

Barbara Graham-Siegenthaler / Philipp Eberhard

Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sachenrecht 2021/2022

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 2021/2022, in: Jusletter 22. August 2022

Inhaltsübersicht

1. Eigentum allgemein (Art. 641 ff. ZGB)
 - a. Aufhebung von Miteigentum mittels Realteilung (Art. 651 Abs. 2 und 3 ZGB)
 - b. Aufteilung von Miteigentum unter Ehegatten im Scheidungsfall (Art. 650 ZGB)
2. Inhalt und Beschränkungen des Grundeigentums (Art. 667 ff. ZGB)
 - a. Notwendigkeit eines Notwegrechts gemäss Art. 694 ZGB
 - b. Bestimmung des Vorkaufspreises eines selbständigen und dauernden Baurechts (Art. 681 ZGB)
 - c. Eintragung eines Überbau- und Näherbaurechts (Art. 674, 680 Abs. 3, 685 Abs. 2 und 730 ZGB)
 - d. Leitung von Regenwasser von einem höheren zum tieferen Nachbargrundstück
3. Stockwerkeigentum (Art. 712a ff. ZGB)
 - a. Eigenmächtige Vornahme nicht-dringlicher Verwaltungshandlungen im Stockwerkeigentum
 - b. Abberufung des Verwalters im Stockwerkeigentum
 - c. Aufhebung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümergemeinschaft
 - d. Beschlüsse der Gemeinschaft über bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen (Art. 712g Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 647–647e ZGB)
 - e. Rückführung von Stockwerkeigentum in gewöhnliches Miteigentum
4. Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730 ff. ZGB)
 - a. Zum Verhältnis von Dienstbarkeitsvertrag und Grundbucheintrag (Art. 738 ZGB)
 - b. Gerichtliche Löschung eines Bauverbots bzw. einer Baubeschränkung gemäss Art. 736 Abs. 1 ZGB
 - c. Benutzungsrecht an Aussenparkplätzen
 - d. Inhalt und Umfang eines Fuss- und Fahrwegrechts
 - e. Baurechtszins und negative Feststellungsklage (Art. 779 ZGB)
 - f. Actio confessoria betreffend Dienstbarkeit im Miteigentum
 - g. Unterlassung hinsichtlich Bauhöhenbeschränkung
 - h. Bauverbot
 - i. Umfang und Verlauf eines Wegrechts
5. Bauhandwerkerpfandrecht
 - a. Fristbeginn nach Art. 839 Abs. 2 ZGB bei vorzeitigem Bauabbruch (Art. 839 Abs. 2 ZGB)
 - b. Provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 839 i.V.m. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)
6. Grundbuchrecht (Art. 942 ff. ZGB)
 - a. Grundbuchberichtigungsklage infolge Ausweitung einer Wegrechtsdienstbarkeit ohne Zustimmung der Belasteten
 - b. Grundbucheinsicht durch Erben (Art. 970 ZGB)
 - c. Wirkung der vor dem Arrestbefehl vorgemerkten Verfügungsbeschränkung
7. Bewilligungsgesetz (BewG)
 - a. Deutsche Stiftung als eingesetzte Erbin
8. Bäuerliches Bodenrecht (BGBB)
 - a. Zwergohreulen als «Objekte des Naturschutzes» gemäss BGBB
 - b. Voraussetzungen für Selbstbewirtschaftung am landwirtschaftlichen Gewerbe
 - c. Erwerbsbewilligungspflicht bei Vermächtnissen an landwirtschaftlichen Grundstücken
 - d. Übertragung von Aktien einer Gesellschaft mit Besitz an einem landwirtschaftlichen Gewerbe
 - e. Massgebender Zeitpunkt für die Gewerbefeststellung gemäss Art. 84 BGBB

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

a. Aufhebung von Miteigentum mittels Realteilung (Art. 651 Abs. 2 und 3 ZGB)

[1] Das Bundesgericht hatte im französischsprachigen *Urteil 5A_936/2020 vom 15. Juli 2021*¹ einen Sachverhalt zu beurteilen, der sich um die Aufhebung von Miteigentum, das an zwei Liegenschaften mit je einem Gebäude bestand, drehte. Umstritten war u.a. die konkrete gerichtliche Zuteilung der einzelnen Liegenschaft. Das Bundesgericht erblickte in der von der Vorinstanz vorgenommenen Zuteilung der Liegenschaften an die Parteien jedoch keine Ermessensüberschreitung, weswegen es die Beschwerde abwies.

[2] *Zum Sachverhalt:* Die in einer Gemeinde im Kanton Genf gelegenen zwei Liegenschaften, Nrn. 486 und 1151, stehen im Miteigentum je zur Hälfte des Beschwerdeführers und des Beschwerdegegners. Beide Liegenschaften waren mit einem Gebäude (X. bzw. Y.) bebaut. Der Beschwerdeführer kümmerte sich um die Finanzierungen. Vor dem Erwerb des Gebäudes X. schlossen die Parteien zudem einen Vertrag betreffend Verwaltung ab, mit der das Maklerbüro A. beauftragt wurde. Im Jahr 2012 brach zwischen den Parteien ein Streit betreffend Bebauung einer Nachbarsparzelle des Gebäudes Y. aus. Daraufhin verbot der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer, ohne vorgängige schriftliche Einwilligung, jegliche Rechtshandlungen vorzunehmen, Ausgaben oder sonstige Handlungen zu tätigen, welche das Miteigentum X. betrafen. Zudem entzog der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer die Vollmacht bezüglich beider Gebäude X. und Y. wie auch das bestehende Architekturmandat. Im Jahr 2013 stellte der Beschwerdeführer diverse Rechnungen aus, u.a. zwei Architekten-Honorarrechnungen im Betrag von CHF 119'230.70 und CHF 84'951.25 und ausserdem Verwaltungskosten im Betrag von CHF 106'424.40. Am 12. März 2014 liess der Beschwerdeführer dem Beschwerdegegner einen Zahlungsbefehl über CHF 106'424.40 und CHF 11'934.30 (je zzgl. Zins von 5 % seit dem 25. April 2013) zukommen, wogegen der Beschwerdegegner am 20. März 2014 Rechtsvorschlag erhob. Die definitive Rechtsöffnung bzgl. dieser Betreibung wurde anschliessend erteilt. Am 17. April 2014 wurde klageweise die körperliche Teilung der Liegenschaften Nrn. 486 und 1151 gefordert. Der Beschwerdegegner forderte die Zuteilung des Gebäudes Y. gegen Zahlung eines Ausgleichsbetrages an den Beschwerdeführer. Letzterem sollte das Eigentum am Gebäude X. zugewiesen werden. Eventualiter forderte der Beschwerdegegner die öffentliche Versteigerung der beiden Liegenschaften, subeventualiter die Versteigerung unter den beiden Miteigentümern. Der Beschwerdegegner seinerseits forderte die Abweisung der Klage, eventualiter die Naturalteilung der strittigen Liegenschaften, subeventualiter die Versteigerung unter den Miteigentümern, subsubeventualiter die öffentliche Versteigerung. Die erste Instanz ordnete mit Entscheid vom 13. November 2019 die Realteilung der Liegenschaften an, wobei dem Beschwerdegegner das Eigentum am Gebäude Y. und dem Beschwerdeführer das Eigentum am Gebäude X. zugewiesen wurde. Zudem wurde der Beschwerdegegner verpflichtet, dem Beschwerdeführer den Betrag von CHF 105'000 innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils zu zahlen. Sowohl der Beschwerdeführer als auch der Beschwerdegegner fochten dieses Urteil an. Der Beschwerdeführer gelangte schliesslich am 4. November 2020 mittels Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht. Zusammengefasst forderte er (1) die Zuweisung des Gebäudes Y. an sich selber, gegen Bezahlung des Ausgleichsbe-

¹ Siehe auch PHILIPP EBERHARD, Aufhebung von Miteigentum mittels Realteilung, in: dRSK, publiziert am 16. Dezember 2021.

trages von CHF 105'000 an den Beschwerdegegner; (2) die Zuweisung des Gebäudes X. an den Beschwerdegegner gegen Bezahlung verschiedener Beträge.

