Berge, insbesondere auf das Weisshornmassiv, versperren und Schatten auf ihr Grundstück werfen würden. Im Jahr 2017 forderten die Miteigentümer B. und C. deshalb erinstanzlich klageweise die Beseitigung der beiden Bäume. Die Klage wurde erst- wie zweitinstanzlich gutgeheissen. Daraufhin gelangte A. (Beschwerdeführerin) mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht.

[27] Zu den Erwägungen: Wer eine Verletzung des Willkürverbots vorbringen wolle, müsse darlegen können, inwiefern das kantonale Gericht willkürlich entschieden haben soll und der Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leide. Willkür liege nur vor, wenn nicht nur die Begründung des Entscheids, sondern auch das Ergebnis unhaltbar sei. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheine, begründe keine Willkür (E. 2

---

<sup>5</sup> Dazu PHILINE GETZMANN, Die Übermässigkeit der Einwirkung von Bäumen im Rahmen von Art. 684 ZGB, in: dRSK, publiziert am 19. August 2021.

und 3). Bei der Ausübung des Eigentums nach Art. 684 Abs. 1 ZGB bestehet eine Verpflichtung zur Enthaltung von übermässigen Einwirkungen. Ferner gelte es, das Verbot aller schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen vor Augen zu haben (E. 3). Die Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen – d.h. übermässigen – Immissionen erfolge nach Massgabe ihrer Intensität, welche nach objektiven Kriterien zu beurteilen sei (E. 3.1). Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung werden Beeinträchtigungen einer Aussicht nur unter ausserordentlich strengen Voraussetzungen als «übermässig» qualifiziert. Dies etwa in Fällen, in denen eine besonders schöne Aussicht in schwerwiegender Weise eingeschränkt werde oder das Nachbargrundstück aufgrund einer besonderen Nutzungsart auf die Aussicht angewiesen sei (E. 3.1). Gemäss Vorinstanz sei die eingeschränkte Aussicht nach Süden auf das Weisshornmassiv erstellt, ebenso der Lichtentzug und der Schattenwurf (E. 4.1). Eine Ferienwohnung in den Walliser Alpen sei nach den vorinstanzlichen Überlegungen gerade dazu bestimmt, die Sonne sowie den Blick auf die Walliser Berge zu geniessen (E. 4.1). Gemäss der vorinstanzlichen Interessenabwägung seien in casu die Interessen der Beschwerdegegner höher zu gewichten als diejenigen der Beschwerdeführerin (E. 4.2). Bei der Ortsüblichkeit sei ferner mitberücksichtigt worden, dass die streitgegenständlichen Bäume bereits im Erwerbszeitpunkt bestanden hätten (E. 4.2). Das Bundesgericht weist unmissverständlich darauf hin, dass der Licht- und Sonnenentzug für sich alleine von der Vorinstanz nicht als übermässig qualifiziert worden ist. «Übermässig» ist die «Gesamtheit» der Einwirkungen. Die Beschwerdeführerin habe den Schattenwurf nicht abgetan und ferner nicht aufzeigt, inwiefern diese Immissionen als Teil einer Gesamtheit von Einwirkungen nicht hinreichend erstellt seien (E. 6.2). Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass nicht die Behinderung der Aussicht für sich alleine als übermässige Immission zu qualifizieren ist, sondern die Gesamtheit aller Einschränkungen (E. 6.3). Die Beschwerdeführerin habe nicht darzulegen vermocht, inwiefern die Vorinstanz seine Befugnisse willkürlich überschritten haben soll, weshalb sich im Ergebnis die Beschwerde als unbegründet erweist (E. 7).

[28] Nach Rechtsprechung und Lehre ist nicht nur jede Einwirkung für sich alleine, sondern die *Gesamtwirkung aller Immissionen* für die Beurteilung einer Übermässigkeit gemäss Art. 684 ZGB entscheidend. Gehen von ein und demselben Grundstück mehrere Einwirkungen verschiedener Art aus, kann auch dann eine Übermässigkeit vorliegen, wenn jede einzelne Einwirkung für sich allein nicht als übermässig zu qualifizieren wäre und daher für sich alleine allenfalls der Duldungspflicht unterliegen könnte. Einem Gericht steht ein grosses Ermessen hinsichtlich der Feststellung der Übermässigkeit zu, wobei das Vorliegen eines Übermasses unter umfassender Würdigung der individuell konkreten Interessenlage geprüft werden muss. Obschon einem Gericht im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen der Übermässigkeit ein grosser Ermessensspielraum zusteht, ist gemäss Rechtsprechung jedoch immer auch der Zweck der Norm, nämlich die Herstellung eines nachbarlichen Interessenausgleichs, im Auge zu behalten. Im Rahmen einer umfassenden Prüfung sind, wie das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid auch betont, alle ins Gewicht fallenden Umstände hinsichtlich ihrer Relevanz zu beachten.

### 3. Stockwerkeigentum (Art. 712a ff. ZGB)

#### a. Dienstbarkeitsrecht und *actio confessoria* im Stockwerkeigentum (Art. 737 Abs. 1 ZGB)

[29] In seinem französischsprachigen *Urteil 5A\_664/2019 vom 3. Dezember 2020*<sup>6</sup> äussert sich das Bundesgericht zur Frage der Aktiv- bzw. Passivlegitimation im Rahmen einer Klage aus dem Recht (*actio confessoria*) in Prozessen, wo sich (am Stockwerkeigentum nicht beteiligte) Dienstbarkeitsberechtigte und Stockwerkeigentümer gegenüberstehen. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

[30] Zur Beurteilung stand folgender *Sachverhalt*: B.B. und C.B. sind Gesamteigentümer der Liegenschaft Nr. 427 der im Kanton Waadt gelegenen Gemeinde U. A. hat am 19. November 2012 die Nachbarsliegenschaft Nr. 263 erworben, welche seit dem 11. Januar 1968 mit einem Fuss- und Fahrwegrecht für alle Fahrzeuge zugunsten der Liegenschaft Nr. 427 der Gesamteigentümer belastet ist. Dieses Wegrecht stellt die einzige Zufahrt zu dieser Liegenschaft (Nr. 427) dar und gilt auf einer Breite von 3 m. Im Februar 2014 begann A. mit dem Bau von drei Villen. Die Liegenschaft Nr. 263 wurde als Stockwerkeigentum angelegt, wobei jede Villa eine Stockwerkeinheit darstellt. A. war Eigentümer der Stockwerkeinheiten Nr. 263-2 und 263-3. Die Stockwerkeinheit Nr. 263-1 wurde am 21. August 2015 von D.C. und E.C. erworben. Die Bauarbeiten hatten auch die Instandsetzung des Weges zur Liegenschaft Nr. 427 zum Gegenstand, dessen Breite sich durch das Anbringen von Blumenkübeln («bacs à fleurs») verringerte. Dies hatte zur Folge, dass das als Dienstbarkeit errichtete Wegrecht zur Liegenschaft Nr. 427 durch die Berechtigten nicht mehr über die Gesamtbreite von 3 m ausgeübt werden konnte. B.B. und C.B. wehrten sich dagegen. Sie reichten im Jahr 2016 ein Schlichtungsgesuch ein und beantragten zusammengefasst, A. sei anzuweisen, die notwendigen Arbeiten vorzunehmen, damit das Wegrecht auf der gesamten Weglänge über 3 m ausgeübt werden konnte; eventueller beantragten sie, die entsprechenden Arbeiten auf Kosten von A. vorzunehmen. Im Jahr 2018 wurde A. erstinstanzlich zur Vornahme der entsprechenden Arbeiten verurteilt. Der von A. erhobenen Berufung war kein Erfolg beschieden. 2019 gelangte A. mit Beschwerde in Zivilsachen sowie subsidiärer Verfassungsbeschwerde ans Bundesgericht und beantragte erfolgreich die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Rückweisung an die Vorinstanz.

[31] Zu den *Erwägungen*: Gemäss Beschwerdeführer habe die kantonale Vorinstanz willkürlich festgehalten, dass er allein für die von den Beschwerdegegnern erhobene Klage aus dem Recht (eine sog. «*action confesoire*») passivlegitimiert sei (E. 3). Die Vorinstanz habe sich ferner auf den Standpunkt gestellt, dass die strittigen Arbeiten vom Beschwerdeführer – in seiner Stellung als Eigentümer sämtlicher Stockwerkeinheiten – ausgeführt worden seien (E. 3.1). Nach Meinung des Beschwerdeführers sei diese Entscheidung willkürlich. Soweit die behauptete Störung einen gemeinschaftlichen Teil des Stockwerkeigentums betreffe, seien alle Eigentümer der Stockwerkeinheiten des belasteten Grundstücks zusammen, als notwendige Streitgenossenschaft, passivlegitimiert (E. 3.2). Das Bundesgericht hält fest, dass die streitgegenständlichen Blumenkübel durch den Beschwerdeführer, als alleiniger Eigentümer der Liegenschaft Nr. 263, platziert wurden. Der Beschwerdeführer begründete in der Folge Stockwerkeigentum, wobei er eine Stockwerkeigentumseinheit am 21. August 2015 an Dritte veräusserte. Gemäss dem entsprechenden

---

<sup>6</sup> Dazu PHILIPP EBERHARD, *Actio confessoria im Stockwerkeigentum: Passivlegitimation der Stockwerkeigentümer des belasteten Stammgrundstücks als notwendige Streitgenossenschaft*, in: dRSK, publiziert am 29. April 2021.

Grundbuchauszug belastet die streitgegenständliche Dienstbarkeit das Stammgrundstück («immeuble de base»). Die Dienstbarkeitsklage wurde im Jahr 2016 und somit in einem Zeitpunkt eingeleitet, als der Beschwerdeführer nicht mehr Alleineigentümer («propriétaire individuel») der belasteten Liegenschaft war, sondern einer von mehreren Stockwerkeigentümern (E. 4.1.2). Der Beschwerdeführer ist sowohl als Verhaltensstörer als auch als Zustandsstörer zu qualifizieren. Die Tatsache, dass das Unternehmen, dessen alleiniger Geschäftsführer er ist, die entsprechenden Bauarbeiten ausführte, qualifiziert den Beschwerdeführer als Verhaltensstörer («perturbateur par comportement»). In seiner Funktion als Miteigentümer des belasteten Grundstücks ist der Beschwerdeführer auch Zustandsstörer («perturbateur par situation»): Diesbezüglich belastet die streitgegenständliche Dienstbarkeit nicht seinen Stockwerkeigentumsanteil, sondern das Stammgrundstück (E. 4.1.2). Vor diesem Hintergrund durften die Kläger im kantonalen Verfahren ihre Klage nicht ausschliesslich gegen den Beschwerdeführer richten (E. 4.1.2). In der Folge war die Frage zu beantworten, ob die Passivlegitimation den einzelnen Stockwerkeigentümern oder der Stockwerkeigentümergemeinschaft zukommt in Fällen, in welchen ein Dritter Berechtigter einer auf dem Stammgrundstück eingetragenen Grunddienstbarkeit ist (E. 4.2). Diesbezüglich muss zwischen der Gesamtheit der Eigentümer als Miteigentümer des Grundstücks und der Stockwerkeigentümergemeinschaft als Verwaltungsgemeinschaft unterschieden werden (E. 4.2.1). Gemäss Bundesgericht gibt die Rechtsprechung keine eindeutige Antwort auf die Frage, ob die Stockwerkeigentümergemeinschaft oder die Stockwerkeigentümer als notwendige Streitgenossen in Prozessen passivlegitimiert seien, wo es um eine auf dem Stammgrundstück eingetragene Grunddienstbarkeit gehe (E. 4.2.2). In einer Konstellation, in welcher das Stammgrundstück mit einer Dienstbarkeit belastet ist, ist gemäss Rechtsprechung die Stockwerkeigentümergemeinschaft des dienstbarkeitsbelasteten Grundstücks legitimiert, unter eigenem Namen den vom Beklagten geschuldeten Unterhaltskostenanteil einzufordern (E. 4.2.2.1). In Konstellationen jedoch, in welchen zugunsten des Stammgrundstücks eine Dienstbarkeit eingetragen ist, wird die Klagelegitimation tendenziell den Stockwerkeigentümern als notwendige Streitgenossen zugesprochen, da bei diesen die Ausübungsbefugnis liegt und nicht bei der Stockwerkeigentümergemeinschaft (E. 4.2.2.2). Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass in casu die Beschwerdebeklagten gegen die Stockwerkeigentümer als notwendige Streitgenossenschaft hätten klagen müssen, da nur die einzelnen Stockwerkeigentümer die Miteigentümer des Stammgrundstücks sind (E. 4.2.4).

[32] Die *actio confessoria* ist *dinglicher Natur* und richtet sich daher vom Eigentümer des berechtigten Grundstückes gegen jeden beliebigen Dritten, der sein Recht verletzt bzw. die Ausübung der Dienstbarkeit beeinträchtigt. Nach Art. 737 Abs. 3 ZGB darf der Dienstbarkeitsbelastete nichts vornehmen, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert. Da die *actio confessoria* gegen jede Person möglich ist, welche die Ausübung der Dienstbarkeit beeinträchtigt, kann sie bei gegebenen Voraussetzungen auch gegen den Eigentümer des belasteten Grundstückes erhoben werden. Die Passivlegitimation der *actio confessoria* gestaltet sich in Analogie zur Eigentumsfreiheitsklage (sog. *actio negatoria*). Wie das Bundesgericht in casu in E. 4.2.4 anschaulich festhält, besteht bei der *actio confessoria* eine spezielle Situation, wenn die Stockwerkeigentümergemeinschaft einem am Stockwerkeigentum unbeteiligten Dritten gegenübersteht. Denn dieser Dritte ist nicht in das korporative Leben einer Stockwerkeigentümergemeinschaft eingebunden, und er kann auch nicht durch einen Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung in die Pflicht genommen werden. Damit ist es folgerichtig, dass in Konstellationen wie der vorliegenden – in denen die Dienstbarkeitsberechtigten nicht am Stockwerkeigentum beteiligte Dritte

sind – eine *actio confessoria* gegen die Stockwerkeigentümer – in ihrer Stellung als Eigentümer des Stammgrundstücks – als notwendige Streitgenossen zu richten ist.

**b. Beschluss betreffend definitive Festlegung des Standorts der Fluchtwegbrücke (Art. 712g Abs. 1 i.V.m. Art. 647c-647e ZGB)**

[33] Mit dem *Urteil 5A\_878/2021 vom 2. Februar 2021* hat das Bundesgericht noch einmal Gelegenheit, sich zur Festlegung des Standorts der Fluchtwegbrücke einer Liegenschaft im Bezirk Horgen im Kanton Zürich zu äussern. Bereits frühere Urteile haben sich mit dieser Liegenschaft und der Thematik befasst. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

[34] *Zum Sachverhalt:* Die Parteien A.A., B.A. sowie H.H. und I.H. (als Beschwerdeführer) sind Mitglieder einer Stockwerkeigentümergemeinschaft C. (Beschwerdegegnerin). Es handelt sich um eine Wohnliegenschaft mit einem Flachdach, das auf der Längsachse von Norden nach Süden durch die Oberlichter der Stockwerkeinheiten zweigeteilt wird. Die Ostseite der Liegenschaft verfügt über keinen direkten Zugang, weshalb sie mit der Westseite durch eine Brücke verbunden ist, die über die Oberlichter führt. Wer über diese Brücke geht, kann durch die Oberlichter direkt in die Wohnräume der Stockwerkeinheiten blicken. Die Brücke wurde im Herbst 2013 provisorisch an einer Stelle platziert, und zwar über der Stockwerkeinheit 5.0. Am 17. März 2014 wurde sie dann versetzt, und zwar über die Stockwerkeinheit 1.1, deren Eigentümer keine Einwände dagegen erhoben. Von der Brücke aus konnte nun aber auch die Stockwerkeinheit 2.2. der Beschwerdeführer eingesehen werden. Diese forderten deshalb die Beschwerdegegnerin auf, die Brücke wieder zurück an den alten Standort zu versetzen; ihre diesbezüglich erhobenen Besitzesschutz- und Eigentumsklagen blieben erfolglos (vgl. die Urteile 5A\_126/2015 vom 14. April 2015 und 5A\_340/2017 vom 11. Dezember 2018, teilweise publiziert in BGE 145 III 121). Am 9. Februar 2015 fand eine ausserordentliche Versammlung der Beschwerdegegnerin (Stockwerkeigentümerversammlung) statt, wobei die Frage der definitiven Festlegung des Standorts der Fluchtbücke traktandiert worden war. Mit sieben Stimmen (747/1000) gegen eine Stimme (62/1000) wurde beschlossen, die Fluchtbücke am neuen Standort zu belassen. Die Beschwerdeführer 1 und 2 hatten an der Versammlung nicht teilgenommen. Darauf klagten die Beschwerdeführer 1 und 2 am 10. September 2015 gegen die Gegner und verlangten die Aufhebung des Beschlusses der Gemeinschaft, wobei die Beschwerdeführer 3 und 4 als Nebenintervenienten die Abweisung der Klage verlangten.