[3] *Zu den Erwägungen:* Das Bundesgericht hielt einleitend fest, der Beschwerdeführer habe eine Verletzung von Art. 651 Abs. 2 und Art. 4 ZGB gerügt (E. 3). Die Vorinstanz hätte darauf hingewiesen, dass die Parteien die Art der Teilung, d.h. die Naturalteilung der beiden Gebäude, nicht moniert hätten, sondern nur die Zuweisung der einzelnen Gebäude an die Parteien. Der Beschwerdeführer hätte dafürgehalten, dass das Gebäude Y. ihm zuzuteilen sei, da er dazu die stärkere Bindung («*dès lors qu'il y était plus étroitement lié*») hätte (E. 3.2). Das Bundesgericht hielt fest, dass der Richter im Rahmen der Teilung von Miteigentum dem Einzelfall, den persönlichen Umständen, Bedürfnissen und Wünschen der Miteigentümer Rechnung zu tragen habe. Falls die Realteilung und die öffentliche Versteigerung ähnliche Folgen für die involvierten Miteigentümer hätten, könne die Realteilung richterlich nur dann angeordnet werden, wenn sie in materieller Hinsicht sinnvoll und vernünftig durchzuführen sei und jedem Miteigentümer seinen Anteil zuweise (E. 3.3.1). Sodann betonte das Bundesgericht, dass die Parteien vorinstanzlich übereinstimmende Anträge auf Realteilung der strittigen Liegenschaften gestellt hätten. Die Vorinstanz sei somit durch diese übereinstimmenden Anträge gebunden gewesen, und zwar aufgrund des Geltungsbereichs der Dispositionsmaxime gemäss Art. 58 ZPO (E. 3.4.1). Indem sich der Beschwerdeführer selbst für eine körperliche Teilung der Sachen ausgesprochen hätte, hätte er auch eine für ihn unbefriedigende Zuteilung («*attribution insatisfaisante*») in Kauf genommen, welche im Übrigen dem von den Parteien gewählten Teilungsmodus innewohne. Zudem sei das Zuteilungskriterium der Vorinstanz, d.h. die Bindung der Parteien zu den einzelnen Gebäuden («*lien unissant les parties aux immeubles*»), durch den Beschwerdeführer nicht infrage gestellt worden (E. 3.4.2).

[4] *Kommentar:* Im Rahmen der Aufhebung von Miteigentum obliegt es dem zuständigen Teilungsgericht, zwei sich im Miteigentum befindliche Sachen mittels *Realteilung* zwei Miteigentümern zuzuteilen, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind bzw. die Parteien diesbezüglich übereinstimmende Anträge stellen.² Handelt es sich, wie im vorliegenden Fall, um zwei Liegenschaften, die wertemässig in etwa gleich zu qualifizieren sind, gilt es, ein Kriterium anzuwenden, welches eine Zuteilung ermöglicht. Vorliegend wandte die Vorinstanz das *Kriterium der «engeren Bindung»* an und untersuchte, welche Partei mit welcher Liegenschaft eine «engere Bindung» hatte.³ Diese Prüfung mündete im vorliegenden Fall jedoch in der Erkenntnis, dass beide Parteien mit beiden Liegenschaften identische Bindungen hatten, und dass somit auf andere, *dem Einzelfall innewohnende Kriterien* zurückgegriffen werden musste.⁴ Diesem Umstand hat die forensisch tätige Rechtsanwältin bzw. der forensisch tätige Rechtsanwalt im Einzelfall entsprechend Rechnung zu tragen.

² Dazu ausführlich PHILIPP EBERHARD, Aufhebung von Miteigentum mittels Realteilung, in: dRSK, publiziert am 16. Dezember 2021, Rz. 27 f.

³ Vgl. dazu PHILIPP EBERHARD, Aufhebung von Miteigentum mittels Realteilung, in: dRSK, publiziert am 16. Dezember 2021, Rz. 28.

⁴ Siehe PHILIPP EBERHARD, Aufhebung von Miteigentum mittels Realteilung, in: dRSK, publiziert am 16. Dezember 2021, Rz. 32.

b. Aufteilung von Miteigentum unter Ehegatten im Scheidungsfall (Art. 650 ZGB)

[5] Die diesem italienischsprachigen *Urteil 5A_739/2021 vom 25. Januar 2022* zugrundeliegende Streitfrage bezog sich auf die Aufteilung von Miteigentum gemäss Art. 650 ZGB unter Ehegatten im Scheidungsfall. Die Problematik bot dem Bundesgericht Gelegenheit, sich zu den im Miteigentumsrecht geltenden Aufhebungsregeln zu äussern und diese auf eine konkrete Sachlage anzuwenden. Dabei stellten sich insbesondere Fragen betreffend die finanzielle Tragbarkeit des Übernehmer-Miteigentümers. Das Bundesgericht wies die Beschwerde der Ehefrau ab.

[6] *Zum Sachverhalt:* Die seit 1993 verheirateten Ehegatten verfügten über eine im Kanton Tessin gelegene und im hälftigen Miteigentum der Ehegatten befindliche Familienwohnung. Die Scheidungsklage erfolgte im September 2006. Im Dezember 2007 unterzeichneten die Ehegatten eine Scheidungskonvention, wonach die Wohnung der Ehefrau zur alleinigen Nutzung und zum alleinigen Eigentum überlassen werde. Der Ehemann widerrief im Februar 2008 jedoch seine Zustimmung. Im Laufe des Verfahrens ordnete das zuständige erstinstanzliche Gericht verschiedene vorsorgliche Massnahmen an, darunter die Zuweisung der Familienwohnung an die Ehefrau. Das Gericht entscheid mit Urteil vom 17. Dezember 2019, dass das Miteigentum an der Familienwohnung aufzulösen und die Sache öffentlich zu versteigern sei. Mit der von der Ehefrau erhobenen Berufung beantragte diese zusammengefasst, dass das erstinstanzliche Urteil dahingehend abzuändern sei, dass das Miteigentum «durch vertragliche Teilung» aufgelöst und der Anteil des Ehemannes konventionsgemäss unentgeltlich übertragen bzw. ihr der Anteil entschädigungslos zugewiesen werde. Daraufhin schenkte der Ehemann im laufenden Prozess seinen Miteigentumsanteil seinem Sohn, der im gegenseitigen Einverständnis mit dem Vater das Verfahren übernahm. Die Berufung der Ehefrau wurde abgewiesen. Diese gelangte ans Bundesgericht und beantragte zusammengefasst erneut die vorinstanzlich gestellten Begehren.