[35] *Zu den Erwägungen:* Das angefochtene Urteil betrifft die Aufhebung eines Beschlusses der Stockwerkeigentümergemeinschaft über eine bauliche Massnahme nach Art. 647c–647e i.V.m. Art. 712g ZGB. Zwischen den Parteien war im kantonalen Verfahren umstritten, ob die bestätigte Verlegung der Brücke eine notwendige, nützliche oder luxuriöse bauliche Massnahme darstellen würde (vgl. Art. 647c–746e i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB). Diese Frage ist insofern entscheidend, als je nachdem andere Quoren zur Anwendung gelangen (vgl. E. 2). Unbestritten sei bereits vor den Vorinstanzen gewesen, dass es sich bei der Brücke um eine bauliche Massnahme handle und dass der Zugang zur Ostseite des Daches für Wartungsarbeiten und allenfalls auch als Fluchtweg notwendig sei. Das für den Beschluss über eine notwendige bauliche Massnahme gesetzliche und reglementarisch vorausgesetzte Quorum sei zudem unstrittig erfüllt gewesen. Die Vorinstanz sei dann davon ausgegangen, dass, im Gegensatz zum erstinstanzlichen Gericht, nicht von einer notwendigen baulichen Massnahme auszugehen sei (E. 3.2.1). Die Beschwerdeführer hätten vor Bundesgericht dafür gehalten, es handle sich um eine luxuriöse bauliche Massnahme, zumal

die Bücke zuvor an einem anderen Ort gestanden habe (E. 3.3.1). Der Einblick von der Brücke in ihre Wohnung sei gut, was eine Beeinträchtigung ihrer Privatsphäre bedeute und womit ihre Wohnung an Wert verloren habe (E. 3.3.2). Der Streit vor Bundesgericht hätte sich sodann um die Frage gedreht, ob der erste Standort der Brücke über der Stockwerkeinheit 5.0 auf Dauer oder nur provisorisch festgelegt worden sei. Die Feststellung, wonach der erste Standort der Brücke nur provisorisch gewesen sei, sei im Ergebnis nicht als willkürlich zu beanstanden (E. 4.5.1 und 4.6). Zu prüfen sei ferner gewesen, ob es sich bei dieser Versetzung der Brücke um eine notwendige, eine nützliche oder eine luxuriöse bauliche Massnahme gehandelt habe (E. 5). Das Bundesgericht geht von einer i.S.v. Art. 647c ZGB *notwendigen baulichen Massnahme* aus, da der Zugang auf die östliche der Oberlichter gelegene Seite des Flachdaches zu Unterhaltsarbeiten und Ähnlichem gewährleistet sein müsse (E. 5.2). Auf das Stockwerkeigentumsrecht kommen die Bestimmungen über die Anfechtung von Vereinsbeschlüssen zur Anwendung (Art. 712m Abs. 2 ZGB) und somit der Grundsatz, dass sämtliche Rechtsbehelfe, welche die Vereinsorganisation zur Verfügung stellt, auszuschöpfen sind, bevor der staatliche Rechtsschutz in Anspruch genommen werden kann (E. 5.3.2). Entsprechend eröffnet Art. 75 ZGB die gerichtliche Anfechtung erst nach Abschluss des vereinsinternen Meinungsbildungsprozesses, d.h. erst gegen Beschlüsse, denen das klagende Vereinsmitglied nicht zugestimmt hat. Gegebenenfalls muss vorgängig ein Beschluss, in einer bestimmten Sache keinen Beschluss fassen zu wollen, erwirkt werden. Dieser Grundsatz gilt auch für die Versammlung der Stockwerkeigentümer (E. 5.3.2). Diesen vorprozessualen Obliegenheiten seien die Beschwerdeführer vorliegend nicht nachgekommen: Sie seien der Versammlung ferngeblieben und hätten folglich auch keine Anträge an der Versammlung gestellt. Vor diesem Hintergrund müsse ihnen versagt bleiben, die Notwendigkeit der beschlossenen baulichen Massnahmen erstmals vor Gericht zu bestreiten (E. 5.3.2). Da der angefochtene Beschluss der Stockwerkeigentümer eine notwendige bauliche Massnahme betrifft, welche unstreitig mit Zustimmung der Mehrheit aller Miteigentümer gefasst wurde, und auch der Beschluss nicht als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist, weist das Bundesgericht die Beschwerde ab.

### **c. Weitere Entscheide zum Stockwerkeigentumsrecht**

[36] An dieser Stelle sind noch zwei weitere Entscheide im Stockwerkeigentumsrecht erwähnenswert, welche vorliegend jedoch nicht im Detail besprochen werden. Das *Urteil 5A\_753/2020 vom 15. Dezember 2020* betraf die Anfechtung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümergemeinschaft hinsichtlich der *Verlegung von gemeinschaftlichen Kosten*. Das Bundesgericht hält in diesem Entscheid fest, dass ungeachtet abweichender Lehrmeinungen daran festgehalten wird, dass die Anfechtungsklage kassatorischer Natur ist und dass der Stockwerkeigentümergemeinschaft im Rahmen eines solchen Urteils keine Pflichten oder Handlungen auferlegt werden können. Damit bekräftigt es seine bisherige diesbezügliche Rechtsprechung im BGE 145 III 121 E. 4.3.6 S. 130.

[37] Beim französischsprachigen *Urteil 5A\_445/2020 vom 7. Dezember 2020* ging es ebenfalls um die Frage der Kostenverteilung, hier im Zusammenhang mit Art. 712h Abs. 3 ZGB. Dienen bestimmte gemeinschaftliche Bauteile, Anlagen oder Einrichtungen einzelnen Stockwerkeinheiten nicht oder nur in ganz geringem Masse, so ist dies bei der Verteilung der Kosten zu berücksichtigen. Da die Beschwerdeführerin das Erdgeschoss einer Liegenschaft vermietete und dieses als Bar und als kleines Restaurant genutzt wurde, hatte sie keinen Nutzen von der gemeinsamen Hauswartung sowie vom Wasser- und Elektrizitätsbezug durch die Liegenschaft, weshalb sie nur einen kleinen Bruchteil der anfallenden Kosten bezahlen wollte.

#### 4. Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730 ff. ZGB)

##### a. Löschung einer Dienstbarkeit (Art. 736 Abs. 1 ZGB)

[38] Das Urteil 5A\_915/2020 vom 11. Dezember 2020 betraf die Frage der gerichtlichen Ablösung einer Dienstbarkeit nach Art. 736 Abs. 1 ZGB aufgrund von behaupteter Unmöglichkeit ihrer Ausübung. Die Beschwerde wird infolge Unbegründetheit abgewiesen.

[39] Zum Sachverhalt: Das am 12. Mai 2000 von der beschwerdeführenden A. AG erworbene, in einer Gemeinde im Kanton St. Gallen gelegene Grundstück Nr. 1 war mit einem uneingeschränkten Parkplatzbenützungsrecht zugunsten des Grundstücks Nr. 2 der B. AG (Beschwerdegegnerin) belastet. Der entsprechende Grundbucheintrag beruhte auf einem Dienstbarkeitsvertrag vom 11. Oktober 1982 zwischen dem damaligen Eigentümer des Grundstücks Nr. 1 und der B. AG. Die A. AG verlangte von der B. AG im Jahr 2018 erstinstanzlich die Löschung der erwähnten Dienstbarkeit. Die Ausübung der entsprechenden Dienstbarkeit sei unmöglich geworden, da hierfür zusätzliche Flächen hätten in Anspruch genommen werden müssen. Die Klage wurde erst- wie zweitinstanzlich abgewiesen. Da der Streitwert den gesetzlichen Mindestbetrag von CHF 30'000 (Art. 74 Abs. 1 Bst. b BGG) nicht erreichte, kam als Rechtsmittel nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) in Frage (E. 1.1). Mit der Verfassungsbeschwerde kann nur die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 116 BGG). Es gilt das strenge Rügeprinzip, wonach in der Beschwerde präzise anzugeben ist, welche verfassungsmässigen Rechte verletzt wurden und worin die Verletzung besteht (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG; E. 2).

[40] Zu den Erwägungen: Hat eine Dienstbarkeit für das berechtigte Grundstück alles Interesse verloren, so kann der Belastete gestützt auf Art. 736 Abs. 1 ZGB deren Löschung verlangen. Voraussetzung der Anwendbarkeit von Art. 736 ZGB ist, dass seit der Begründung der Dienstbarkeit Veränderungen eingetreten sind, die dazu führen, dass die Dienstbarkeit ihre Bedeutung ganz oder teilweise verloren hat (E. 3.1). Damit ein Fahrzeug auf einem Parkplatz abgestellt werden kann, muss dafür die für die Zu- und Wegfahrt sowie für die Parkmanöver notwendige Fläche vorhanden und befahrbar sein. Die Dienstbarkeit muss also auch das Recht beinhalten, die entsprechenden Fahrmanöver vorzunehmen. Gemäss Vorinstanz sei die Ausübung der Dienstbarkeit nicht deshalb unmöglich geworden, weil der Beschwerdegegnerin das Recht fehle, auch die den Parkplätzen vorgelagerte Fläche zu nutzen. Die Beschwerdegegnerin habe somit das Interesse an der Dienstbarkeit nicht verloren, weshalb die Voraussetzungen für eine Löschung nach Art. 736 Abs. 1 ZGB nicht erfüllt seien (E. 3.2). Vor Bundesgericht monierte die Beschwerdeführerin die unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie eine willkürliche Anwendung von Art. 738 ZGB, die dazu führe, dass ihr eine unzulässige Mehrbelastung nach Art. 739 ZGB aufgezwungen werde (E. 3.3). In ihren Ausführungen habe sich die Beschwerdeführerin jedoch nicht mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandergesetzt und im Einzelnen aufgezeigt, inwiefern der angefochtene Entscheid verfassungsmässige Rechte verletzt haben soll. Die Beschwerdeführerin hat somit die gesetzlichen Anforderungen an die Begründung einer Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG verkannt (E. 3.3).

**b. Verlegung einer Wegrechtsfläche betreffend eines Fuss- und Fahrwegrechtes (Art. 736 Abs. 1 und 2; Art. 742 Abs. 1 ZGB)**

[41] Das Bundesgericht setzt sich im zur Publikation vorgesehenen *Urteil 5A\_128/2020 vom 13. April 2021*<sup>7</sup> mit der Frage auseinander, ob ein Fuss- und Fahrwegrecht zufolge eines Bauprojekts auf dem dienenden Grundstück an einen anderen Ort verlegt werden kann. Die Beschwerde wird abgewiesen.

[42] *Zum Sachverhalt:* A. (Beschwerdeführer) war Eigentümer des im Kanton Zürich gelegenen Grundstückes sss. Die Zufahrt zum Grundstück von A. war mit zwei Fuss- und Fahrwegrechten (Dienstbarkeit www und Dienstbarkeit zzz) zulasten des Grundstücks uuu, das im Eigentum der Stadt Zürich (Beschwerdegegnerin) stand, gesichert. Mit Blick auf ein Bauprojekt auf dem dienenden Grundstück uuu verlangte die Stadt Zürich klageweise die Verlegung der Dienstbarkeit www an einen anderen Ort. Aufgrund dieser Verlegung würde die Höhe der Dienstbarkeit jedoch auf 3.6 m beschränkt werden. Die Klage wurde erstinstanzlich gutgeheissen und die dagegen erhobene Berufung wurde zweitinstanzlich abgewiesen. Der Eigentümer des Grundstückes sss beantragte beim Bundesgericht die Aufhebung des Urteils der Vorinstanz und die vollumfängliche Abweisung der Klage. Die Verlegung des Wegrechts sei eventualiter nur unter Bezahlung einer Ablösungsentschädigung von CHF 50'000 für die Einführung der Höhenbeschränkung zu gewähren.

[43] *Zu den Erwägungen:* Der Beschwerdeführer hat zunächst eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichwertigkeit nach Art. 742 ZGB gerügt (E. 3). Wird durch die Ausübung der Grunddienstbarkeit nur ein Teil des Grundstücks in Anspruch genommen, so kann der Eigentümer, wenn er ein Interesse nachweist und die Kosten übernimmt, die Verlegung auf eine andere, für den Berechtigten nicht weniger geeignete Stelle verlangen (Art. 742 Abs. 1 ZGB). Nach der Rechtsprechung sind dabei *kleinere Verschlechterungen* zu Lasten des Dienstbarkeitsberechtigten zulässig (E. 3.1). Die Vorinstanz sei aufgrund der Pläne der Ansicht, dass jedes Ein- und Ausfahren sowohl in der aktuellen wie in der geplanten Situation ein komplettes Wenden des Fahrzeuges bedinge. Nach der geplanten Regelung stehe dafür nicht weniger Platz zur Verfügung. Die Vorinstanz habe den Standpunkt des Beschwerdeführers, dass das bestehende Wegrecht für ihn günstiger sei, verworfen (E. 3.2). Der Beschwerdeführer habe vor Bundesgericht ferner die Verletzung seines rechtlichen Gehörs geltend gemacht, da das Obergericht die offerierten Beweise – insbesondere einen Augenschein und ein Verkehrsgutachten – hätte abnehmen müssen (E. 3.3). Dem Beschwerdeführer sei es zudem nicht gelungen, die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen als unvollständig und damit offensichtlich unrichtig darzustellen (E. 3.4). Im Zusammenhang mit der Höhenbeschränkung auf dem geplanten Verlauf des Fuss- und Fahrwegrechts habe der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 736 ZGB geltend gemacht (E. 4). Die Vorinstanz sei diesbezüglich zum Schluss gekommen, dass das Wegrecht bisher in der Höhe nicht beschränkt gewesen sei, wogegen gemäss der geplanten Verlegung eine 3.6 m hohe Durchfahrt durch das neue Gebäude zu passieren sei. Der Beschwerdeführer habe die Dienstbarkeit allerdings gar nie mit Fahrzeugen genutzt, die höher als 3.5 m gewesen seien. Zudem seien die meisten im Nahverkehr eingesetzten Lastkraftwagen nicht höher als 3.4 m und könnten daher die geplante Hof-

---

<sup>7</sup> Dazu PHILIPP EBERHARD, Verlegung einer Grunddienstbarkeit gemäss Art. 742 ZGB: Zur Gegenüberstellung der bisherigen Situation mit der neuen Regelung im Rahmen der Interessenabwägung, ob eine geforderte Verlegung für den Dienstbarkeitsberechtigten nicht mehr als einen nur geringfügigen Nachteil darstellt, in: dRSK, publiziert am 16. August 2021.

durchfahrt passieren. Das Manövrieren vor der Liegenschaft des Beschwerdeführers sei bereits mit gängigen Personenwagen schwierig, weshalb gemäss Vorinstanz nicht davon auszugehen sei, dass der Beschwerdeführer künftig mit wirklich grossen Fahrzeugen passieren würde. Daher habe der Beschwerdeführer an der Ausübung der Dienstbarkeit mit einer nach oben unbegrenzten Höhe, oder jedenfalls an einer Durchfahrt mit einer Höhe von mehr als 3.6 m, kein plausibles Interesse (E. 4.2). Steht in tatsächlicher Hinsicht fest, dass der Beschwerdeführer das Wegrecht höhenmässig schon bisher nicht über 3.5 m hinaus ausgeübt hat, so bleibt gemäss Bundesgericht für die Anwendung von Art. 736 ZGB kein Platz (E. 4.4). Die Prüfung geht sodann dahin, ob die eingeklagte Verlegung des Wegrechts wegen der streitigen Beschränkung der Durchfahrtshöhe auf 3.6 m für den Berechtigten im Sinne von Art. 742 Abs. 1 ZGB nicht weniger geeignet ist. Diesfalls ist zu berücksichtigen, ob die neue Ausübungsstelle in wirtschaftlicher Hinsicht gleichwertig ist und dem Berechtigten objektiv betrachtet den gleichen Nutzen, das heisst die gleichen Vorteile und Annehmlichkeiten in der Ausübung, bietet (E. 4.5). Die von der Beschwerdegegnerin geforderte Wegführung mit einer Höhenbeschränkung auf 3.6 m konnte für den Beschwerdeführer objektiv betrachtet keine Verschlechterung gemäss Art. 742 Abs. 1 ZGB bedeuten (E. 4.6).