[7] *Zu den Erwägungen:* Umstritten vor Bundesgericht war die Aufteilung der ehemaligen Familienwohnung unter den Parteien. Das Bundesgericht hielt fest, dass wenn eine Liegenschaft im Miteigentum von Ehegatten stehe, das Gericht diese gegen Entschädigung des anderen Ehegatten ungeteilt *demjenigen Ehegatten zuweisen könne, der ein überwiegendes Interesse nachweise*. Das Gericht spreche einem der Ehegatten das Eigentum nur gegen volle Entschädigung des anderen Ehegatten zu, wobei sich die Entschädigung nach dem Verkehrswert der Liegenschaft bemesse (E. 2.). Die Vorinstanz hätte festgestellt, dass zwischen den Parteien keine Vereinbarung getroffen worden sei. So hätten sich beide Ehegatten faktisch von ihrer Scheidungsvereinbarung aus dem Jahr 2007 distanziert, womit auch *keine genehmigungsfähige Vereinbarung* vorgelegen hätte. Die Vorinstanz hätte zudem festgestellt, dass der Ehemann eine mögliche Zustimmung zu der Vereinbarung nur angedeutet und seine Zustimmung vor Ablauf der damals geltenden zweimonatigen Bedenkzeit zurückgezogen hätte (E. 3.1.). Weil die Vorinstanz *keine Einigung über die Teilung zwischen den Miteigentümern* festgestellt hätte, hätte es die Anwendung von Art. 205 Abs. 2 ZGB geprüft. Aufgrund der Tatsache, dass die Ehefrau seit mehr als 17 Jahren in der streitgegenständlichen Wohnung gewohnt und eine Hypothekarschuld von CHF 2 Mio. übernommen hätte, hätte sie möglicherweise ein *überwiegendes Interesse* an der Zuweisung der Familienwohnung gehabt. Dies hätte sie jedoch nicht von der *Leistung der vollen Entschädigung* des anderen Miteigentümers befreit. Nach Ansicht der Vorinstanz hätte die Beschwerdeführerin jedoch *nicht über ausreichende finanzielle Mittel* verfügt, um den Ehemann entsprechend zu entschädigen. Deshalb hätte die Vorinstanz darauf verzichtet, die Entschädigung zu beziffern. Nachdem die Vorinstanz die Anwendung von Art. 205 Abs. 2 ZGB ausgeschlossen hätte, hätte es die in Art. 651 Abs. 2 ZGB

vorgesehene Möglichkeit der Versteigerung unter den Miteigentümern und eine Naturalteilung ausgeschlossen und sich der Ansicht der Erstinstanz angeschlossen, wonach in diesem Fall *nur eine öffentliche Versteigerung* infrage komme (E. 4.1.).

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

a. Notwendigkeit eines Notwegrechts gemäss Art. 694 ZGB

[8] Im französischsprachigen *Urteil 5A_345/2021 vom 14. September 2021*⁵ hatte das Bundesgericht sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Verhinderung des Zugangs von einzelnen Gebäuden zu einer öffentlichen Strasse eine «Wegnot» i.S.v. Art. 649 ZGB begründe. In diesem Zusammenhang setzte es sich mit den Voraussetzungen einer fehlenden bzw. ungenügenden Verbindung zu einer öffentlichen Strasse und der Notwendigkeit eines Wegrechts auseinander und beleuchtete die Problematik, inwiefern eine bereits vorhandene Zufahrt eine genügende Wegverbindung i.S.v. Art. 694 ZGB für einzelne Gebäude eines bebauten Grundstücks darstellt. Das Bundesgericht trat auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht ein und wies die Beschwerde in Zivilsachen ab.

[9] *Zum Sachverhalt:* Mittels Parzellierung wurde im Jahr 2009 die in einer Gemeinde im Kanton Waadt gelegene Liegenschaft Nr. 355 in zwei Liegenschaften (Nrn. 355 und 636) aufgeteilt. A. ist Eigentümer der Parzelle Nr. 355. Seit dem 27. April 2020 ist die Stiftung B. alleinige Eigentümerin der an die Liegenschaft Nr. 355 angrenzenden Nachbarsliegenschaft Nr. 636. Das Gebiet wird im Norden von der Autobahn, im Süden von einer Landstrasse und im Westen von einer Allee begrenzt und umfasste zu diesem Zeitpunkt zwölf Grundstücke, darunter das streitbetroffene Grundstück Nr. 355. Im Kaufvertrag betreffend die Liegenschaft Nr. 636 wurde festgehalten, dass die Parteien sich verpflichten, sich unentgeltlich jene Dienstbarkeiten einzuräumen, die für die Erschliessung der auf den Liegenschaften Nrn. 355 und 636 zu errichtenden Gebäuden nützlich oder notwendig sind. In der Folge wurde ein Immobilienprojekt mit fünf Wohngebäuden und einer gemeinsamen Tiefgarage angestrebt, wobei vier Gebäude (A. bis D.) auf der Liegenschaft Nr. 636 und ein Gebäude (E.) auf der Liegenschaft Nr. 355 gebaut werden sollten. In der Baubewilligung vom 7. Oktober 2013 wurde festgehalten, dass verschiedene Dienstbarkeiten zu errichten sind (darunter Fuss-/Durchfahrts- und Wegrechte). Auf den Grundstücken Nrn. 636, 355 und 354 wurde in der Folge eine gemeinsame Tiefgarage errichtet, die den Zugang zu den fünf Wohngebäuden ermöglichen sollte. Die erste Zufahrt zur Garage besteht neben der Landstrasse, unterhalb des Gebäudes A. (und somit auf der Parzelle Nr. 636). Die zweite Zufahrt besteht auf der Seite der Allee, auf der Parzelle Nr. 354. Die Höhe dieser Garageneinfahrten beträgt 2.5 m. Von den Gebäuden hatte nur das Gebäude A. einen direkten Zugang zur öffentlichen Strasse; die Gebäude B., C. und D. jedoch nicht. Südöstlich der Parzelle Nr. 636, entlang der Landstrasse, waren Unterflurcontainer installiert. Als Umzugsfahrzeuge im September 2016 den Durchgang für die Not- und Servicefahrzeuge zwischen den Grundstücken Nrn. 354, 355 und 636 benutzen wollten, errichtete A., ohne Vorankündigung und unter Missachtung des vereinbarten Wegrechts, auf dem Durchgang, der den Zugang zur Allee ermöglicht, eine Schranke zwischen seinem Grundstück Nr. 355 und dem Grundstück Nr. 636. Die Stiftung B. forderte superprovisorisch kla-

⁵ Siehe dazu DAVIDE GIOIELLO, Notwendigkeit des Notwegrechts gemäss Art. 694 ZGB, in: dRSK, publiziert am 17. November 2021.

geweise zusammengefasst die Entfernung der Schranke. Sie forderten zudem sinngemäss, dass A. anzuweisen sei, auf seiner Parzelle Nr. 355 ein 3 m breites Wegrecht für den Fuss-, Velo- und Autoverkehr (wie Polizei-, Feuerwehr-, Ambulanz-, Wartungsfahrzeuge etc.) gemäss der auf dem Katasterplan vom 17. August 2016 grün eingefärbten Fläche zugunsten der Liegenschaft Nr. 636 ins Grundbuch eintragen zu lassen. Die Erstinstanz gab diesem Antrag statt, wogegen A. erfolglos Berufung erhab. Daraufhin gelangte A. mittels Beschwerde in Zivilsachen sowie subsidiärer Verfassungsbeschwerde ans Bundesgericht und forderte sinngemäss die Gutheissung seiner vor Vorinstanz gestellten Begehren.

[10] *Zu den Erwägungen:* Das Bundesgericht behandelte die Beschwerde in Zivilsachen und führt aus, dass sich die Beschwerdeführerin auf eine Verletzung von Art. 694 ZGB berufen könne (E. 3.). Gemäss dieser Bestimmung könne ein Eigentümer, der über keinen genügenden Zugang zu einer öffentlichen Strasse verfüge, von seinen Nachbarn verlangen, ihm gegen volle Entschädigung ein Notwegrecht einzuräumen. Das Notwegrecht impliziere eine «privatrechtliche Enteignung» («*expropriation privée*»), weshalb das Bundesgericht dessen Einräumung in ständiger Praxis an sehr strenge Voraussetzungen knüpfe. Eine Notwendigkeit liege nur dann vor, wenn die *bestimmungsgemäss Nutzung* oder der Betrieb des Grundstücks einen *Zugang zur öffentlichen Strasse* erfordere und *dieser ganz fehle oder stark erschwert sei* (E. 3.1.1.). Rechtsprechungsgemäss werde die bestimmungsgemäss Nutzung eines Grundstücks zum einen durch die Beschaffenheit und Lage des Grundstücks, zum anderen durch die nach dem Raumplanungsrecht durchgeführte Planung bestimmt. Das Zivilrecht sei an den Verwaltungsentscheid der zuständigen Behörde gebunden. Zwar habe die Raumplanung sicherzustellen, dass Grundstücke in einer Bauzone planmäßig ausgestattet und Notwege überflüssig seien. Allerdings komme es immer wieder vor, dass Baugrundstücke keinen genügenden Weg zur öffentlichen Strasse hätten. In solchen Fällen müsse sich der Grundstückseigentümer zunächst an die gemäss öffentlichem Recht zuständige Behörde wenden. Bleibe dieses Vorgehen erfolglos, könne er die Gewährung eines Notwegrechts verlangen (E. 3.1.1.). Der Zugang sei ausreichend, wenn er nicht nur für diejenigen gewährleistet sei, die vom Bauvorhaben profitierten, sondern auch für Fahrzeuge des öffentlichen Dienstes (E. 3.1.1.). Weiter entstehe das Notwegrecht nur gegen eine *volle Entschädigung*, die den Eigentümer für den Schaden entschädige, den der Belastete unter Hinweis auf die in Enteignungsfällen geltenden Grundsätze erlitten habe (E. 3.1.2.). Die Vorinstanz hätte festgestellt, dass die Gemeinde selbst (indem sie den Beginn der Bauarbeiten von der Einräumung verschiedener Dienstbarkeiten abhängig gemacht hätte) *die Schaffung privatrechtlicher Dienstbarkeiten vorgesehen hätte, um einen ausreichenden Zugang zum öffentlichen Raum zu gewährleisten*. Wesentlich für die Bejahung der Wegnot sei folgender Punkt gewesen: Im Gegensatz zum Gebäude A., das über einen direkten externen Zugang zur Landstrasse verfügt hätte, sei *der Zugang zu den Gebäuden B., C., und D. nur über die Tiefgarage möglich, die jedoch zu niedrig sei, um die Durchfahrt von gewissen Fahrzeugen (insbesondere von Fahrzeugen des öffentlichen Dienstes) zu ermöglichen*. Folglich sei der Zugang zur öffentlichen Strasse für das gesamte Grundstück unzureichend, obwohl er entsprechend den Vorgaben des Bebauungsplans und der Baugenehmigung angelegt worden sei. Die erwähnten Fahrzeuge hätten so vor dem Gebäude A. (bei der Zufahrtsrampe neben der Landstrasse, die mehrere Dutzend Meter vom Gebäude entfernt gewesen wäre) anhalten müssen (E. 3.2.).

[11] *Kommentar:* Ein Anspruch auf Einräumung eines Wegrechts besteht nur im Falle einer *Wegnot*, wobei diese gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann besteht, wenn *einem Grundstückseigentümer die zur bestimmungsgemässen Benutzung seines Grundstücks erforderliche Verbindung zur öffentlichen Strasse gänzlich fehlt oder sich als ungenügend erweist*. «*Öffentlich*» i.S.v. Art. 694 ZGB

ist jede Strasse, die gemäss öffentlichem Recht oder gestützt auf eine privatrechtliche Grundlage von jedermann in einem den Bedürfnissen des zu berechtigenden Grundstücks entsprechendem Umfang benutzt werden kann.⁶ Der Notweganspruch setzt voraus, dass das Grundstück als solches und als Ganzes keinen genügenden Weg auf die öffentliche Strasse aufweist. Des Weiteren muss die Zufahrt nicht bloss für die Nutzer des Grundstücks, sondern auch für die Fahrzeuge des öffentlichen Dienstes möglich sein, wobei es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt, wenn eine Zufahrtsstrasse hinreichend nahe an die Gebäude und Anlagen heranführt. Die Zufahrt muss nicht bis zum Grundstück oder zu jedem einzelnen Gebäude reichen. Es genügt, wenn die Nutzer des Grundstücks mit einem Motorfahrzeug oder einem öffentlichen Verkehrsmittel in hinreichende Nähe gelangen und von dort über einen Weg zum Gebäude gelagen können.⁷ In der vorliegenden Sachlage war die Zufahrt zu den betroffenen Gebäuden nur über die Tiefgarage möglich, die jedoch mit einer Höhe von 2.5 m zu niedrig war, um die Durchfahrt (insbesondere von Fahrzeugen des öffentlichen Dienstes) zu ermöglichen. Diese Auffassung ist insbesondere mit Blick auf *Notfahrzeuge* zu begrüssen, erfordern doch beispielsweise Feuerwehrzufahrten regelmässig eine Mindesthöhe von 3.5 m.⁸ Das Bundesgericht bestätigte in diesem Entscheid zudem seine bisherige Rechtsprechung zur «*hinreichenden Nähe*». Die Tatsache, dass *in casu* die Umzugsfahrzeuge mehrere Dutzend Meter vor den betroffenen Gebäuden entfernt halten mussten, wurde als «*unzureichend*» beurteilt, mit der Folge, dass die Zufahrt zum gesamten Grundstück als «*unzureichend*» qualifiziert werden musste. Damit wurde die Rechtsprechung bestätigt, wonach nicht eine direkte Zufahrt zu jedem einzelnen Gebäude erforderlich ist. Dem Erfordernis einer «*hinreichenden Nähe*» wird dann nicht entsprochen, wenn mehrere Dutzend Meter zwischen dem Strassenende bzw. der Zufahrt und den Gebäuden liegen.⁹

b. Bestimmung des Vorkaufspreises eines selbständigen und dauernden Baurechts (Art. 681 ZGB)

[12] Gegenstand des *Urteils 5A_782/2020 vom 23. August 2021*¹⁰ war die Bestimmung des Vorkaufspreises eines selbständigen und dauernden Baurechts. Das Bundesgericht hielt fest, dass auch *nicht öffentlich beurkundete Nebenabreden* des Vertrags für den Vorkaufberechtigten massgeblich sind und bejahte im Hinblick auf den Vertrauensgrundsatz eine objektive Auslegung des Grundstückkaufvertrages, wenn der wirkliche Wille der Vertragsparteien dem Vorkaufberechtigten nicht bekannt ist. Das Bundesgericht wies die Beschwerde der Baurechtsnehmer ab.

[13] *Zum Sachverhalt:* Die Genossame U. (Beschwerdegegnerin) ist Eigentümerin des Grundstücks GB xxx einer im Kanton Schwyz gelegenen Gemeinde. Sie errichtete auf einer Teilfläche des Grundstücks ein selbständiges und dauerndes Baurecht, das als Grundstück GB yyy im Grund-

⁶ Dazu DAVIDE GIOIELLO, Notwendigkeit des Notwegrechts gemäss Art. 694 ZGB, in: dRSK, publiziert am 17. November 2021, Rz. 19 m.w.H.

⁷ Vgl. DAVIDE GIOIELLO, Notwendigkeit des Notwegrechts gemäss Art. 694 ZGB, in: dRSK, publiziert am 17. November 2021, Rz. 20 m.w.H. auf die einschlägige Judikatur.

⁸ Siehe DAVIDE GIOIELLO, Notwendigkeit des Notwegrechts gemäss Art. 694 ZGB, in: dRSK, publiziert am 17. November 2021, Rz. 21 m.w.H.

⁹ DAVIDE GIOIELLO, Notwendigkeit des Notwegrechts gemäss Art. 694 ZGB, in: dRSK, publiziert am 17. November 2021, Rz. 22.