### **c. Inhalt einer Grunddienstbarkeit (Art. 737 Abs. 3, 738, 974b Abs. 2 ZGB)**

[44] In seinem *Urteil 5A\_134/2020 vom 16. Juli 2020*<sup>8</sup> stellt das Bundesgericht klar, dass eine «Beschränkung der Freiheit des Eigentümers zur Verfügung über das Recht an einem Grundstück und zu rechtsgeschäftlichem Handeln mit Bezug auf das Grundstück» nicht Inhalt einer (Grund-)Dienstbarkeit sein kann. Dienstbarkeitsrechtlich nicht verboten werden kann ferner, ein Grundstück mit einem anderen Grundstück zu vereinigen, zumal in casu die Dienstbarkeit selber die Vereinigung von Grundstücken auch nicht ausschloss. Die Beschwerde wird abgewiesen.

[45] *Zum Sachverhalt:* Am 25. Juni 1945 erwarb C. das im Kanton Luzern in der Gemeinde U. gelegene Grundstück Nr. III. Kurz darauf teilte er dieses auf, so dass nebst dem flächenmässig verkleinerten Grundstück Nr. III die acht Grundstücke Nr. mmm, nnn, ooo, ppp, qqq, rrr, sss und ttt entstanden. Am 23. Juli 1945 veräusserte C. das Grundstück Nr. ooo an D. und die Grundstücke Nr. qqq und rrr an die E. AG. Die Kaufverträge enthielten u.a. folgende Bestimmung: «Bei Erstellung von Neubauten auf den Parzellen Nr. III, mmm, nnn, ooo, ppp, qqq, rrr, sss und ttt ist ein gegenseitiger Grenzabstand von min. 5.00 m einzuhalten. Diese Vertragsbestimmung ist dinglicher Natur und z.G. und z.L. der erwähnten Parzellen im Grundbuch als Grunddienstbarkeit einzutragen.» Diese Dienstbarkeit wurde unter den jeweiligen Grundstücken unter dem Stichwort «Grenzabstandserweiterung» eingetragen. Auf der ursprünglichen Fläche des Grundstücks Nr. III bestehen aktuell die Grundstücke Nr. III, mmm, nnn, ooo, ppp, qqq, rrr, ttt, uuu, vvv, www, xxx, yyy und zzz. Das Grundstück Nr. sss wurde zu einem unbekannten Zeitpunkt in die Liegenschaft Nr. zzz und in das verkleinerte Grundstück Nr. sss aufgeteilt. Durch Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag erwarb die Beschwerdeführerin A. im Jahr 2014 im Zeitpunkt ihrer Gründung das Grundstück Nr. ooo. Der Beschwerdegegner B. erwarb die Grundstücke Nr. qqq, rrr und sss. Im Jahr 2016 vereinigte er die Grundstücke Nr. rrr und sss zur Liegenschaft Nr. rrr.

---

<sup>8</sup> Dazu eingehend PHILIPP EBERHARD, Obligationenrechtliche Schranken im Dienstbarkeitsrecht: Zur Berücksichtigung von Art. 19 f. OR bei der inhaltlichen Ausgestaltung von Dienstbarkeiten, in: dRSK, publiziert am 23. Dezember 2020.

Die Grenzabstandserweiterungsdienstbarkeit lastet aktuell auf den Grundstücken Nr. III, mmm, nnn,ooo, ppp, qqq, rrr, ttt, uuu, vvv, xxx und yyy, nicht aber auf den Grundstücken Nr. www und zzz. Im Jahr 2016 stellte B. ein Gesuch um Bewilligung der Erstellung je eines Mehrfamilienhauses auf den Grundstücken Nr. qqq und rrr, was ihm die Gemeinde U. im Jahr 2017 bewilligte. A. wehrte sich dagegen und erobt mehrere Rechtmittel. Im Jahr 2017 machte A. zudem klageweise eine Verletzung der Grenzabstandserweiterungsdienstbarkeit geltend. Sie beantragte eine Grundbuchberichtigung bezüglich der ihres Erachtens zu Unrecht vorgenommenen Vereinigung der Grundstücke Nr. rrr und sss dahingehend, dass das Grundstück Nr. sss wieder als solches im Grundbuch eingetragen werde. Die Dienstbarkeits- und Grundbuchberichtigungsklage wurde erst- wie zweitinstanzlich abgewiesen. Die beschwerdeführende A. beantragte vor Bundesgericht im Hauptstandpunkt die Wiedereintragung des Grundstücks Nr. sss, einschliesslich der Dienstbarkeit «Grenzabstandserweiterung» zu Gunsten und zu Lasten des Grundstücks Nr. ooo und machte geltend, die Grundstücke Nr. rrr und sss seien zu Unrecht vereinigt worden (E. 2).

[46] *Zu den Erwägungen:* In Anwendung von Art. 974b Abs. 2 ZGB hält das Bundesgericht fest, dass die Vereinigung von zwei oder mehreren Grundstücken möglich ist (E. 2.1). Vor der Vorinstanz sei unbestritten geblieben, dass zu Gunsten des Grundstücks Nr. ooo und zu Lasten der Grundstücke Nr. rrr und sss unter dem Stichwort «Grenzabstandserweiterung» eine Gründienstbarkeit eingetragen gewesen sei und dass die Beschwerdeführerin A. der Vereinigung der beiden genannten Grundstücke nicht zugestimmt hätte (E. 2.2). Gegenüber Dritten sei derjenige Dienstbarkeitszweck bindend, der sich aus dem Dienstbarkeitsvertrag selbst ergibt bzw. objektiv erkennbar ist, wobei nachträgliches Parteiverhalten bei der *Auslegung nach dem Vertrauensprinzip* keine Rolle spielt (E. 3). Hinsichtlich des vorliegend interessierenden Inhalts sei der Wortlaut des Dienstbarkeitsvertrages von 1945 insofern klar, als dass Neubauten einen Grenzabstand von mindestens 5 m einzuhalten hätten (E. 4.2). Gemäss Bundesgericht treffe es grundsätzlich zu, dass die Erweiterung des (damaligen) gesetzlichen Grenzabstandes von 2.5 m auf 5 m faktisch zu einer Vergrösserung der Bauabstände geführt hätte. Mit der Behauptung, mittels der Grenzabstandserweiterung hätte die Vereinigung von Grundstücken verhindern werden sollen, hätte die Beschwerdeführerin der Dienstbarkeit allerdings einen *rechtlich unmöglichen Inhalt* unterstellt. Gründienstbarkeiten seien Benutzungsrechte und würden sich in der Beschränkung des Benutzungsrechts des Eigentümers des belasteten Grundstücks auswirken. Ein unmögliches Inhalt einer Dienstbarkeit stelle eine Beschränkung der Freiheit des Eigentümers zur Verfügung über das Recht an einem Grundstück und zu rechtsgeschäftlichem Handeln mit Bezug auf das Grundstück dar. Die Befugnis, ein Grundstück mit einem anderen Grundstück zu vereinigen, gehört zu den gründienstbarkeitsrechtlich nicht zu verbietenden Verfügungsbefugnissen. Der Dienstbarkeitsberechtigte hat insofern keinen Anspruch auf Unabänderlichkeit der (seinerzeitigen oder bestehenden) Grundstücksgrenzen, als die entsprechende Dienstbarkeit die Vereinigung von Grundstücken nicht ausschliesst. Im vorliegenden Zusammenhang hat die Beschwerdeführerin auch keinen Anspruch auf Beibehaltung eines «Korridors von 10 m» im Bereich des ehemaligen Grundstücks Nr. sss. Ihr Recht beschränkt sich auf die Beachtung eines Grenzabstandes von jeweils 5 m. Der Beschwerdegegner hat die Grundstücke Nr. rrr und sss vereinigen können, ohne dass hierfür die Zustimmung der Beschwerdeführerin erforderlich gewesen wäre (E. 4.4).

[47] Wie der vorliegende Entscheid eindrücklich vor Augen führt, kann der Inhalt einer Dienstbarkeit von den Betroffenen nicht völlig frei bestimmt werden. Insbesondere von Relevanz sind neben Art. 730 ZGB, welcher Gegenstand und Inhalt von Gründienstbarkeiten umschreibt, die obligationenrechtlichen Schranken. Inhalt einer Dienstbarkeit können sodann nur Einschränkun-

gen in der Ausübung von Eigentümerbefugnissen sein, entweder als Eingriff ins Eigentum oder als Nichtausübung eines Eigentumsrechts. Die an einem Dienstbarkeitsvertrag beteiligten Parteien sind in der Bestimmung des Vertragsinhalts insoweit frei, als sie die von Art. 19 f. OR gesetzten Schranken beachten. Insbesondere darf der Dienstbarkeitsvertrag keinen unmöglichen bzw. nichtigen Inhalt i.S.v. Art. 20 OR aufweisen. So legt das Bundesgericht im vorliegenden Zusammenhang in E. 4.4 denn auch klar und deutlich fest, dass eine «Beschränkung der Freiheit des Eigentümers zur Verfügung über das Recht an einem Grundstück und zu rechtsgeschäftlichem Handeln mit Bezug auf das Grundstück» nicht Inhalt einer (Grund-)Dienstbarkeit sein kann.

#### **d. Baurechtszins und dessen Berechnungsparameter (Art. 779, 779a, 779d ZGB)**

[48] Im *Urteil 5A\_838/2019 vom 15. Oktober 2020*<sup>9</sup> äussert sich das Bundesgericht zur Frage der Anpassung von Baurechtszinsen. Umstritten waren die Auslegung der Baurechtsklauseln und die Frage, ob als Basiswert für die Baurechtszinsberechnung der Wert des bebauten oder unbebauten Grundstücks einschlägig ist und mit welchem Zinssatz der Basislandwert zu multiplizieren ist, um den Baurechtszins zu ermitteln. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut.

[49] *Zum Sachverhalt:* Die Stadt A. (Beschwerdeführerin) ist Eigentümerin des an der U.-Strasse im Kanton Zürich in der Gemeinde V. liegenden insgesamt 148'638 m<sup>2</sup> umfassenden Grundstücks Kat. Nr. xxx. Am 28. April 1983 errichtete die Stadt A., handelnd durch die zuständige Abteilung der Stadtverwaltung, zulasten dieser Liegenschaft und zugunsten des Beschwerdegegners B. ein selbständiges und dauerndes Baurecht (Grundstück Kat. Nr. zzz) mit einer Fläche von 8'201 m<sup>2</sup>, davon 6'701 m<sup>2</sup> «vollwertig nutzbare» Fläche und 1'500 m<sup>2</sup> «bedingt nutzbare» Fläche. Zum Baurechtszins haben die Parteien in Ziff. 5 des Baurechtsvertrags vom 28. April 1983 das Folgende festgehalten: «Der jeweilige Bauberechtigte hat der Grundeigentümerin einen Baurechtszins zu entrichten. Dieser entspricht der Verzinsung des jeweiligen Basislandwertes zum jeweiligen Zinssatz der Bank C. für neue 1. Hypotheken auf Wohnbauten. Der Basislandwert beträgt bei Abschluss des Vertrages für 6'701 m<sup>2</sup> der Baurechtsparzelle CHF 400 je m<sup>2</sup> und für die restlichen 1'500 m<sup>2</sup> CHF 200 je m<sup>2</sup>. Der Basislandwert bleibt für zehn Jahre fest. Der Basislandwert wird alle 10 Jahre mit dem jeweiligen Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks in Einklang gebracht, erstmals auf den 1. Januar 1994. Können sich die Parteien über die Neufestsetzung des Basislandwertes nicht einigen, so sind zwei unabhängige, fachkundige Schätzer einzusetzen. Als neuer Basislandwert gilt dann der Durchschnitt der beiden Schätzungsergebnisse. Der Baurechtszins ist vierteljährlich im Voraus, jeweils auf Beginn eines Kalenderquartals zur Zahlung fällig. Die Zinspflicht beginnt mit Baubeginn (Aushubbeginn), spätestens ein Jahr nach Vorliegen der Baubewilligung für das Bauvorhaben der Bauberechtigten (Verwaltungsgebäude, Lagergebäude, Garagenbetrieb) oder zwei Jahre nach Eintragung des Baurechts im Grundbuch.» Mit zwei Nachträgen in den Jahren 1986 und 1988 wurde die Baurechtsfläche auf insgesamt 13'207 m<sup>2</sup> erweitert, welche nun in eine vollwertig nutzbare Fläche von 9'855 m<sup>2</sup> und eine

---

<sup>9</sup> Vgl. zum Ganzen, insbesondere zu den verschiedenen Baurechtsvertragstypen («Basler Modell», «Zürcher Modell», «Stadtzürcher Modell» oder «Traditioneller Baurechtsvertrag») sowie zur Berechnungsformel des Baurechtszinses PHILIPP EBERHARD, Berechnungsparameter des Baurechtszinses: Multiplikation des Verkehrswertes des unbebauten Landes mit dem Zinsfuss der Kantonalbank bzw. dem hypothekarischen Referenzzinssatz gemäss VMWG beim Typus des traditionellen Baurechtsvertrags, in: dRSK, publiziert am 25. Februar 2021.