¹⁰ Dazu SARINA BRUN, Bestimmung des Vorkaufspreises im Baurechtverhältnis, in: dRSK, publiziert am 24. November 2021.

buch aufgenommen wurde. Darauf wurde eine Überbauung mit einem Einfamilienhaus errichtet. Die beschwerdeführenden A.A. und B.A. sind Baurechtsnehmer. Sie vermieteten das im Baurecht errichtete Gebäude mit Umschwung an den Mieter C. und räumten diesem bis zum 30. Juni 2016 ein Kaufsrecht zum Preis von CHF 1.45 Mio. ein. Im Hinblick auf das Inventar, welches sich bei Mietantritt auf der Liegenschaft befand, schlossen sie eine separate Vereinbarung ab mit der Verpflichtung, im Falle der Ausübung des Kaufsrechts auch das Inventar für CHF 150'000 mitzuübernehmen. Am 17. Juni 2016 verkauften die Beschwerdeführer das Grundstück GB yyy zum Preis von CHF 1.45 Mio. an den Mieter C. Die Genossame U. erklärte am 8. September 2016, ihr gesetzliches Vorkaufsrecht auszuüben und das Grundstück GB yyy zum Betrag von CHF 1.45 Mio. zu erwerben. Da sich die Baurechtsnehmer A.A. und B.A. weigerten, das Eigentum am Grundstück GB yyy zu diesem Preis an die Genossame U. zu übertragen, forderte diese am 6. November 2017 klageweise zusammengefasst die Übertragung des Baurechtsgrundstücks zum vereinbarten Preis von CHF 1.45 Mio. (eventualiter zum Preis von CHF 1.6 Mio.). Die Baurechtsnehmer wurden erstinstanzlich zur Eigentumsübertragung des Grundstücks GB yyy gegen Zahlung von CHF 1.6 Mio. verpflichtet. Das Kantonsgericht Schwyz hiess die von der Genossame U. dagegen erhobene Berufung gut und setzte den zu zahlenden Kaufpreis auf CHF 1.45 Mio. fest. Die Baurechtsnehmer forderten vor Bundesgericht zusammengefasst die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils sowie die Übertragung des streitgegenständlichen Grundstücks zum Preis von CHF 1.6 Mio.

[14] *Zu den Erwägungen:* Das Bundesgericht hielt einleitend fest, die Vorinstanz hätte festgehalten, dass Kaufverträge, die ein Grundstück zum Gegenstand haben, der öffentlichen Beurkundung bedürften. Öffentlich beurkundet und damit massgeblich sei vorliegend der Kaufpreis von CHF 1.45 Mio., während nicht öffentlich beurkundete, in anderen Verträgen vereinbarte Nebenabreden zwischen den Parteien für die Vorkaufsberechtigte keine Rolle spielten, zumal ihr diese nicht mitgeteilt worden seien (E. 4.2). Dagegen, dass allein der öffentlich beurkundete Kaufpreis massgebend sei, hätten die Beschwerdeführer eingewendet, dass die Übernahme des Inventars für CHF 150'000 zusätzlich zur Zahlung des Kaufpreises von CHF 1.45 Mio. zu den Erwerbskonditionen gehört hätte, welche die Beschwerdegegnerin zufolge Ausübung ihres Vorkaufsrechts zu erfüllen hätte. Dass die Vereinbarung über das Inventar nicht öffentlich beurkundet worden sei, hätte nicht dazu geführt, dass deren Inhalt nicht zu berücksichtigen sei (E. 4.3). Die Vorinstanz hätte betont, dass nicht öffentlich beurkundete Nebenabreden des Drittvertrags, von denen der Vorkaufsberechtigte keine Kenntnis hat, für den Hauptvertrag keine Rolle spielen würden (E. 4.4.1). Nach der Rechtsprechung gäbe das Vorkaufsrecht dem Berechtigten Anspruch auf Erwerb des Kaufobjektes zu den wirklichen Bedingungen des Kaufgeschäftes. Dazu gehöre auch eine nicht öffentlich beurkundete Nebenvereinbarung. Das Bundesgericht habe diese Rechtsprechung in nicht veröffentlichten Urteilen bestätigt und zur Auslegung des Kaufvertrages festgehalten, dass die *allgemeinen Regeln* zur Vertragsauslegung gelten würden. Im Rahmen des Vertrauensgrundsatzes sei es aber gerechtfertigt, die besondere Lage des am Vertragsabschluss nicht beteiligten Vorkaufsberechtigten zu berücksichtigen und deshalb einen objektiven Massstab anzulegen, während die individuellen Umstände, die in der Person des Verkäufers oder Käufers liegen, eher in den Hintergrund zu treten hätten (E. 4.4.2). Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass *in casu* die vorkaufsberechtigte Partei *das Eigentum zu den Bedingungen, die der Verkäufer mit dem Dritten ausgehandelt habe, erwerben würde* (E. 4.4.3). Die Parteien hätten statt des wirklich gewollten Kaufpreises von CHF 1.6 Mio. (Grundstück mit Inventar) den Kaufpreis von CHF 1.45 Mio. (Grundstück ohne Inventar) öffentlich beurkunden lassen und damit den Kaufvertrag formun-

gültig geschlossen. Gemäss den erstinstanzlichen Erwägungen hätte es sich dabei um ein *Scheingeschäft* gehandelt (E. 4.5.2). Aufgrund von *Rechtsmissbrauch* könnten sich die Beschwerdeführende jedoch *nicht auf den Formmangel berufen*, weshalb der Vorkaufsfall denn auch eingetreten sei (E. 4.5.3). Das Bundesgericht bestätigte die kantonsgerichtliche Erwägung, wonach das Inventar ein eigener Gegenstand eines Kaufvertrages sein könne und infolgedessen nicht zwingend mit dem Grundstück (bzw. unabhängig von diesem) verkauft werden müsse (E. 4.6.2). Allein aus dem Kaufvertrag, ohne Berücksichtigung der sich ausserhalb der Urkunde befindlichen Beweismittel, lasse sich der von den Vertragsparteien wirklich gewollte Kaufpreis weder ermitteln noch bestimmen. Aufgrund der konkreten Vertragsgestaltung, wonach der Mieter das Grundstück und das Inventar in getrennten Vereinbarungen erwerbe, dürfe aus objektiver Sicht angenommen werden, es handle sich um eine auf die Mietperson individuell bezogene und damit personengebundene Regelung. Die vorkaufsberechtigte Genossame U. habe deshalb weder das Inventar zu übernehmen, noch dessen Wert zusätzlich zum Kaufpreis von CHF 1.45 Mio. zu bezahlen (E. 4.6.3).

[15] *Kommentar*: Nach der Rechtsprechung hat ein Vorkaufsberechtigter im Vorkaufsfall das Recht, das Kaufobjekt zu den wirklichen Bedingungen des Kaufgeschäfts zu erwerben. Gemäss einer älteren Rechtsprechung fallen darunter auch *nicht öffentlich beurkundete Nebenvereinbarungen* (BGE 82 II 576, E. 2). Um den Kaufpreis zu bestimmen, ist der Grundstückskaufvertrag auszulegen.¹¹ Die Lehrmeinungen sind geteilt in der Beurteilung der Frage, ob nicht öffentlich beurkundete Nebenabreden relevant sind und dem Vorkaufsberechtigten angelastet werden können.¹² Das Bundesgericht stellt nun in seinen Erwägungen fest, dass an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten sei und ein Vorkaufsberechtigter die Kaufsache zu den wirklichen Bedingungen des Kaufgeschäfts (wozu auch eine nicht öffentlich beurkundete Nebenvereinbarung gehört) erwirbt.¹³ Bundesgerichtsgemäss sind nicht öffentlich beurkundete Nebenabreden (*in casu*: die Übernahme des Inventars) grundsätzlich relevant für den Vorkaufsberechtigten. Dies jedoch unter der Voraussetzung, dass der Vorkaufsberechtigte von dieser Nebenvereinbarung Kenntnis gehabt hat oder diese aus dem Grundstückkaufvertrag ersichtlich gewesen ist.¹⁴

c. Eintragung eines Überbau- und Näherbaurechts (Art. 674, 680 Abs. 3, 685 Abs. 2 und 730 ZGB)

[16] Im französischsprachigen *Urteil 5A_838/2020 vom 15. November* hatte das Bundesgericht sich insbesondere mit der Frage auseinanderzusetzen, inwiefern mit einem Näherbaurecht vom kantonalen öffentlichen und privaten Baurecht abgewichen werden kann. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

[17] *Zum Sachverhalt*: B. war Eigentümer der in einer Gemeinde im Kanton Waadt gelegenen Liegenschaft Nr. 8249, auf welcher sich eine Villa mit angrenzendem Wintergarten befand. Der beschwerdeführende A. war Eigentümer der angrenzenden Liegenschaft Nr. 8251. Anfang 2013

¹¹ Vgl. SARINA BRUN, Bestimmung des Vorkaufspreises im Baurechtverhältnis, in: dRSK, publiziert am 24. November 2021, Rz. 13.