bedingt nutzbare Fläche von 3'352 m<sup>2</sup> aufgeteilt ist. Im Jahr 1986 überbaute B. das ihm zur Verfügung gestellte Land mit zwei Gewerbebauten und einem Parkhaus, welche als Logistik- und Bürogebäude genutzt werden und heute vollständig miteinander verbunden sind. Damit erwirtschaftet B. jährliche Erträge zwischen CHF 1.6 Mio. und 1.8 Mio. Die Parteien passten den Baurechtszins seit dem Vertragsschluss im Jahr 1994 sowie 2004 einvernehmlich an: 1994 gingen sie von einem Wert von CHF 500 je m<sup>2</sup> für die vollwertig nutzbare Fläche und CHF 250 je m<sup>2</sup> für die bedingt nutzbare Fläche aus, wobei sie im Jahr 2004 den anrechenbaren Wert auf CHF 522 je m<sup>2</sup> bzw. CHF 261 je m<sup>2</sup> erhöhten. Da sich die Parteien im Hinblick auf die Anpassung des Baurechtszinses per 1. Januar 2014 nicht auf einen gemeinsamen Schätzungsauftrag einigen konnten, beauftragte B. die D. AG und die Stadt A. die Bank C. mit einer Schätzung: Die Bank C. schätzte einen Landwert von CHF 8'497'000 (entsprechend CHF 643 je m<sup>2</sup>) unter der «Annahme, dass das Grundstück noch unbebaut im Baurecht abgegeben werden soll», die D. AG schätzte den Landwert auf CHF 6'050'000, wobei darin die Liegenschaft «ohne Beachtung der Belastung des Grundstückes durch das Baurecht, aber mit Berücksichtigung der darauf befindlichen Bauten» bewertet wird. Nach der Schätzung der D. AG ergaben sich CHF 524.70 je m<sup>2</sup> für die 9'855 m<sup>2</sup> vollwertig nutzbare Fläche und CHF 262.35 je m<sup>2</sup> für die 3'352 m<sup>2</sup> bedingt nutzbare Fläche. Gestützt auf den im Gutachten der Bank C. ermittelten Basislandwert, multipliziert mit einem Zins von 2.5 %, verlangte die Stadt A. einen neuen Baurechtszins von CHF 212'430 pro Jahr. B. lehnte diese Erhöhung ab. Die Stadt A. klagte daraufhin auf Feststellung, dass der Baurechtszins ab 1. Januar 2014 CHF 212'430 pro Kalenderjahr zu betragen habe und dass B. zu verpflichten sei, die bis zum Urteilszeitpunkt ausstehende Differenz zzgl. Zins von 5 % seit jeweiliger Fälligkeit zu bezahlen. B. beantragte die Abweisung der Klage und verlangte widerklageweise, die Stadt A. sei zu verpflichten, innert Frist ein Schätzungsgutachten über den Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks Kat. Nr. xxx durch einen unabhängigen, fachkundigen Schätzer erstellen zu lassen. Außerdem sei festzustellen, dass die Verzinsung des Basislandwertes gemäss dem vom Bundesamt für Wohnungswesen errechneten hypothekarischen Referenzzinssatz bei Mietverhältnissen vorzunehmen sei. Die Klage wurde erstinstanzlich abgewiesen. Die im Baurechtsvertrag vorgesehene Regelung über die Festlegung des Baurechtszinses wurde als Schiedsgutachtensvereinbarung qualifiziert und die Stadt A. in Gutheissung der Widerklage verpflichtet, innert 60 Tagen nach Rechtskraft des Entscheids ein Schätzungsgutachten über den Verkehrswert des vom Baurecht zugunsten des B. erfassten Grundstückanteils durch einen unabhängigen, fachkundigen Schätzer erstellen zu lassen. Zudem sei die Verzinsung des Basislandwertes gemäss dem vom Bundesamt für Wohnungswesen errechneten hypothekarischen Referenzzinssatz bei Mietverhältnissen vorzunehmen. Die gegen das erstinstanzliche Urteil erhobene Berufung wurde abgewiesen.

[50] *Zu den Erwägungen:* Aus dem Wortlaut von Ziff. 5 Abs. 2 Satz 2 des Baurechtsvertrages gehe gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen hervor, dass die Parteien zwischen dem «Basislandwert» und dem «jeweiligen Verkehrswert» differenziert hätten und dass der Basislandwert jeweils alle zehn Jahre mit dem jeweiligen Verkehrswert «in Einklang» zu bringen sei, wobei aus der Formulierung des Anpassungsmechanismus allein sich nicht eindeutig schliessen lasse, ob das Grundstück im bebauten oder im unbebauten Zustand zu schätzen sei (vgl. E. 4.1.1). Die Systematik von Ziff. 5 des Baurechtsvertrags im Lichte des Akzessionsprinzips lasse jedoch eher darauf schliessen, dass das Grundstück im unbelasteten, aber bebauten Zustand zu bewerten sei (vgl. E. 4.1.2). Dafür sprechen, neben der Systematik des Baurechtsvertrags, der Vertragszweck und die Interessenlage der Parteien (vgl. E. 4.1.4). Gestützt auf Art. 779a Abs. 2 ZGB stellt die

Entgeltlichkeit kein «Essentiale» des Baurechtsvertrags dar, was diese aber nicht ausschliesse. Zivilrechtlich betrachtet bildet der Baurechtszins die Vergütung dafür, dass dem Baurechtsberechtigten eine Dienstbarkeit eingeräumt wird, kraft derer er auf einem Grundstück ein Bauwerk errichten oder beibehalten darf (vgl. Art. 779 ZGB), wobei wirtschaftlich gesehen der Baurechtszins ein Nutzungsentgelt für die langfristige Nutzung eines Stücks Boden ist (vgl. E. 5.2.1). Die Auswahl der Anpassungsfaktoren, mithilfe derer der zum Vertragszeitpunkt festgelegte Baurechtszins während der Vertragsdauer geänderten Verhältnissen angepasst werden kann, hängt von den Erwartungen der Parteien an die zukünftige makroökonomische Entwicklung ab (vgl. E. 5.2.5). Vorliegend hätten die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf einen vertraglich vereinbarten Quadratmeterpreis abgestellt und den derart ermittelten Wert – den Basislandwert – zum «jeweiligen Zinssatz der Bank C. für neue 1. Hypotheken auf Wohnbauten» verzinst, womit sie das Modell des «traditionellen Baurechtsvertrags» gewählt hätten (vgl. E. 5.4). Der Vertragstypus «traditioneller Baurechtsvertrag» bildet nach dem Vertrauensprinzip den Ausgangspunkt für die Auslegung des vorliegenden streitgegenständlichen Baurechtsvertrags: Der Baurechtszins wird bei diesem Vertragstypus hauptsächlich an die Wertschwankung des Landes angepasst, wobei der Ertrag der Liegenschaft selbst nicht direkt berücksichtigt wird (vgl. E. 5.5). Nach Treu und Glauben sei davon auszugehen, dass Parteien, die im Rahmen des Anpassungsmechanismus auf den Landwert abstellt, diesen nach derselben Methode ermitteln wollten, die sie für die Festlegung des Anfangszinses verwendet hätten (vgl. E. 5.5.2). Für die Bestimmung des Landwertes für die Zwecke der Anpassung des Baurechtszinses im Sinne von Ziff. 5 Abs. 2 des Baurechtsvertrags ist demnach auf den Wert des unüberbauten Grundstücks abzustellen, womit sich auch die Verpflichtung der Beschwerdeführerin, ein Schätzungsgutachten in Auftrag zu geben, das den Verkehrswert des Grundstücks ohne Baurecht, aber im bebauten Zustand ermittle, als bundesrechtswidrig erweist (vgl. E. 5.5.3). Die Parteien hätten sich ferner darum gestritten, mit welchem Zinssatz der Basislandwert zu multiplizieren sei, um den Baurechtszins zu ermitteln (vgl. E. 6). Die Vorinstanz hat jedoch kein Bundesrecht verletzt, indem sie, in Auslegung von Ziff. 5 des Baurechtsvertrags, anstelle des Zinssatzes der Bank C. für erstrangige (variable) Hypotheken für Wohnbauten, den Referenzzinssatz gemäss VMWG für massgebend erklärt hat (vgl. E. 6.6).

## 5. Bauhandwerkerpfandrecht

### a. Vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 839 i.V.m. Art. 961 ZGB)

[51] Im *Urteil 5A\_395/2020 vom 16. März 2021* setzt sich das Bundesgericht mit dem Beginn der viermonatigen Frist bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nach Art. 839 Abs. 2 i.V.m. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB auseinander. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen.

[52] *Zum Sachverhalt:* Die beschwerdeführende A. AG stellte am 12. März 2020 beim Handelgericht Zürich das Gesuch, es sei zulosten des Grundstücks der B. AG auf der im Kanton Zürich gelegenen Liegenschaft C. vorläufig ein Pfandrecht ins Grundbuch einzutragen. Die A. AG brachte gestützt auf den beigelegten Arbeitsrapport vor, sie habe am 18. November 2019 Nacharbeiten ausgeführt. Das Handelgericht wies das Gesuch ab mit der Begründung, die A. AG habe keine schlüssigen Behauptungen betreffend Zeitpunkt der Arbeitsvollendung aufgestellt mit der Folge, dass die Einhaltung der viermonatigen Eintragungsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB nicht über-

prüfbar und infolgedessen nicht glaubhaft gemacht worden sei (E. 3). Vor Bundesgericht konnte die A. AG nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte rügen und machte in diesem Zusammenhang eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz geltend. Insbesondere habe die Vorinstanz das der A. AG zustehende rechtliche Gehör dadurch verletzt, indem sie den Arbeitsrapport inhaltlich nicht berücksichtigt habe. Zudem sei die Vorinstanz dem überspitzten Formalismus verfallen und habe gegen Treu und Glauben verstossen (vgl. E. 4).

[53] *Zu den Erwägungen:* Die Frist zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts endet vier Monate nach Vollendung der Arbeit (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt die Arbeit dann als *vollendet*, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen vermögen die Frist nicht hinauszuschieben. Sind diese geringfügigen Arbeiten hingegen unerlässlich, werden sie als Vollendungsarbeiten qualifiziert. Für die Einhaltung der Frist ist der Zeitpunkt der Arbeitsvollendung vom Ansprecher glaubhaft zu machen, wobei an die Glaubhaftmachung keine hohen Anforderungen gestellt werden (E. 5.2). Die A. AG habe die Übergabe und den Abschluss der Arbeiten mit den Nacharbeiten gleichgestellt. Gemäss Vorinstanz sei unter dem Begriff der «Nacharbeiten» eine geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommnung dienende Arbeit oder Ausbesserung zu verstehen, weshalb gemäss den vorinstanzlichen Überlegungen der Fristbeginn auf ein früheres als das von der A. AG behauptete Datum gesetzt werden müsste. Das Bundesgericht hält fest, dass bei der Auslegung des Begriffs der «Nacharbeiten» nicht nur dessen übliche Wortverwendung massgebend ist. Vielmehr ist auf die Verwendung des Begriffes im konkreten Kontext, unter Einbezug des Gesuchs und der Beilagen, abzustellen. Im vorliegenden Fall ist gemäss Bundesgericht gestützt auf den in den Gesuchsbeilagen enthaltenen Arbeitsrapport glaubhaft gemacht worden, dass es sich vorliegend um «Fertigstellungsarbeiten» im Sinne von «Vollendungsarbeiten» und nicht bloss um «nebensächliche Nacharbeiten» handelt (E. 5.2).

**b. Zur Frage des dies a quo der Viermonatsfrist im Rahmen einer definitiven Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 839 Abs. 2 ZGB)**

[54] Im französischsprachigen *Urteil 5A\_518/2020 vom 22. Oktober 2020* hatte das Bundesgericht die Gelegenheit, sich zur definitiven Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts und zum dies a quo der Viermonatsfrist zu äussern. Die Beschwerde wird abgewiesen.

[55] *Zum Sachverhalt:* Mit Entscheid vom 24. Oktober 2017 ordnete der «Juge des districts de Martigny et St-Maurice» die provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts in der Höhe von CHF 911'984.–, zzgl. Zins von 5 % pro Jahr ab 5. Juli 2017, auf dem im Besitz der B. SA stehenden Gebäude Nr. xxx, Plan yyy, in der im Kanton Wallis gelegenen Gemeinde U., zu gunsten der A. SA an. Der entsprechende Grundbucheintrag erfolgte am 25. Oktober 2017. Die provisorische Eintragung wurde mit Beschluss vom 12. Dezember 2017 bestätigt und am Folgetag im Grundbuch eingetragen. Der A. SA wurde eine Frist bis 12. März 2018 gesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zu erheben. Die A. SA verlangte am 12. März 2018 klageweise die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts in der Höhe von CHF 911'984.–, zzgl. Zins von 5 % pro Jahr ab 5. Juli 2017, auf den sich im Eigentum der B. SA befindlichen Gebäude Nr. xxx in der Gemeinde U. Der «Juge de district» hiess die Klage mit Entscheid vom 7. November 2018 gut, wobei der Ausgangszeitpunkt für die Verzugszinsen

nicht auf den 5. Juli, sondern auf den 5. August 2017 festgesetzt wurde. Die «Cour civile II du Tribunal cantonal du canton du Valais» hiess die von der B. SA gegen das vorinstanzliche Urteil erhobene Beschwerde gut und wies das Grundbuchamt Martigny an, das eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen. Daraufhin wandte sich die A. SA mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

[56] *Zu den Erwägungen:* Die A. SA brachte vor Bundesgericht vor, dass die am 20. Juni 2017 durch ihre Mitarbeiter in den Heizungsräumen der auf dem Grundstück der Beschwerdegegnerin errichteten Gebäude durchgeführten Etikettierungsarbeiten («travaux d'étiquetage») Fertigstellungsarbeiten im Sinne der Rechtsprechung darstellten. Folglich sei die auf superprovisorischer Basis durchgeführte Eintragung vom 24. Oktober 2017 innert der von Art. 839 Abs. 2 ZGB vorgegebenen Viermonatsfrist erfolgt und die entsprechende Frist gewahrt. Auch wenn die Etikettierungsarbeiten in quantitativer Hinsicht von untergeordneter Bedeutung gewesen seien, seien diese in qualitativer Hinsicht notwendig gewesen. Diese Arbeiten hätten folglich als Fertigstellungsarbeiten («travaux d'achèvement») qualifiziert werden müssen. Die Vorinstanz habe die Beweise willkürlich gewürdigt und infolgedessen gegen Bundesrecht verstossen (vgl. E. 3). Mit Verweis auf seine Rechtsprechung erinnert das Bundesgericht daran, dass nach Art. 839 Abs. 2 ZGB die Eintragung des Pfandrechts der Handwerker und Unternehmer bis spätestens vier Monate nach der Vollendung ihrer Arbeit zu geschehen hat. Die Eintragung muss dabei tatsächlich erfolgt sein; es genügt nicht, sie innert Frist zu verlangen. Zudem handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, für deren Wahrung die vorläufige Eintragung in Gestalt einer Vormerkung ausreicht (vgl. E. 3.1). Die Vorinstanz habe dafür gehalten, dass die am 30. Juni 2017 von den Mitarbeitern der Beschwerdeführerin durchgeführten Markierungsarbeiten sowohl in objektiver Hinsicht – und dies sowohl aus quantitativer wie auch qualitativer Hinsicht – als auch in subjektiver Hinsicht keine Fertigstellungsarbeiten im Sinne der Rechtsprechung darstellten. Nach den vorinstanzlichen Überlegungen sei die Kennzeichnung von Heizungsanlagen («l'étiquetage des installations de chauffage») quantitativ nicht als wichtig einzustufen. Für diese Aufgabe seien in casu CHF 579.35 für Lieferungen und vier Arbeitsstunden von zwei Arbeitern aufgewendet worden, im Vergleich zum Bestellpreis des gesamten Werkes von CHF 1.8 Mio. (vgl. E. 3.2). Die A. SA habe vor Bundesgericht weitgehend den vor der Vorinstanz verteidigten Standpunkt wiederholt und dabei ihre eigene Beweiswürdigung ins Zentrum gestellt. In diesem Zusammenhang hätte sie behauptet, dass die strittigen Beschriftungsarbeiten in den Geltungsbereich des mit dem Generalunternehmer abgeschlossenen «Rahmenvertrags» («contrat de base») fallen würden, und dass erst nach Ausführung dieser Arbeiten das Werk hätte geliefert werden können. Damit hätte sie jedoch nicht in Frage gestellt, dass die strittigen Arbeiten erst nach Versand der Schlussrechnung ausgeführt worden seien (« [...] que les travaux litigieux ont été réalisés après l'envoi de sa facture finale.»). Der A. SA sei zudem der Nachweis misslungen, dass die Markierungsarbeiten eine für den Betrieb von Heizungsanlagen wesentliche Dienstleistung darstellte (« [...] que les travaux d'étiquetage constituaient des prestations non négligeables pour faire fonctionner les installations de chauffage.»). Das Bundesgericht bestätigt die vorinstanzliche Auffassung, wonach die strittigen Arbeiten für den Betrieb und die Sicherheit der Anlage nicht wesentlich waren, zumal eine Nutzung des Werkes möglich gewesen war, bevor die strittigen Arbeiten ausgeführt worden waren (« [...] lesdits travaux n'étaient pas indispensables au fonctionnement et à la sécurité de l'installation, dès lors notamment que l'utilisation de l'ouvrage était possible avant qu'il soit procédé à leur exécution.»; vgl. E. 3.3).

## 6. Schuldbriefrecht (Art. 842 ff. ZGB)<sup>10</sup>

### a. Fälligkeit von Schuldbriefforderungen im Zeitpunkt der Betreibungs-einleitung

[57] Das *Urteil 5A\_888/2020 vom 9. Dezember 2020* hat die Fälligkeit von Schuldbriefforderungen im Zeitpunkt der Einleitung der Betreibung zum Gegenstand und setzt sich eingehend mit der Behauptungs- bzw. Substanzierungslast im kantonalen Instanzenzug auseinander. Das Bundesgericht weist die Beschwerde infolge Unbegründetheit ab.

[58] *Zum Sachverhalt:* Der Eigentümer eines im Kanton Nidwalden gelegenen Grundstücks schloss im Jahr 2014 mit der Bank einen Rahmenkreditvertrag über eine Kreditlimite von CHF 1 Mio. ab. Die Parteien unterzeichneten gleichentags einen Sicherungsübereignungsvertrag, wonach der Bank sechs Inhaber-Papierschuldbriefe über insgesamt CHF 850'000 sowie ein Register-Schuldbrief über CHF 150'000, welche alle auf dem Grundstück lasten, sicherungshalber zu Eigentum übertragen bzw. registriert wurden. Der Grundeigentümer zahlte in der Folge die Hypothekarzinsen und Mahnspesen nicht und überschritt die Kontokorrentlimite. Dies hatte zur Folge, dass die Bank die Geschäftsbeziehung ausserordentlich mit Wirkung per 31. März 2017 kündigte. Die Bank betrieb am 22. September 2017 den Grundeigentümer auf Grundpfandverwertung für die per 31. März 2017 fälligen Schuldbriefforderungen im Betrag von CHF 1 Mio. für ausstehende und fällige Zinsen in der Höhe von CHF 24'000 und für Betreibungskosten von CHF 413.30. Der vom Grundeigentümer erhobene Rechtsvorschlag wurde durch das Kantonsgericht Nidwalden mit Entscheid vom 28. Juni 2018 beseitigt, wobei die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung unangefochten blieb. Die Klage des Grundeigentümers auf Aberkennung der in Betreibung gesetzten Forderung wies das Kantonsgericht Nidwalden mit Urteil vom 11. Juni 2019 ab. Die dagegen vom Grundeigentümer erhobene Berufung wies das Obergericht des Kantons Nidwalden mit Entscheid datierend vom 18. Juni 2020 ebenfalls ab. Der Grundeigentümer wandte sich mit Beschwerde vom 23. Oktober 2020 ans Bundesgericht und beantragte zusammengefasst im Hauptstandpunkt: Der Entscheid des Obergerichts sei aufzuheben und es sei festzustellen dass die Schuldbriefforderungen über CHF 800'000 nebst 3 % Zins seit dem 1. Juli 2017 und über CHF 200'000 nebst 4 % Zins seit dem 1. Juli 2017 sowie die Vertragszinsen des 4. Quartals 2016 und des 1. Quartals 2017 von CHF 5'250 nebst 5 % Zins seit dem 27. September 2017 im Zeitpunkt der Betreibung nicht fällig gewesen und damit abzuerkennen seien. Weiter sei festzustellen, dass die Forderungen betreffend den bis zum 30. Juni 2017 aufgelaufenen Verzugszins von CHF 8'000 nicht bestehen und daher abzuerkennen seien. Schliesslich sei festzustellen, dass die auf dem Grundstück lastenden Pfandrechte nicht bestehen und abzuerkennen seien.

[59] *Zu den Erwägungen:* Der Aberkennungsstreit dreht sich um die Frage, ob die Schuldbriefforderungen im Zeitpunkt der Einleitung der Betreibung fällig gewesen seien (E. 3). Gemäss dem Entscheid der Vorinstanz hätten sich die Parteien auf ein fristloses Kündigungsrecht der Darlehensgeberin geeinigt, wobei dieses Recht nur zum Zuge komme, wenn der Darlehensnehmer seinen Pflichten nicht nachkomme und seit der Fälligkeit dreissig Tage vergangen seien. In casu habe die Darlehensgeberin den Grundeigentümer wiederholt gemahnt und die ausserordentliche Kündigung sei nach zweimaliger Mahnung erfolgt (E. 3.1). Die Vorwürfe des beschwerdeführen-

---

<sup>10</sup> Das Urteil 5A\_888/2020 vom 9. Dezember 2020 stellt ein weiteres, vorliegend jedoch nicht besprochenes Urteil betreffend Schuldbriefrecht dar, welches sich mit einer Aberkennungsklage bei einer Schuldbriefforderung auseinandersetzt.

den Grundeigentümers würden sich um seine Befragung als Prozesspartei drehen (E. 4). Gemäss Vorinstanz habe das Kantonsgericht die offerierte Parteibefragung des Grundeigentümers wegen mangelnder Substanzierung nicht abnehmen müssen. Somit sei die Vorinstanz auch nicht gehalten gewesen, den Beweis abzunehmen. Der Grundeigentümer habe die Gehörsverletzung darin erblickt, dass das Obergericht seinen Antrag auf Parteibefragung zur massgebenden Frage der fristlosen Kündigung vom 16. März 2017 unberücksichtigt gelassen habe (E. 4.1). Damit über eine schlüssig behauptete, aber strittige Tatsache Beweis abgenommen werden könne, sei das fragliche Vorbringen nicht nur in seinen Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert umfassend darzulegen (E. 4.2). Auch hat der Grundeigentümer vor Bundesgericht nicht geltend gemacht, dass die Tatsachen, auf die er seinen Vorwurf der Rechtsmissbräuchlichkeit der Kündigung des Rahmenkreditvertrages stützt, vor erster Instanz unbestritten geblieben sind, das Obergericht dies bundesrechtswidrig übersehen hat und er sich deshalb mit einer allgemeinen Umschreibung begnügen durfte. Das Bundesgericht kommt daher zum Schluss, dass es mit der Erkenntnis des Obergerichts, dass das Kantonsgericht angesichts der ungenügenden Substanzierung der fraglichen Tatsachen zu Recht auf die offerierte Parteibefragung verzichtete, sein Bewenden hat (E. 4.4).

## **b. Schuldbriefforderung und Herausgabe von Inhaberschuldbriefen**

[60] Im *Urteil 5A\_220/2020 vom 9. September 2020* ging es um die Frage einer Schuldbriefforderung und die Frage der Herausgabe von Inhaberschuldbriefen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

[61] *Zum Sachverhalt:* Der Beschwerdegegner B. war Eigentümer der beiden Grundstücke U. Gbbl.-Nr. uuu und vvv. Am 4. März 2008 errichtete er zulasten dieser Grundstücke die vier Papier-Inhaberschuldbriefe Nr. www, xxx, yyy und zzz über je CHF 50'000, die er in der Folge seinem Neffen C. überliess. Dieser übergab die Schuldbriefe am 17. März 2008 gegen Auszahlung von CHF 20'000 zuhanden der D. AG (bzw. zuhanden deren Verwaltungsrat E.) an F. Am 29. April 2011 verkaufte die D. AG die Schuldbriefe an die G. AG, welche die Titel auf Ende Februar 2013 kündigte und am 28. Februar 2013 an die Beschwerdeführerin A. AG abtrat. Bereits am 29. April 2011 hatte das zuständige erstinstanzliche Gericht der D. AG superprovisorisch verboten, die Schuldbriefe weiterzugeben. Am 4. Juli 2011 hatte es ausserdem die Hinterlegung der Titel beim Gericht angeordnet. Mit Verfügung vom 9. Juni 2008 bestellte die zuständige Vormundschaftsbehörde für B. einen Vertretungsbeistand. Am 4. Mai 2009 wurde über B. sodann eine Vormundschaft nach aArt. 370 ZGB errichtet. B. verkaufte die beiden vorgenannten Grundstücke am 24. Juli 2009 zum Preis von CHF 1'960'000 an die H. AG. Zur Sicherstellung der Verbindlichkeiten aus den Inhaberschuldbriefen erfolgte eine Teilzahlung von CHF 260'000 auf das Klientengeldkonto eines im Kanton Schwyz gelegenen Notariats, wobei dieser Betrag dem Verkäufer gemäss Parteivereinbarung erst dann freizugeben sei, wenn die Schuldbriefe zur freien Verfügung des Notariats eingereicht werden. Am 15. April 2011 hinterlegte B. beim zuständigen Gericht zur Tilgung der Schuld von C. bei der D. AG ausserdem den Betrag von CHF 20'000. Am 21. Februar 2014 klagte die A. AG gegen B. auf Zahlung von CHF 200'000 nebst Zins zu 10 % seit dem 30. April 2011 und beantragte, das Notariat sei anzuweisen, ihr gegen Hinterlegung der Inhaberschuldbriefe den sich bei diesem befindenden Betrag im Umfang der Klageforderung auszuzahlen. B. schloss auf Abweisung der Klage. Widerklageweise beantragte er, die A. AG sei zu verpflichten, ihm die Inhaberschuldbriefe gegen Auszahlung des beim zuständigen Gericht hinterlegten Betrags von CHF 20'000 herauszugeben. Die D. AG, welcher der Streit verkündet

worden war, trat dem Prozess nicht bei. Mit Urteil vom 21. Dezember 2018 wies das erkennende Gericht die Klage ab und verpflichtete die A. AG in Gutheissung der Widerklage zur Herausgabe der vier Inhaberschuldbriefe gegen Auszahlung des hinterlegten Betrags von CHF 20'000. Mit Urteil vom 11. Februar 2020 wies die Vorinstanz die hiergegen von der A. AG erhobene Berufung ab. Die A. AG gelangte darauf mit Beschwerde in Zivilsachen vom 19. März 2020 ans Bundesgericht und beantragte zusammengefasst, B. habe der A. AG CHF 200'000 nebst 10 % Zins seit dem 30. April 2011 zu bezahlen, das Notariat sei richterlich anzuweisen, gegen Hinterlegung der beim zuständigen erstinstanzlichen Gericht deponierten Inhaber-Schuldbriefe Nr. www, xxx, yyy und zzz der A. AG den dort deponierten Betrag von CHF 260'000 im Umfang der gut geheissenen Klageforderung auszubezahlen; eventualiter sei der von B. beim zuständigen erstinstanzlichen Gericht hinterlegte Betrag von CHF 20'000 an die A. AG herauszugeben.

[62] *Zu den Erwägungen:* Die Vorinstanz sei zum Ergebnis gelangt, der Beschwerdegegner habe C. die Schuldbriefe nicht zu Eigentum, sondern zur Verwendung als Faustpfänder überlassen. Diese seien als Drittpfänder über F. und E. zur Absicherung eines im Betrag von CHF 20'000 ausbezahlten Kredits von bis zu CHF 150'000 an die D. AG gelangt. Mit Übernahme der Schuldbriefe habe diese daher nur das Pfandrecht und nicht auch die Schuldbriefforderung erhalten, worauf der Beschwerdegegner sich grundsätzlich berufen könne (vgl. E. 4.1). Zur Frage des guten Glaubens der Beschwerdeführerin habe die Vorinstanz erwogen, F. habe bei der Übernahme der Schuldbriefe von C. als Bevollmächtigter von E. bzw. der D. AG gehandelt. Aufgrund der Umstände hätte ihm klar sein müssen, dass der Beschwerdegegner die Titel nur als Drittpfänder und nicht zu Eigentum aus der Hand gegeben habe. Dieses Wissen sei der D. AG und in der Folge auch deren Revisionsstelle, der G. AG, anzurechnen. F. sei zudem der frühere Verwaltungsrat und heutige Geschäftsführer der Beschwerdeführerin (vgl. 4.2). Vor Bundesgericht war einerseits der Inhalt der Vereinbarung zwischen dem Beschwerdegegner und C. und andererseits die Frage strittig, ob die Beschwerdeführerin beim Erwerb der Schuldbriefe hinsichtlich der erworbenen Berechtigung gutgläubig gewesen sei (vgl. E. 4.3). Die Beschwerdeführerin hätte die Feststellung des Kantonsgerichts als willkürlich erachtet, der Beschwerdegegner hätte die Schuldbriefe seinem Neffen nur zur Verwendung als Faustpfänder übergeben (vgl. E. 6.1). Zudem sei die Würdigung der Zeugenaussage von C. unvollständig und einseitig gewesen (vgl. E. 6.4.1). Im Zusammenhang mit der Weigerung des Beschwerdegegners, einen Kreditvertrag abzuschliessen, habe die Beschwerdeführerin gerügt, die Vorinstanz hätte die Rüge der Verletzung der Dispositionsmaxime durch das erstinstanzliche Gericht übergangen (vgl. E. 6.5.1). Diesbezüglich hält das Bundesgericht fest, dass sich die A. AG im Wesentlichen darauf beschränkte, ihre eigene Interpretation der Geschehnisse der vorinstanzlichen Würdigung entgegenzustellen, was den Begründungserfordernissen nicht genügt (vgl. E. 6.5.2). Im Zusammenhang mit dem Inhalt der Vereinbarung zwischen dem Beschwerdegegner und C. hat die Beschwerdeführerin keine willkürliche Sachverhaltsfeststellung darzutun vermocht, womit sich die von ihr erhobenen Rügen zur Abweisung verschiedener Editionsanträge durch die Vorinstanz als unbegründet erwiesen haben (vgl. E. 6.11). Die Beschwerdeführerin habe zudem gerügt, das Kantonsgericht hätte ihr Vorbringen übergangen, wonach die auf Besitzesrecht basierende Widerklage nicht hätte gutheissen werden dürfen, weil zufolge der freiwilligen Aufgabe des Besitzes der Schuldbriefe Besitzesschutz gar nicht zur Anwendung gelange. Gemäss Bundesgericht hat sich der Vorwurf der Gehörsverletzung nicht erhärtet (vgl. E. 7.1). Die Beschwerdeführerin habe zudem vorgebracht, das Kantonsgericht fokussiere beim gut- bzw. bösgläubigen Erwerb allein auf F. Entgegen der Vorinstanz sind gemäss Bundesgericht keine Umstände nachgewiesen, wonach dieser bei Übernahme der Schuldbriefe bösgläubig

war (vgl. E. 7.2.1). Diesbezüglich hat die Beschwerdeführerin auf verschiedene tatsächliche Elemente abgestellt, welche durch die Vorinstanz auf diese Weise nicht festgestellt worden waren, ohne jedoch die hierzu notwendigen Rügen zu erheben (vgl. E. 7.2.2). Auch in Bezug auf den guten Glauben der Beschwerdeführerin hat sich die Beschwerde als unbegründet erwiesen (vgl. E. 7.4).