¹² Siehe ausführlich SARINA BRUN, Bestimmung des Vorkaufspreises im Baurechtverhältnis, in: dRSK, publiziert am 24. November 2021, Rz. 14 ff.

¹³ SARINA BRUN, Bestimmung des Vorkaufspreises im Baurechtverhältnis, in: dRSK, publiziert am 24. November 2021, Rz. 17.

¹⁴ Dazu SARINA BRUN, Bestimmung des Vorkaufspreises im Baurechtverhältnis, in: dRSK, publiziert am 24. November 2021, Rz. 18.

entschied sich A., auf seiner Parzelle ein Einfamilienhaus zu errichten, und B. wollte seinen Wintergarten erweitern lassen. Die Nachbarn koordinierten ihre Projekte, da die von B. geplante Erweiterung des Wintergartens an die nördliche Ecke des Grundstücks von A. angrenzte, während der von A. geplante Carport auf das Grundstück von B. überragte. Die Pläne wichen von den einschlägigen Bestimmungen über die Mindestabstände ab. Gemäss Baubewilligung war für das Projekt von A. aber weder eine diesbezügliche Ausnahmegenehmigung erforderlich, noch verlangte die Gemeinde die grundbuchliche Eintragung der Unterschreitung der Mindestabstände. Nach der Realisation des Projektes von A. vereinbarten die Nachbarn in einem öffentlich beurkundeten Dienstbarkeitsvertrag ein Überbaurecht und ein Näherbaurecht zugunsten der Liegenschaft von A. und zu Lasten der Liegenschaft von B., ferner zwei Näherbaurechte zugunsten der Liegenschaft von B. Das zuständige Grundbuchamt wies die Anmeldungen zur Eintragung der Dienstbarkeiten jedoch ab. Das Kantonsgericht Waadt bestätigte die Abweisung der Eintragungen. A. gelangte darauf ans Bundesgericht und forderte sinngemäss den grundbuchlichen Eintrag der beurkundeten Dienstbarkeitsverträge.

[18] *Zu den Erwägungen:* Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass die Eintragung des Überbaurechts nach Art. 674 ZGB zulässig sei (E. 3.1). Hinsichtlich des Näherbaurechts sei jedoch von der Vorinstanz vertreten worden, dass mit solchen Dienstbarkeiten nur von kantonalen privatrechtlichen Regelungen, aber nicht von öffentlich-rechtlichen Beschränkungen des Grundeigentums, abgewichen werden dürfe. Da die Mindestabstände im öffentlich-rechtlichen kommunalen Raumplanungs- und Baureglement geregelt seien, könnten die Näherbaurechte nicht eingetragen werden. Gestützt auf Art. 47 Abs. 4 GBV habe das Kantonsgericht deshalb das gesamte Gesuch abgewiesen (E. 3.2). Die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen könnten grundsätzlich vertraglich nicht geändert werden (E. 4.2.1.2). Ob die kantonale Bauordnung dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht zuzuordnen sei, regle das kantonale Recht (E. 4.2.1.3). Da der Beschwerdeführer die von der Vorinstanz vorgenommene Qualifizierung nicht bestritten hätte, bestätigte das Bundesgericht die vorinstanzliche Ansicht, wonach vorliegend *kein Näherbaurecht im Grundbuch eingetragen* werden könne (E. 4.2.2). Da in der Baubewilligung festgehalten worden sei, dass das Projekt keine Ausnahmegenehmigung erfordere, sei gemäss Bundesgericht erstellt, dass das Projekt den öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften entspreche, weshalb es am *erforderlichen Interesse an der Eintragung der Dienstbarkeit* fehle (E. 4.3.2.2). Zum Schluss prüfte das Bundesgericht noch, ob die Vorinstanz Art. 47 Abs. 4 GBV verletzt hätte, als es sich geweigert hätte, die Eintragung des zulässigen Überbaurechts vorzunehmen (E. 5). Der Antragsteller müsse *ausdrücklich beantragen*, dass eine *Mehrheit von Eintragungen voneinander unabhängige Anmeldungen darstellen* würden und infolgedessen als solche (unabhängig voneinander) zu behandeln seien. Vorliegend sei die Interdependenz zwischen den verschiedenen vereinbarten Dienstbarkeiten zweifelsfrei gegeben, sodass die Vorinstanz die Verweigerung der Eintragung des zuständigen Grundbuchamts zu Recht bestätigt hätte (E. 5.4).

d. Leitung von Regenwasser von einem höheren zum tieferen Nachbargrundstück

[19] Der Sachverhalt von *Urteil 5A_852/2021 vom 27. April 2022* war derart ausgestaltet, dass die Eigentümer einer Liegenschaft das Regenwasser ihrer Terrasse in die Dachrinne des am Hang unter ihr gelegenen Hauses leiteten. Die Eigentümer dieses tieferen Nachbargrundstücks waren damit nicht einverstanden. Die oberste kantonale Instanz gab den Eigentümern des tieferen

Grundstücks Recht. Das Bundesgericht hiess allerdings die Beschwerde der Eigentümer des oberen Grundstücks gut und verwies darauf, dass das Gesetz es erlaube, Wasser vom höheren zum tieferen Nachbargrundstück zu leiten, solange der Nachbar keinen Schaden erleide.

[20] *Zum Sachverhalt:* A.A. und B.A. sind Gesamteigentümer eines in einer Gemeinde im Kanton Zug gelegenen Grundstücks. C.C. sowie D.C. sind Gesamteigentümer des nördlich angrenzenden Grundstücks. In der Siedlung steht an einem nach Süden orientierten Abhang eine zweireihige uneigentliche Terrassenhaussiedlung mit insgesamt fünfzehn Wohneinheiten. Zwecks Entwässerung des Meteorwassers wird dieses auf der jeweils eigenen Terrasse gesammelt, alsdann auf dem eigenen Grundstück in eine unterirdische Leitung eingespeist und schliesslich unter den tiefer gelegenen Häusern hindurch abgeleitet. Soweit erforderlich, wird dieses Entwässerungssystem mittels zweckdienlicher Dienstbarkeitsverträge geregelt. Mit Ausnahme der Liegenschaft von C.C. sowie D.C. ist die ursprüngliche Konstruktion bis heute in Betrieb. Im Zuge einer Sanierung im Jahr 1993 verlegten die damaligen Eigentümer des Grundstücks C.C. sowie D.C. für die Hauptentwässerung ihrer Terrasse zwei 60 mm-Abflussrohre, welche in die Abflussrinne des Schrägdachs des darunterliegenden Grundstücks von A.A. und B.A. führen. Die Notentwässerung der Terrasse erfolgt ebenfalls auf das darunterliegende Schrägdach und die Notentwässerung eines Teils des Flachdachs der Beklagten, welches sich östlich ihrer Terrasse befindet, auf das darunterliegende begrünte Garagendach von A.A. und B.A. Seit der Inbetriebnahme der neuen Entwässerung ist es auf dem Grundstück von A.A. und B.A. nie zu einer Überschwemmung gekommen. Nach dem durchgeführten Schlichtungsverfahren klagten A.A. und B.A. beim Kantonsgesetz Zug erfolgreich gegen C.C. sowie D.C. und beantragten zusammengefasst, es sei diesen zu verbieten, die Entwässerung der Terrasse und des Dachs ihrer Liegenschaft über das Dach der Liegenschaft von A.A. und B.A. zu führen. Das Kantonsgesetz Zug verpflichtete C.C. sowie D.C. dazu, die Hauptentwässerungsanlage der Terrasse, innert sechs Monaten ab Rechtskraft des Entscheids, zu entfernen. C.C. sowie D.C. erhoben gegen diesen Entscheid Berufung beim Obergericht des Kantons Zug, welches die Klage von A.A. und B.A. abwies. A.A. und B.A. gelangten daraufhin hin mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht und beantragen zusammengefasst, C.C. sowie D.C. seien zu verpflichten, die Hauptentwässerungsanlage der Terrasse innert sechs Monaten ab Rechtskraft des Entscheids zu entfernen und zu verschliessen.