## 7. Grundbuchrecht (Art. 942 ff. ZGB)

### a. Mehrbelastung aus Dienstbarkeiten bei der Vereinigung von Grundstücken (Art. 730 ff., Art. 974a und 974b ZGB)

[63] Im französischsprachigen *Urteil 5A\_737/2019 vom 26. Mai 2020*<sup>11</sup> ging es um eine zugunsten der Beschwerdegegner und zulasten der Beschwerdeführer eingetragene Dienstbarkeit. Die von den Eigentümern des berechtigten Grundstücks geplante Zusammenlegung ihres Grundstückes mit einem anderen Grundstück, und den anschliessenden Bau eines Wohnblocks auf dem zusammengelegten Grundstück, stuften die Eigentümer des belasteten Grundstückes als Zweckänderung der ursprünglich errichteten Dienstbarkeit ein, was das Bundesgericht jedoch verwirft. Die Beschwerde wird abgewiesen.

[64] Zum Sachverhalt: E. und F. sind Miteigentümer der mit einem Wohnhaus und einer privaten Garage überbauten Parzelle Nr. 1827 der im Kanton Genf gelegenen Gemeinde G. Sie sind zudem Miteigentümer zu einem Viertel der Parzelle Nr. 1831, welche einen Privatweg umfasst, der es ihnen erlaubt, zu ihrer Parzelle Nr. 1827 zu gelangen. Ferner sind E. und F. Eigentümer eines unbebauten Grundstücks (Parzelle Nr. 2728), die an ihrer süd-westlichen Seite an die Parzelle Nr. 1827 grenzt. A.B. und B.B. sind Miteigentümer der Parzelle Nr. 2727, die auf ihrer ganzen süd-östlichen Seite an die Parzelle Nr. 2728 angrenzt. D.D. und C.D. sind Miteigentümer der Parzelle Nr. 2729, welche auf ihrer ganzen süd-östlichen Seite an die Parzelle Nr. 2727 grenzt. Die Parzellen Nr. 2727, Nr. 2728 und Nr. 2729 sind alle aus der Teilung der ehemaligen Parzelle Nr. 860 im Jahr 1996 hervorgegangen. Anlässlich der Einschreibung der drei neuen Parzellen und der Löschung der ehemaligen Parzelle Nr. 860 im Grundbuch wurden die Einschreibungen von zwischen den neu errichteten Parzellen errichteten Dienstbarkeiten beantragt, darunter auch eine Dienstbarkeit, welche mit «Kanalisationen für das Abwasser, Regenwasser sowie technische Anschlüsse SIG und TELECOM» («canalisations pour les eaux usées, les eaux pluviales et les raccordements techniques SIG et TELECOM») bezeichnet und zugunsten der Parzelle Nr. 2728 sowie zulasten der Parzellen Nr. 2727 und 2729 errichtet wurde. Dieser Antrag wurde durch ein Dokument mit dem Titel «Parzellenteilung, Anpassung und Errichtung von Dienstbarkeiten durch die Konsortien L.» ergänzt. Mit der entsprechenden Eintragung der Dienstbarkeit am 15. Mai 1996 im Grundbuch wurde zugunsten der Parzelle Nr. 2728 eine Dienstbarkeit «Kanalisationen für das Abwasser, Regenwasser sowie technische Anschlüsse SIG und TELECOM» («canalisations pour les eaux usées, les eaux pluviales et les raccordements techniques SIG et TELECOM») zulasten der Parzellen Nr. 2727 und Nr. 2729 errichtet. E. und F. reichten am 5. Oktober 2015 ein Baugesuch betreffend eine Überbauung (Ge- bau von acht Wohnungen, Parkplatz mit 20 Plätzen, Geothermiesonden) auf den Parzellen

---

<sup>11</sup> Weiterführend PHILIPP EBERHARD, Die «Mehrbelastung» bei der Vereinigung von Grundstücken: Berücksichtigung von Art. 974b Abs. 3 ZGB bei eingetragenen Dienstbarkeitsrechten, in: dRSK, publiziert am 30. September 2020.

Nr. 1827, Nr. 2728 und Nr. 1831 ein. Um die entsprechende Baurechte zu erhalten, entschieden sich E. und F. dazu, die Parzelle Nr. 2728 in zwei Parzellen (Nr. 2728A und Nr. 2728B) zu teilen sowie eine neue Parzelle Nr. 3197 zu schaffen, welche die Parzelle Nr. 1827 mit der Parzelle Nr. 2728A vereinigt und die Kanalisationen auf die Parzelle Nr. 2727 zu legen. E. und F. erhielten am 30. März 2016 die Bewilligung zum Bau der Überbauung auf den Parzellen Nr. 1827, Nr. 2728 und Nr. 1831. Das durch die I. SA am 5. Juli 2016 durchgeführte Gutachten betreffend Anschluss des Regen- und Abwassers ergab, dass gemäss den hydraulischen Berechnungen das Abflussvermögen der Regen- und Abwassersammler den Anschluss des geplanten Gebäudes auf den Parzellen Nr. 1827 und Nr. 2728 ermöglicht. A.B. und B.B. klagten am 23. Dezember 2016 beim zuständigen erstinstanzlichen Gericht in Genf sinngemäss mit dem Begehr, E. und F. sei die Einschreibung der Vereinigung der Parzellen Nr. 1827 und Nr. 2728A zugunsten einer neuen Parzelle Nr. 3197 im Grundbuch zu verbieten. Zudem sei die Übertragung der Kanalisationsservicebarkeiten für Ab- und Regenwasser und die technischen Anschlüsse SIG und TELECOM zulasten der Parzelle Nr. 2727 und zugunsten der Parzelle Nr. 3197 zu verbieten. Mit Entscheid vom 9. August 2018 wies das erstinstanzliche Gericht die Klage ab. Zur Begründung fügte es an, dass den Klägern der Beweis misslungen sei, dass der Zweck der Dienstbarkeit sich von demjenigen unterscheide, für welchen die Dienstbarkeit ursprünglich errichtet worden sei. Zudem sei weder eine Mehrbelastung durch die Dienstbarkeit noch die Tatsache, dass mit dem Neubauprojekt die bestehenden Kanalisationen überstrapaziert würden, erwiesen. Auch die Berufung gegen den erstinstanzlichen Entscheid war nicht erfolgreich. A.B., B.B., C.D. und D.D. gelangten daraufhin mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht und wiederholten ihre erstinstanzlich gestellten Rechtsbegehren, wobei sie eventueller die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz beantragten.

[65] *Zu den Erwägungen:* Der vorinstanzlichen Prüfung bezüglich *Identität der Dienstbarkeit* lasse sich entnehmen, dass der ursprüngliche Zweck der strittigen Dienstbarkeit darin bestanden hätte, die Anbindung des Regen- und Abwassers der Parzelle Nr. 2728 ans öffentliche Netz sicherzustellen sowie die technischen Anbindungen an die SIG und TELECOM zu gewährleisten. Trotz Vereinigung der Parzellen Nr. 1827 und Nr. 2728A würde die Dienstbarkeit dem ursprünglichen Zweck dienen, zumal sie genau umrissen und ihre Grundlage identisch sei und sie immer noch dem durch den Dienstbarkeitsplan im Grundbuchauszug visualisierten Kanalisationsserverlauf entspreche (E. 3.1). Gemäss Vorinstanz würden die bestehenden Kanalisationen auch für das Neubauprojekt der Beklagten ausreichen (E. 3.1). Die Beschwerdeführer hätten eine *Verletzung von Art. 730 ff. und Art. 974b ZGB* geltend gemacht und in diesem Zusammenhang moniert, dass die Teilung bzw. Zusammenführung der Parzellen Nr. 2728A und 1827 zu einer Mehrbelastung ihrer eigenen Parzellen führen würde, da diese Prozesse die Identität des ursprünglich durch die Dienstbarkeit Begünstigten modifizierten. Aufgrund der Neubauten der Beschwerdegegner sei die hydraulische Leistung der Kanalisationen bereits voll ausgelastet (E. 3.2). Nach Art. 974b ZGB bräuchte die Vereinigung der Parzelle Nr. 2728A einen Dienstbarkeitsvertrag und die anschliessende Eintragung im Grundbuch, falls diese Änderung eine von den Parteien ursprünglich beabsichtigte Mehrbelastung der Dienstbarkeit zur Folge hätte (« [...] si la réunion de la parcelle n° 2728A, résultant d'une division de la parcelle n° 2728, avec la parcelle n° 1827 entraîne une aggravation de la servitude telle qu'initialement voulue par les parties, cette modification nécessite un contrat de servitude et l'inscription subséquente au registre foncier»; E. 4.1). Das Bundesgericht weist darauf hin, dass eine Dienstbarkeit nur zu demjenigen Zweck aufrechterhalten werden darf, zu welchem sie errichtet worden ist. Der Eigentümer des dienenden Grundstücks

müsste sich jedoch gewisse Änderungen in der Ausübung der Dienstbarkeit gefallen lassen. Vor diesem Hintergrund hätte der entsprechende Eigentümer die neuen Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks zu tolerieren, die aus einer Änderung der objektiven Umstände resultierten. Wenn der verfolgte Zweck der Dienstbarkeit derselbe bleibe, setze die Mehrbelastung Umstände voraus, die die Parteien bei der Errichtung der Dienstbarkeit vernünftigerweise nicht voraussehen hätten können. Die Rechtsprechung gehe davon aus, dass bei einer klar lokalisierbaren Dienstbarkeit die Vereinigung von Grundstücken keine nachteiligen Folgen für den Begünstigten hätte und somit die Einwilligung der Eigentümer der belasteten Grundstücke nicht notwendig sei (E. 4.2). Die vorliegend einzig zu klärende Frage geht gemäß Bundesgericht dahin, ob bei der umstrittenen Dienstbarkeit eine Mehrbelastung eingetreten sei oder nicht («l'existence ou non d'une aggravation de la servitude litigieuse»). Obschon sich die Beschwerdeführer korrekterweise auf Art. 974b Abs. 3 ZGB berufen hätten, hätten sie darauf insistiert, dass nur die Vereinigung der Parzellen der Beschwerdegegner zu einer Vergrösserung der Belastung der Parzellen der Beschwerdeführer geführt hätte, da die Vereinigung den ursprünglich Begünstigten der Dienstbarkeit modifiziere, wobei die Ausweitung nicht nur formeller, sondern auch materieller Natur sei. Die Beschwerdeführer haben es jedoch versäumt, diesbezüglich eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung geltend zu machen, weswegen ihre Beschwerde abzuweisen ist und das Bundesgericht diesen Punkt nicht mehr beurteilen musste (E. 4.3).

[66] Nach Art. 737 Abs. 1 ZGB ist der Dienstbarkeitsberechtigte befugt, alles zu tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit nötig ist, wobei er jedoch nach Art. 737 Abs. 2 ZGB verpflichtet ist, sein Recht in möglichst schonender Weise auszuüben. Der Belastete darf gemäß Art. 737 Abs. 2 ZGB nichts vornehmen, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert. Konkretisierend hält Art. 738 Abs. 1 ZGB in Bezug auf den Umfang einer Dienstbarkeit nach dem Eintrag fest, dass, soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrage deutlich ergeben, dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend ist. Ändern sich die Bedürfnisse des berechtigten Grundstückes, so darf nach Art. 739 ZGB dem Verpflichteten eine Mehrbelastung nicht zugemutet werden. Eine unzulässige Mehrbelastung liegt demnach vor, wenn die Ausübung der entsprechenden Dienstbarkeit nicht nur einem anderen als dem ursprünglichen Zweck dient, sondern auch nicht vorhergesehen werden konnte. Umgekehrt formuliert bedeutet dies, dass der Dienstbarkeitsverpflichtete sich eine naturgemäße und voraussehbare Ausdehnung der entsprechenden Dienstbarkeit gefallen lassen muss: Eine intensivere Inanspruchnahme der jeweiligen Dienstbarkeit stellt keine unerlaubte Mehrbelastung dar. Gemäß Rechtsprechung ist zudem eine Benutzung zu einem anderen Zweck immer unzulässig, auch wenn für den Eigentümer des dienenden Grundstücks die Benutzung keine höhere Belastung zur Folge hat. Diesem Grundsatz ist insbesondere auch bei der vorliegenden Problemkonstellation, bei der es um die Zusammenlegung von Grundstücken geht, zugunsten derer Dienstbarkeiten eingetragen sind, Rechnung zu tragen. Sind nämlich Dienstbarkeiten, Vormerkungen oder Anmerkungen zugunsten der Grundstücke eingetragen, so können diese gemäß Art. 974b Abs. 3 ZGB nur vereinigt werden, wenn entweder eine Einwilligung der Eigentümer der belasteten Grundstücke vorliegt oder die Belastung durch die Vereinigung nicht vergrössert wird.

## 8. Bewilligungsgesetz (BewG)

### a. Betriebsstättenqualifikation nach BewG

[67] Im zur Publikation vorgesehenen *Urteil 2C\_589/2020 vom 22. März 2021*<sup>12</sup> kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass eine Liegenschaft dann nicht als Teil einer Hotel- bzw. Apparthotelbetriebsstätte qualifiziert werden kann, wenn sie gewöhnlichen Wohnzwecken dient und darin auch nicht ein gewisser Hotelservice sichergestellt wird. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde des Bundesamtes für Justiz gut.

[68] *Zum Sachverhalt:* Die A. AG, deren Alleinaktionär ein italienischer Staatsbürger mit einer Niederlassungsbewilligung C ist, ist Eigentümerin der in der Gemeinde V. im Kanton Graubünden gelegenen Parzelle Nr. xxx, für welche eine rechtskräftige Baubewilligung für ein Wohn- und Geschäftshaus vorliegt. Die A. AG schloss mit der B. AG im Jahr 2017 einen langfristigen Mietvertrag für sämtliche im geplanten Neubau zu erstellenden Personalwohnungen ab, welche dem Hotelpersonal des Hotels B. als Unterkunft dienen sollten. Diejenigen Stockwerkeinheiten, welche Ladenlokale und die genannten Personalwohnungen umfassen sollten, wollte die A. AG als Stockwerkeigentum an einen Investor im Ausland verkaufen. Das Grundbuchinspektorat und Handelsregister des Kantons Graubünden verfügte im Jahr 2018 dahingehend, dass die für den Bau von Personalwohnungen vorgesehenen Stockwerkeigentümer-Grundstücke und das Stammgrundstück Nr. xxx als Teil einer Betriebsstätte gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG gelten und der Erwerb dieser Grundstücke durch Personen im Ausland bewilligungsfrei sei. Ferner wurde die Auflage angeordnet, die Nutzung der genannten Grundstücke als betriebsnotwendige Personalwohnungen dauernd zu gewährleisten, wobei allfällige Nutzungsänderungen der Bewilligungsbehörde zur Prüfung zu unterbreiten seien. Das zuständige Grundbuchamt wurde angewiesen, eine entsprechende Anmerkung im Grundbuch vorzunehmen. Das Bundesamt für Justiz focht die Verfügung aus dem Jahr 2018 vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden erfolglos an. Daraufhin gelangte das Bundesamt für Justiz im Jahr 2020 mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht und beantragte, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Erwerb durch Personen im Ausland der auf dem Stammgrundstück Nr. xxx der Gemeinde V. geplanten Stockwerkeinheiten, welche als Personalwohnungen genutzt werden sollten, der Bewilligungspflicht unterstehe.

[69] *Zu den Erwägungen:* Umstritten im vorliegenden Verfahren war, ob ein Erwerb der für das Hotelpersonal geplanten und als Stockwerkeigentum ausgestalteten Personalwohnungen durch eine Person im Ausland der *Bewilligungspflicht* gemäss BewG untersteht (E. 3.1). Personen im Ausland bedürfen nach Art. 2 Abs. 1 BewG für den Erwerb von Grundstücken einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde. Das BewG sieht jedoch Ausnahmen von der Bewilligungspflicht vor, so bspw. in Art. 2 Abs. 2 oder in Art. 7 in Bezug auf Betriebsstätten, Hauptwohnungen oder Erbschaften (E. 3.2). Wenn ein Grundstück als ständige Betriebsstätte eines Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, eines Handwerksbetriebes oder eines freien Berufes dient, setzt der entsprechende Grundstückerwerb gestützt auf Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG keine Bewilligung voraus (E. 3.3). Gemäss der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung gehe es um Unterkünfte für rund 200 Hotelmitarbeiterinnen und -mitarbeiter und es sei davon auszugehen, dass aufgrund der unregelmässigen Arbeitszeiten eine

---

<sup>12</sup> Vgl. zum Ganzen ausführlich PHILIPP EBERHARD, Betriebsstättenqualifikation und Miterwerbstatbestand nach BewG, in: dRSK, publiziert am 26. Mai 2021.

ständige oder fast ständige Anwesenheit des Personals in der Nähe des Hotels erforderlich sei (E. 3.4). Zudem seien gemäss Vorinstanz die Personalwohnungen für das Hotel betriebsnotwendig und deshalb als Betriebsstätte zu qualifizieren, wobei deren Erwerb gestützt auf Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG bewilligungsfrei erfolge (E. 3.4). Das Bundesamt für Justiz als bundesgerichtlicher Beschwerdeführer hat sich auf den Standpunkt gestellt, dass es sich bei den Personalwohnungen *nicht um eine Betriebsstätte* gemäss BewG handle. Auch läge kein Miterwerb von betriebsnotwendigen Wohnungen vor. Die langfristige Vermietung von Wohnraum durch eine Person im Ausland an die Betriebsstätte einer Drittpartei führe ebenfalls nicht zur Betriebsstättenqualifikation. Nur das Hotel selbst könne die Personalwohnungen bewilligungsfrei miterwerben (E. 3.5). In Bezug auf das Verständnis von Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG hält das Bundesgericht fest, dass vom Wortlaut dieser Norm nur Grundstücke erfasst werden, welche direkt der wirtschaftlichen Tätigkeit eines entsprechenden Unternehmens bzw. freien Berufes dienen, was voraussetzt, dass die wirtschaftliche Tätigkeit in der Liegenschaft stattfindet (E. 4.3). Eine gewöhnlichen Wohnzwecken dienende Liegenschaft qualifiziert nicht als Teil der Hotel- oder Apparthotelbetriebsstätte (E. 4.4). In casu handelt es sich gemäss Bundesgericht um den isolierten Erwerb einer Liegenschaft im Stockwerkeigentum, welche in Bezug auf den streitbetroffenen Teil Wohnzwecken dient: Personalwohnungen dienen Wohnzwecken und stellen keine Betriebsstätte dar. Infolgedessen liegt auch kein Miterwerbstatbestand vor und der betroffene Grundstücksteil kann gestützt auf das BewG nicht bewilligungsfrei durch eine Person im Ausland erworben werden (E. 4.7).

## b. Erwerb einer Ferienwohnung durch eine Person im Ausland

[70] In seinem *Urteil 2C\_947/2018 vom 10. August 2020*<sup>13</sup> legt das Bundesgericht fest, dass beim Erwerb einer Ferienwohnung durch eine Person im Ausland beim Überschreiten der Regel-Nettowohnfläche von 200 m<sup>2</sup> der Verwendungszweck bzw. ein allfälliger Mehrbedarf zu substanzieren ist. Da vorliegend die ausländische Erwerberin ihrer Substanzierungspflicht nicht nachkam, wird die Beschwerde gutgeheissen und das zuständige Grundbuchinspektorat angewiesen, die Bewilligung zu verweigern.

[71] *Zum Sachverhalt:* Das Grundbuchinspektorat und Handelsregister des Kantons Graubünden bewilligte mit Verfügung vom 4. Dezember 2017 den Erwerb des in der Gemeinde U. gelegenen Grundstücks Nr. xxx durch die deutsche und in Deutschland wohnhafte Staatsangehörige A. zur Nutzung als Ferienhaus. Bei diesem Ferienhaus handelt es sich um ein Einfamilienhaus, welches gemäss Umbauplänen ohne Berücksichtigung der durch Einbauschränke (inkl. Küchenzeile) bedeckten Fläche eine Nettowohnfläche von 249.6 m<sup>2</sup> aufweist. Werden die Einbauschränke (und die Küchenzeile) in der Berechnung berücksichtigt, ergibt sich eine Nettowohnfläche von 278 m<sup>2</sup>. Das Bundesamt für Justiz focht die Verfügung vom 4. Dezember 2017 mit Beschwerde an, welche das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden mit Urteil vom 28. August 2018 abwies. Das Departement für Justiz, Sicherheit und Gesundheit des Kantons Graubünden, in seiner Funktion als beschwerdeberechtigte Behörde gemäss Art. 20 Abs. 2 lit. b BewG, verzichtete auf eine Anfechtung der Verfügung. Das Bundesamt für Justiz gelangte mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 22. Oktober 2018 an das Bundesgericht und beantragte sinn-

---

<sup>13</sup> Zum Ganzen eingehend PHILIPP EBERHARD, Erwerb einer Ferienwohnung in der Schweiz durch eine Person im Ausland: Zur Notwendigkeit der Substanzierung des Mehrbedarfs nach Art. 12 lit. b BewG bei der Überschreitung der Nettowohnfläche von 200 m<sup>2</sup>, in: dRSK, publiziert am 18. März 2021.

gemäss, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben und der Beschwerdegegnerin A. sei für den Erwerb des betroffenen Grundstücks die Bewilligung nach dem BewG zu verweigern. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und hebt das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden, 1. Kammer, vom 28. August 2018 auf. Das Grundbuchinspektorat und Handelsregister des Kantons Graubünden wird angewiesen, die Bewilligung zum Erwerb des Grundstücks Nr. xxx in der Gemeinde U. im Sinne der Erwägungen zu verweigern.

[72] *Zu den Erwägungen:* Vor Bundesgericht war zwischen den Parteien umstritten, ob die Beschwerdegegnerin die Voraussetzungen zum Erwerb des genannten Grundstücks gemäss BewG erfüllt. Das Bundesgericht weist darauf hin, dass nach Art. 2 Abs. 1 BewG Personen im Ausland für den Erwerb von Grundstücken einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde bedürfen. Die Bewilligung ist dann zu verweigern, «wenn die Fläche grösser ist, als es der Verwendungszweck erfordert» (Art. 12 lit. b BewG). Gemäss Art. 10 Abs. 2 der Verordnung vom 1. Oktober 1984 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland darf die Nettowohnfläche (NWF) von Ferienwohnungen 200 m<sup>2</sup> «in der Regel nicht übersteigen» (vgl. E. 3.2). Der Beschwerdeführer habe eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 BewG i.V.m. Art. 656 Abs. 1 ZGB gerügt und geltend gemacht, bei Überschreitung der Regel-Limite von 200 m<sup>2</sup> Nettowohnfläche müsse ein Mehrbedarf nachgewiesen werden, wobei diesbezüglich auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Gesuchs um Bewilligung des Grundstückserwerbs abzustellen sei (vgl. E. 3.3). Der Beschwerdeführer habe darauf hingewiesen, dass es nicht glaubhaft sei, dass eine 20-jährige Frau regelmässig zusammen mit ihren Eltern und ihren jüngeren Brüdern Ferien in U. verbringe, zumal ihre Eltern bereits über Grundeigentum in V. verfügten (vgl. E. 3.4). Nach der Beschwerdegegnerin sei für die Beurteilung des Mehrbedarfs auf die erweiterte Familie abzustellen, d.h. auch auf die Grosseltern (beide Grossmütter) sowie auf den Partner der Beschwerdegegnerin und die Partnerinnen der Brüder der Beschwerdegegnerin, und es seien auch Freunde der Familie einzubeziehen. Gemäss Art. 11 Abs. 1 BewV e contrario könne auch ein Kind einer Person im Ausland Grundeigentum erwerben, wenn es zum Erwerbszeitpunkt bereits über 18 Jahre alt sei. Deshalb sei es nicht massgebend, dass ihr Vater bereits über Grundeigentum in V. verfüge (vgl. E. 3.4). Das Bundesgericht betont, dass seit dem 1. Juli 2003 die in Art. 10 Abs. 2 BewV festgehaltene Regel-Limite der Nettowohnfläche für Feriendomizile 200 m<sup>2</sup> beträgt. Damit soll wohlhabenden Ausländern der Erwerb eines ihrem Lebensstandard entsprechenden Feriendomizils ermöglicht werden. Bei der Überschreitung der Regel-Limite von 200 m<sup>2</sup> sei der Mehrbedarf nach wie vor nachzuweisen (vgl. E. 3.5.2). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung habe eine Erwerberin, wenn die Regel-Limite von 200 m<sup>2</sup> überschritten werde, nachzuweisen, dass der Verwendungszweck – aufgrund ihrer Situation und ihrer Bedürfnisse – eine grössere Fläche erfordere (vgl. E. 3.5.3). In der vorliegenden Sachlage würden, sofern die Bewilligung erteilt würde, der Umbau und die Nutzung erst noch bevorstehen, weshalb ein tatsächlicher Nachweis im vorgenannten Sinne gar nicht möglich sei und folglich auch nicht verlangt werden könne (vgl. E. 3.5.3). Betreffend Mehrbedarf sei von einem relativ grosszügigen Personenkreis auszugehen. Ebenso sei der Verwendungszweck i.S.v. Art. 12 lit. b BewG bzw. der Mehrbedarf – nämlich die zukünftige, gemeinsame und gleichzeitige Nutzung mit Familienangehörigen (inkl. enge Freunde) – zu substanziieren (vgl. E. 3.5.3). Die blosse Behauptung der Beschwerdegegnerin, das Feriendomizil zukünftig mit Familie und Freunden nutzen zu wollen, genüge den Anforderungen des Nachweises an den Mehrbedarf jedoch klar nicht. Im vorliegenden Zusammenhang kann der aufgrund des Verwendungszwecks erforderliche Mehrbedarf (Art. 12 lit. b BewG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 BewV) nicht als nachgewiesen gelten (vgl. E. 3.5.3).

**c. Vergrösserung eines Grundstückes, insbesondere Geschosserhöhung einer bestehenden Baute als nach BewG bewilligungspflichtiger Erwerb**

[73] Das Bundesgericht setzt sich im *Urteil 2C\_639/2019 vom 10. Juli 2020* mit der Frage auseinander, ob die Geschosserhöhung eines bestehenden, in Genf stehenden Gebäudes von fünf auf neun Stockwerke, das im Eigentum einer im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen AG, welche zu 100 % durch eine luxemburgische Gesellschaft gehalten wird, der Bewilligungspflicht gemäss BewG untersteht. Das Bundesgericht bejaht die Frage und weist die Beschwerde ab.

[74] *Zum Sachverhalt:* Die zu 100 % durch eine luxemburgische Gesellschaft gehaltene und im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene Aktiengesellschaft wurde im Jahr 2012 Eigentümerin einer in der Gemeinde Genève-Petit-Saconnex gelegenen Parzelle, auf welcher sie ein fünfgeschossiges Gebäude mit ausschliesslich gewerblicher Nutzung erstellte. 2015 stellte die Aktiengesellschaft bei der zuständigen Stelle ein Baugesuch betreffend fünf Wohnungen, welche auf das bestehende Gebäude gebaut werden sollen. Die Baubewilligung wurde am 1. Juni 2016 erteilt. 2016 stellte die Aktiengesellschaft beim «Département de la sécurité et de l'économie de la République et canton de Genève» das Gesuch um Feststellung, dass die bewilligte Baute nicht einer Bewilligung im Sinne des BewG unterstehe, eventhaliter um Erteilung der Bewilligung. Nach einer bewilligten Änderung des Baugesuches (neu neun statt fünf Wohnungen) entschied das «Département» am 12. Oktober 2018, dass die geplante Baute als bewilligungspflichtiger Erwerb eines Grundstückes gemäss BewG zu qualifizieren sei. Zudem verweigerte das «Département» die Erteilung der Bewilligung. Die Aktiengesellschaft gelangte daraufhin an die «Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève», welche das Rechtsmittel mit Entscheid vom 28. Mai 2019 abwies. Vor Bundesgericht fordert die Aktiengesellschaft, dass der Entscheid der «Cour de justice» aufzuheben und festzustellen sei, dass die geplante Baute gemäss BewG nicht bewilligungspflichtig sei; eventhaliter sei der Entscheid aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, sodass diese die entsprechende Bewilligung ausstelle.

[75] *Zu den Erwägungen:* Zunächst moniert die beschwerdeführende Aktiengesellschaft gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs vor dem Hintergrund, dass die «Cour de justice» die Abweisung gewisser, von ihr vorgebrachter Argumente nicht begründet habe (E. 3). Gemäss Bundesgericht hat die Beschwerdeführerin jedoch nicht vorgebracht, inwiefern die «Cour de justice» in willkürlicher Weise die streitgegenständlichen Argumente nicht berücksichtigt habe (E. 3.2). Die Vorinstanz sei davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin, welche zu 100 % durch eine ausländische Gesellschaft beherrscht wird, dem BewG unterstehe (E. 5.1). Die Beschwerdeführerin habe dafürgehalten, dass der geplante Bau keinen Eigentumswechsel beinhaltet und somit nicht als Erwerb i.S. des BewG zu qualifizieren sei. Vor diesem Hintergrund sei auch die Erteilung einer allfälligen Bewilligung nicht nötig. Zudem sei die Beschwerdeführerin der Ansicht, dass ein Gebäude, welches weniger als 10 % Wohnungen enthalte, als gewerblich zu qualifizieren sei und keine Bewilligung benötige (E. 5.2). Somit stehe die Frage im Zentrum, ob das BewG auf die geplante Baute anzuwenden und ob dafür eine Bewilligung nötig sei, und ggf., ob eine solche erteilt werden könne (E. 5.3). Das Bundesgericht betont, dass vorliegend die bewohnbare Fläche des im Eigentum der Beschwerdeführerin stehenden Gebäudes vergrössert und dass dieser Umstand vom BewG erfasst wird (E. 6.2). Sowohl die objektiven Voraussetzungen (Erwerb eines Grundstückes) als auch die subjektiven Voraussetzungen (Person im Ausland)

sind in casu erfüllt und das BewG ist anwendbar. Somit geht es um die Prüfung, ob der Erwerb eine Bewilligung erfordert und ob diese ggf. der Beschwerdeführerin erteilt werden kann (E. 7). Die geplante Baute besteht in der Erstellung von Wohnungen, welche insgesamt eine Bruttofläche von 828 m<sup>2</sup> erfasst und eine Vergrösserung von 9,98 % der Gesamtfläche des Gebäudes darstellt (E. 7.1.2). Das Bundesgericht weist darauf hin, dass das bestehende Gebäude aufgrund seines rein gewerblichen Nutzens gestützt auf Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG nicht einer Bewilligungspflicht untersteht. Dies gilt jedoch in Bezug auf den neu geplanten Bau gerade nicht: Der Bau umfasst nur Wohnungen, und dieser Umstand wird nicht von dem in Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG statuierten Ausnahmetbestand erfasst. Gemäss den kantonalen Richtlinien des Kantons Genf seien auch Vergrösserungen von unter 10 % bewilligungspflichtig (E. 7.1.3). Das Bundesgericht folgert daraus, dass der Grundstückserwerb, so wie er von der Beschwerdeführerin gewollt ist und der im Bau von Wohnungen auf dem bereits bestehenden gewerblich genutzten Gebäudes besteht, nicht mit dem bestehenden gewerblichen Nutzen des Gebäudes, wie dieser sich momentan präsentiert, vergleichbar ist. Der Bau fällt nicht unter die Ausnahme gemäss Art. 2 Abs. 2 BewG. Somit kommt die Regel von Art. 2 Abs. 1 BewG zum Zug, womit der vorliegende Erwerb einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Stelle bedarf (E. 7.1.5). Die Vorinstanz hat folglich die Erteilung einer Bewilligung für den Bau von Wohnungen zu verweigern (E. 7.2).