[21] *Zu den Erwägungen:* Das Bundesgericht hielt fest, dass das Kantonsgesetz erwogen hätte, dass, soweit ein Anwendungsfall von Art. 689 Abs. 1 ZGB vorgelegen hätte, A.A. und B.A. (als Eigentümer des tiefer gelegenen Grundstücks) die Pflicht zur Aufnahme des Regenwassers treffe, das vom oberhalb liegenden Grundstück von C.C. sowie D.C. abfliesse. Soweit Art. 689 Abs. 2 ZGB zur Anwendung gelange, hätten A.A. und B.A. nicht dargelegt, inwiefern ihnen aus dem im Jahr 1993 gebauten Entwässerungssystem ein Schaden entstanden sei. Hingegen sei das Gebot der schonenden Rechtsausübung zu beachten, welches besage, dass keinen Rechtsschutz finde, wer von mehreren in etwa gleichwertigen Möglichkeiten, die ihm zur Ausübung eines Rechts offenstünden, ohne sachlichen Grund gerade diejenige wähle, die für einen anderen besondere Nachteile mit sich bringe. Vorliegend hätten C.C. sowie D.C. im Hinblick auf die Hauptentwässerung des Meteorwassers ihrer Terrasse grundsätzlich zwei Optionen gehabt: Entweder hätten sie das ursprüngliche Entwässerungssystem verwenden oder das Wasser über das neue Entwässerungssystem ableiten können, das auf das Grundstück der Kläger geführt hätte. Es sei kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb nicht das ursprüngliche Entwässerungssystem hätte verwendet werden können. Sodann sei erstellt, dass die Beibehaltung des jetzigen Entwässerungssystems für A.A. und B.A. besondere Nachteile bringe (E. 2.1). Das Obergericht hätte festgestellt,

Thematik des Berufungsverfahrens bilde einzig die Frage des Rechtsmissbrauchs (E. 2.2.1). Mit Bezug auf die Frage des Rechtsmissbrauchs, so das Obergericht weiter, sei C.C. sowie D.C. bei-zupflichten, dass A.A. und B.A. nicht nachgewiesen hätten, inwiefern ihnen durch das aktuelle Entwässerungssystem besondere Nachteile entstanden seien. Seit dieses in Betrieb sei, sei es auf dem Grundstück von A.A. und B.A. deswegen zu *keiner Überschwemmung* gekommen. Insgesamt sei ein *rechtsmissbräuchliches Verhalten von C.C. sowie D.C. zu verneinen* (E. 2.2.2). A.A. und B.A. hätten dem Obergericht zunächst vorgeworfen, Art. 689 Abs. 2 ZGB verletzt zu haben, indem es mit Bezug auf das Kriterium «zum Schaden des Nachbarn» hätte prüfen müssen, ob eine über-mässige Immission im Sinn von Art. 684 ZGB vorgelegen hätte. Damit hätten sie sich zu einer Rechtsfrage geäussert, welche nach Auffassung des Obergerichts nicht (mehr) Streitgegenstand des Berufungsverfahrens gewesen sei. Mangels einer rechtsgenüglichen Beschwerdebegründung könne auf diese nicht eingetreten werden (E. 2.3.1). Im Kontext des Rechtsmissbrauchs hätten A.A. und B.A. eine unzulässige Umkehr der Beweislast beanstandet, indem das Obergericht ihnen vorgehalten hätte, ihren Beweis schuldig geblieben zu sein (E. 2.3.2). Wer vor Gericht gegen-über einem Dritten einen Anspruch geltend mache, habe die für den Zuspruch der beantragten Rechtsfolge (Rechtsbegehren) relevanten Tatsachen, die nach dem objektiven Recht Vorausset-zungen dafür seien, dass das beanspruchte subjektive Recht be- bzw. entsteht, zu behaupten und sogleich entsprechende Beweismittel zu bezeichnen. Die *Beweislastverteilung* hänge davon ab, ob die *materiell-rechtliche Norm* als *rechtsbegründend, rechtshindernd oder rechtsvernichtend* zu quali-fizieren sei. Derjenige, der ein *Recht geltend mache*, habe alle Tatsachen zu beweisen, die gemäss der angerufenen Norm sein subjektives Recht begründen, während derjenige, der sich auf eine *rechtshindernde oder rechtsvernichtende Norm* berufe, alle Tatsachen zu beweisen habe, die gemäss der angerufenen Norm das subjektive Recht an seiner Entstehung hindern oder zum Untergang bringen würden (E. 2.3.2.1). Vorliegend gehe es einzig um die Frage, ob C.C. sowie D.C., die vom oberhalb liegenden Grundstück Wasser auf das tiefer gelegene Grundstück abfliessen lassen, da-von *missbräuchlich* Gebrauch machen. Das *Verbot des Rechtsmissbrauchs* im Sinn von Art. 2 Abs. 2 ZGB habe in der vorliegenden Fallkonstellation *rechtsvernichtenden Charakter*. Damit hätte es den Klägern oblegen, die sich auf Rechtsmissbrauch berufen, *jene Tatsachen zu behaupten und rechts-genüglich nachzuweisen, aus welchen die Missbräuchlichkeit der Rechtsausübung abgeleitet werden müsse*. Von einer unzulässigen Umkehr der Beweislast könne keine Rede sein (E. 2.3.2.2). A.A. und B.A. hätten im bundesgerichtlichen Verfahren nicht behauptet, den *Beweis für jene Tatsachen* erbracht zu haben, aus welchen auf einen *besonderen Nachteil*, den sie zufolge der Ableitung des Meteorwassers auf das Dach ihres Gebäudes erleiden würden, geschlossen werden müsste. Sie vermögen damit die *Verneinung des Rechtsmissbrauchs* nicht als *bundesrechtswidrig* auszuweisen (E. 2.3.2.2).

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

a. Eigenmächtige Vornahme nicht-dringlicher Verwaltungshandlungen im Stockwerkeigentum

[22] Im *Urteil 5A_831/2020 vom 29. Juni 2021*¹⁵, publiziert als *BGE 147 III 553*, setzte sich das Bundesgericht mit der Frage auseinander, ob die beschwerdebeklagten Stockwerkeigentümer, welche ohne Beschlussfassung der Gemeinschaft den Vorplatz erneuerten, den Zugangsweg zum Haus verlegten und die Werkleitungen für Strom, Wasser und Gas sanierten, hinsichtlich der daraus entstandenen Kosten Rückgriff auf die anderen Gemeinschafter nehmen können. Das Bundesgericht qualifizierte die vorgenommenen baulichen Massnahmen nicht als «dringliche Massnahmen», weswegen die Sanierung nicht ohne vorgängige Beschlussfassung auf Kosten aller Stockwerkeigentümer hätte vorgenommen werden dürfen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut, hob Ziff. 3–5 des Entscheides des Obergerichtes des Kantons Schaffhausen auf und wies die Widerklage der Beschwerdegegner ab.