## 9. Bäuerliches Bodenrecht (BGBB)

### a. Unterstellung einer Parzelle unter das BGBB unter Berücksichtigung von Art. 36 Abs. 3 RPG

[76] Im französischsprachigen *Urteil 2C\_543/2020 vom 25. Mai 2021* ging es um eine Fragestellung des bäuerlichen Bodenrechts, die aufgrund des hängigen Revisionsverfahrens betreffend Zonenplan auch das Raumplanungsgesetz betrifft. Das Bundesgericht betont in seinem Entscheid, dass in casu ein Rückgriff auf die in Art. 36 Abs. 3 RPG statuierte Übergangsregelung angezeigt ist, wonach nur die «weitgehend überbauten Gebiete» als «vorläufige Bauzonen» qualifiziert werden. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut, hebt das vorinstanzliche Urteil auf und weist die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Bodenrechtskommission des Kantons Waadt zurück.

[77] *Zum Sachverhalt:* Die streitgegenständliche, in der Gemeinde B. im Kanton Waadt gelegene Parzelle steht im Gesamteigentum von sechs Personen und umfasst flächenmässig 4'706 m<sup>2</sup>. Um die Parzelle dreht sich ferner ein hängiges Verfahren betreffend Aufhebung des Gesamteigentums. Die Parzelle ist vollständig mit Weinreben bepflanzt und ist gemäss einem Zonenplan aus dem Jahr 1961 in die Gebäudezone («zone de villas») eingeteilt. Ein Revisionsverfahren betreffend den genannten Zonenplan ist im Gange. Im Zuge der Revision wurde ein Plan erarbeitet, der 2019 öffentlich aufgelegt wurde, und gemäss welchem der grösste Teil des Perimeters, in welchem die Parzelle gelegen ist, als Planungszone («zone réservée») eingestuft ist mit der unweigerlichen Folge, dass ein Teil der Parzelle von der Planungszone erfasst würde. Einer der Gesamteigentümer der Parzelle, der bundesgerichtliche Beschwerdeführer, hat sich 2019 an die Bodenrechtskommission des Kantons Waadt («Commission foncière rurale, Section I du canton de Vaud») gewandt und ein Gesuch auf Feststellung eingereicht, dass die streitgegenständliche Parzelle dem bäuerlichen Bodenrecht zu unterstellen sei. Die kantonale Bodenrechtskommission entschied am 30. August 2019, dass die streitgegenständliche Parzelle nicht dem bäuerlichen Bo-

denrecht unterstehe, da sie in der Gebäudezone und somit in der Bauzone gelegen sei, und weil die Bodenrechtskommission gestützt auf die die Rechtssicherheit gewährenden Grundprinzipien nicht aufgrund einer möglichen, zukünftigen Änderung der Nutzung in Bezug auf einen Teil der streitgegenständlichen Parzelle entscheide. Das Verwaltungsgericht des Kantons Waadt («la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud») wies das gegen das Urteil der Bodenrechtskommission erhobene Rechtsmittel des Gesamteigentümers ab, und zwar aus den gleichen Gründen. Daraufhin wandte sich der Gesamteigentümer ans Bundesgericht und beantragte zusammengefasst, dass das Urteil des Verwaltungsgerichts aufzuheben und somit auch der Entscheid der Bodenrechtskommission aufzuheben und die streitgegenständliche Parzelle infolgedessen dem bäuerlichen Bodenrecht zu unterstellen sei.

[78] *Zu den Erwägungen:* Vor Bundesgericht war umstritten, ob die streitgegenständliche Parzelle vom Anwendungsbereich des BGBB erfasst wird oder nicht (E. 2). Der Beschwerdeführer habe dafür gehalten, dass der Zonenplan aus dem Jahr 1961 nichts über den Anwendungsbereich des BGBB aussage und somit eine Prüfung der Kompatibilität der streitgegenständlichen Parzelle mit der Definition der Bauzone («zone à bâtir») gemäss Art. 15 RPG voraussetze. Der Entscheid der Vorinstanz verletze ferner Art. 35 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 sowie Art. 36 Abs. 3 RPG (E. 3). In seinen Ausführungen zum Rechtlichen setzt sich das Bundesgericht insbesondere mit Art. 36 Abs. 3 RPG vertieft auseinander. Nach dieser Bestimmung gilt das «weitgehend überbaute Gebiet als vorläufige Bauzone», solange «keine Bauzonen bestehen und das kantonale Recht nichts anderes vorsieht». In casu war der Plan aus dem Jahr 1961 nicht Gegenstand einer Anpassung an die Anforderungen des Raumplanungsgesetzes mit der Folge, dass keine Vermutung besteht, dass dieser Plan den Anforderungen des RPG genügt, insbesondere was die Definition von «Bauzonen» («zones à bâtir») betrifft. Vor diesem Hintergrund ist ein Rückgriff auf die in Art. 36 Abs. 3 RPG statuierte Übergangsregelung angezeigt, wonach nur die weitgehend überbauten Gebiete als vorläufige Bauzonen qualifiziert werden (E. 4.4). Sodann ist zu klären, ob die streitgegenständliche Parzelle als «weitgehend überbautes Gebiet» aufzufassen ist. Diese Lösung drängt sich auf, zumal eine Koordinierung zwischen bäuerlichem Bodenrecht und Raumplanungsrecht gewollt und notwendig ist (E. 4.5). Das Bundesgericht weist darauf hin, dass der Begriff «weitgehend überbautes Gebiet» weit aufzufassen und nicht auf jegliche Gruppen von Bauten anzuwenden ist. Voraussetzung für die Anwendung dieses Begriffes ist vielmehr, dass ein bebautes Gebiet («milieu bâti») vorliegt, welches die Charakteristiken einer Agglomeration mit den gewöhnlichen Infrastrukturen («une agglomération, avec les infrastructures habituelles»), also eine Siedlungsstruktur, aufweist. Die zu berücksichtigenden Kriterien sind dabei die Folgenden: die kompakte Bauweise («le caractère compact de l'ensemble»), die Anlagen («les équipements»), die Verbindungen mit den anderen Bauzonen («les liaisons avec les autres zones à bâtir») oder die öffentliche Infrastruktur («l'infrastructure publique»; E. 4.5.1). Gestützt darauf geht es darum zu bestimmen, ob die streitgegenständliche Parzelle als Teil des «weitgehend überbauten Gebiets» gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 36 Abs. 3 RPG aufzufassen ist. Eine Würdigung ist unter Einbezug der örtlichen Gegebenheiten vorzunehmen, weshalb die Sache an die Bodenrechtskommission zurückzuweisen ist. Das Bundesgericht weist in seiner Begründung noch darauf hin, dass, falls die Bodenrechtskommission zum Schluss kommt, dass die streitgegenständliche Parzelle nicht als Teil des weitgehend überbauten Gebiets gemäss Art. 36 Abs. 3 RPG zu qualifizieren ist, die Parzelle ausserhalb der Bauzone gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a BGBB gelegen ist und somit in den Anwendungsbereich des BGBB fällt, wobei diese Qualifizierung nach dem Wortlaut von Art. 36 Abs. 3 RPG nur provisorisch ist, und somit auch kein Präjudiz im Rahmen der definitiven Qua-

lifizierung dieses Perimeters im Hinblick auf die hängige Revision des Zonenplans aus dem Jahr 1961 darstellt. Vor diesem Hintergrund heisst das Bundesgericht die Beschwerde hinsichtlich einer Verletzung in Bezug auf das Raumplanungsgesetz gut (E. 4.5.2). Schlussendlich bleibt auch kein Zweifel, dass sich die Liegenschaft für eine landwirtschaftliche Nutzung eignet, zumal sie vollständig mit Rebstöcken bepflanzt ist. Sie fällt deshalb in den materiellen Anwendungsbereich des BGBB (E. 4.6). Falls also die Bodenrechtskommission zum Schluss kommt, dass die Liegenschaft nicht Teil des «weitgehend überbauten Gebiets» gemäss Art. 36 Abs. 3 RPG ist, so wäre die Liegenschaft gestützt auf Art. 2 Abs. 1 BGBB dem bürgerlichen Bodenrecht zu unterstellen (E. 4.7).

## **b. Landwirtschaftliche Pacht sowie Unterstellung von Parzellen unter das BGBB**

[79] Im französischsprachigen *Urteil 2C\_1034/2019, 2C\_1035/2019 vom 8. Juli 2020* muss das Bundesgericht die Frage klären, ob die streitgegenständlichen landwirtschaftlichen Grundstücke ein landwirtschaftliches Gewerbe darstellen oder nicht. Das Bundesgericht geht bei seiner Prüfung systematisch vor und kommt dabei zum Schluss, dass vorliegend von einem landwirtschaftlichen Gewerbe im Sinne des BGBB auszugehen ist. Die Beschwerde wird gutgeheissen und das Urteil der Vorinstanz aufgehoben.

[80] *Zum Sachverhalt:* Die Parteien schlossen 2006 einen landwirtschaftlichen Pachtvertrag betreffend die in der Gemeinde F. im Kanton Genf gelegenen Parzellen 1 (8'321m<sup>2</sup>) und 2 (10'028 m<sup>2</sup>) sowie der in der Gemeinde G. gelegenen Parzellen 3, 4 (55'188 m<sup>2</sup>) und 5 (102'537 m<sup>2</sup>) ab. Die Parzellen 1, 2, 4 und 5 sind mit Weinreben bepflanzt. Auf der Parzelle 3 befinden sich Unterkünfte sowie Lagerhallen. 2013 stellte einer der Pächter bei der zuständigen Behörde ein Gesuch um Bemessung des landwirtschaftlichen Pachtzinses. Insbesondere ging es darum festzustellen, ob die landwirtschaftlichen Grundstücke als landwirtschaftliches Gewerbe zu qualifizieren sind, da nur bei Vorliegen eines landwirtschaftlichen Gewerbes eine Pachtbewilligung notwendig ist. Die «Commission d'affermage» entschied im Jahr 2018, dass alle Parzellen ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne des bürgerlichen Bodenrechts darstellten und die Pacht somit bewilligt werden müsste. Das Weingut generiere 4'933 SAK-Einheiten. 2019 entschied die «Cour de justice» auf das von Verpächterseite erhobene Rechtsmittel hin, dass die Parzellen kein landwirtschaftliches Gewerbe bildeten, sondern nur landwirtschaftliche Grundstücke darstellten. Das «Office fédéral de la justice» gelangte mit Beschwerde ans Bundesgericht und forderte zusammengefasst im Hauptstandpunkt, dass der Entscheid der «Cour de Justice» aufzuheben und festzustellen sei, dass die Grundstücke ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne des BGBB darstellten.

[81] *Zu den Erwägungen:* Der Streit drehe sich um die Qualifizierung der fünf Parzellen und insbesondere um die Frage, ob diese ein *landwirtschaftliches Gewerbe* darstellten, was zur Folge hätte, dass die damit verbundene Pacht der Zustimmung der entsprechenden Stelle bedürfte (E. 3). Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die landwirtschaftliche Pacht (LPG) gilt dieses Gesetz für die Pacht von landwirtschaftlichen Gewerben im Sinne der Artikel 5 und 7 Absätze 1, 2, 3 und 5 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über das bürgerliche Bodenrecht (BGBB). Art. 7 BGBB enthält in dessen Abs. 1 eine Definition des landwirtschaftlichen Gewerbes: «Als landwirtschaftliches Gewerbe gilt eine Gesamtheit von landwirtschaftlichen Grundstücken, Bauten und Anlagen, die als Grundlage der landwirtschaftlichen Produktion dient und zu deren Bewirtschaftung, wenn sie landesüblich ist, mindestens eine Standardarbeitskraft nötig ist.» Art. 5

lit. a BGBB hält fest, dass die Kantone landwirtschaftliche Betriebe, welche die Voraussetzungen nach Artikel 7 hinsichtlich der Standardarbeitskräfte nicht erfüllen, den Bestimmungen über die landwirtschaftlichen Gewerbe unterstellen können; die minimale Betriebsgröße ist dabei in einem Bruchteil einer Standardarbeitskraft festzulegen und darf 0,6 Standardarbeitskräfte nicht unterschreiten. Das kantonale Einführungsgesetz zum BGBB des Kantons Genf hält in dessen Art. 3A fest, dass die landwirtschaftlichen Gewerbe, die 0,6 Standardarbeitskräfte entsprechen oder überschreiten, den Vorschriften der landwirtschaftlichen Gewerbe unterstehen (E. 4). Damit ein landwirtschaftliches Gewerbe als solches anerkannt werden könne, brauche es u.a. Gebäude und landwirtschaftliche Einrichtungen, die eine Einheit bilden. Zudem müssen diese Einrichtungen einer landwirtschaftlichen Produktion dienen, wobei deren Bewirtschaftung im Kanton Genf mindestens 0,6 Standardarbeitskräfte erfordere (E. 4.2). Unumstritten vor Bundesgericht war die Tatsache, dass sich die Grundstücke zu einem landwirtschaftlichen Gebrauch eigneten. Die Voraussetzungen in Bezug auf die Standardarbeitskräfte waren auch gegeben (E. 4.3). Umstritten war hingegen, ob die Voraussetzungen in Bezug auf die landwirtschaftlichen Gebäude und Einrichtungen, die eine Einheit bilden, gegeben waren (E. 4.4.1). Diese Voraussetzungen prüft das Bundesgericht eingehend (E. 4.4.2 f.) und kommt zum Schluss, dass die streitgegenständlichen Grundstücke ein landwirtschaftliches Gewerbe i.S. von Art. 7 BGBB darstellen (E. 4.5).

---

Prof. Dr. iur. **BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER**, LL.M., Rechtsanwältin in Basel, ordentliche Professorin für schweizerisches und internationales Privatrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Luzern.

**PHILIPP EBERHARD**, MLaw, Rechtsanwalt, Notar-Stv. des Bezirkes March, Notariat und Grundbuchamt Lachen SZ, Doktorand am Lehrstuhl für schweizerisches und internationales Privatrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. Dr. iur. Barbara Graham-Siegenthaler an der Universität Luzern.

Dieser Beitrag stützt sich auf den gleichnamigen Vortrag, welcher im Rahmen der Express-Fortbildung für Anwältinnen und Anwälte am 30. Juni 2021 organisiert durch die «Weiterbildung Recht» an der Universität Luzern als Podcast in zwei Teilen aufgeschaltet wurde, wobei in der nun vorliegenden Fassung noch gewisse zusätzliche Bundesgerichtsentscheide berücksichtigt werden konnten.