[23] *Zum Sachverhalt:* Die beiden Stockwerkanteile mit einer Wertquote von je 50/100 des mit einem Doppeleinfamilienhaus überbauten Grundstückes einer im Kanton Schaffhausen gelegenen Gemeinde stehen im Eigentum der Beschwerdeführerin A. und der Beschwerdegegner B.B. und C.B., wobei Letztere ihren Stockwerkanteil im hälftigen Miteigentum halten. Den Eigentümern der Stockwerkanteile ist je ein Teil des Vorplatzes zur Sondernutzung zugewiesen, und ein gemeinsam genutzter Zugangsweg führt zur Haustüre der Liegenschaft. Im Sommer 2017 erneuerten die Beschwerdegegner den ihnen zu Sondernutzungsrecht zugewiesenen Teil des Vorplatzes, wobei der gemeinsam genutzte Zugangsweg verlegt wurde und weitere bauliche Veränderungen vorgenommen wurden. Ferner wurden die unterhalb ihrer Vorplatzhälften verlegten Werkleitungen für Strom, Wasser und Gas erneuert. A. war mit diesen baulichen Massnahmen nicht einverstanden und verlangte klageweise beim Kantonsgericht Schaffhausen die Wiederherstellung des vorherigen Zustands (Rückbau der Trennmauer im gemeinschaftlichen Keller; Rückgängigmachung der Veränderung des Zugangsweges; Rückbau des Sichtschutzes im Garten und Gewährleistung des eigenen Zuganges zum Garten). B.B. und C.B. beantragten die Abweisung der Klage und forderten widerklageweise die hälftige Beteiligung an den Kosten für die Erneuerung der Werkleitungen im Betrag von CHF 8'210. Das Kantonsgericht Schaffhausen hiess die Klage weitestgehend gut und wies die Widerklage ab. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde von B.B. und C.B. wies das Obergericht des Kantons Schaffhausen die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur neuen Entscheidung an das Kantonsgericht zurück. Die Widerklage hiess es teilweise gut und verpflichtete A. zur Zahlung von CHF 6'340.50. In Bezug auf die Widerklage gelangte A. mit Beschwerde in Zivilsachen sowie subsidiärer Verfassungsbeschwerde ans Bundesgericht und verlangte im Hauptstandpunkt deren Abweisung.

[24] *Zu den Erwägungen:* Das Bundesgericht wies einleitend darauf hin, dass der vorliegende Streitwert der Widerklage über CHF 8'210 den für die Beschwerde in Zivilsachen nötigen Mindestwert zwar nicht erreiche. Wenn sich eine *Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung* stelle, sei die Beschwerde dennoch möglich. *In casu* bestehe nach Auffassung des Bundesgerichts ein allgemeines Interesse an der Klärung der Frage, ob ein Stockwerkeigentümer von einem ande-

¹⁵ Siehe dazu PHILIPP EBERHARD, Eigenmächtige Vornahme nicht dringlicher Verwaltungshandlungen im STWE: Keine direkten Rückgriffsansprüche unter den einzelnen Stockwerkeigentümern im Bereich der baulichen Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen, in: dRSK, publiziert am 28. Oktober 2021.

ren Ersatz verlangen könne, wenn er eigenmächtig bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen vorgenommen habe. Dieser Fragenkomplex sei grundsätzlicher Natur, und mit der Klärung dieser Frage könne eine Rechtsunsicherheit ausgeräumt werden (E. 2). Werkleitungen seien als gemeinschaftliche Teile gemäss Art. 712b Abs. 2 Ziff. 3 ZGB zu qualifizieren. Zuständig für bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen sei die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer. So hätten sich die einzelnen Stockwerkeigentümer an die Gemeinschaft zu halten, und bei gemeinschaftlichen Belangen werde eine (*vorgängige*) *Beschlussfassung* vorausgesetzt. Einem Stockwerkeigentümer stehe es offen, bei entsprechend gegebenen Voraussetzungen ggf. einen Beschluss gestützt auf Art. 712m Abs. 2 i.V.m. Art. 75 ZGB gerichtlich anzufechten oder die gerichtliche Anordnung von für die Erhaltung des Wertes und der Gebrauchsfähigkeit der gemeinschaftlichen Sache notwendigen Verwaltungshandlungen gestützt auf Art. 712g Abs. 1 i.V.m. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB zu verlangen (E. 5.1). Grundsätzlich bedingten bauliche Massnahmen, welche gemeinschaftliche Teile betreffen, einen Beschluss der Gemeinschaft. Ein vorgängiger Beschluss sei dann nicht nötig, wenn es sich um gewöhnliche Verwaltungshandlungen handeln würde und bei Gefahr im Verzug, wenn die Massnahmen keinerlei Aufschub duldeten (E. 5.2). Wenn gemeinschaftliche Teile von baulichen Massnahmen (seien es notwendige, nützliche oder luxuriöse) betroffen seien, sei grundsätzlich vorab ein Beschluss zu fassen. Gesetzesystematisch setze die in Art. 712h Abs. 2 Ziff. 1 ZGB verankerte Regelung der Kostentragung voraus, dass ein Beschluss gefasst werde, welcher ggf. durch eine richterliche Anordnung ersetzt werden könne, und zwar auch über die dadurch verursachten Kosten (E. 5.3). Da bei gemeinschaftlichen Teilen im Stockwerkeigentum nur die Gemeinschaft kompetent zur Beschlussfassung sei, sei auch ein allfälliger Ersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag bzw. aus ungerechtfertigter Bereicherung ausschliesslich gegen die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer zu richten. Die Beziehungen zwischen den einzelnen Stockwerkeigentümern und der Stockwerkeigentümergegemeinschaft würden immer über die Gemeinschaft laufen. Ein einzelner Stockwerkeigentümer könnte nicht nach Belieben direkt gegenüber einem anderen Stockwerkeigentümer Rückgriffsansprüche stellen (E. 5.4).

[25] *Kommentar:* Der Ersatz von Werkleitungen im gemeinschaftlichen Eigentum ist nicht als «gewöhnliche Verwaltungshandlung» zu qualifizieren. Ein entsprechender Beschluss der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer ist deshalb notwendig, sofern nicht eine «Dringlichkeit» gegeben ist.¹⁶ Werden Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen vorgenommen, ist immer genau zu eruieren, ob tatsächlich die Sache vor drohendem oder wachsendem Schaden i.S.v. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB zu schützen ist und somit eine dringliche Verwaltungshandlung vorliegt. Nur dann ist keine Beschlussfassung der Gemeinschaft notwendig. Oder es ist danach zu fragen, ob es sich um eine notwendige Verwaltungshandlung handelt, womit eine vorgängige Beschlussfassung der Gemeinschaft nötig ist, ggf. eine Klage auf gerichtliche Anordnung entsprechender Handlungen.¹⁷ Ein einzelner Stockwerkeigentümer, der eigenmächtig und ohne Beschluss der Gemeinschaft nicht dringliche, jedoch notwendige Verwaltungshandlungen an gemeinschaftli-

¹⁶ Vgl. PHILIPP EBERHARD, Eigenmächtige Vornahme nicht dringlicher Verwaltungshandlungen im STWE: Keine direkten Rückgriffsansprüche unter den einzelnen Stockwerkeigentümern im Bereich der baulichen Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen, in: dRSK, publiziert am 28. Oktober 2021, Rz. 30.

¹⁷ Vgl. PHILIPP EBERHARD, Eigenmächtige Vornahme nicht dringlicher Verwaltungshandlungen im STWE: Keine direkten Rückgriffsansprüche unter den einzelnen Stockwerkeigentümern im Bereich der baulichen Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen, in: dRSK, publiziert am 28. Oktober 2021, Rz. 32.

chen Teilen vornimmt, kann von den anderen Stockwerkeigentümern direkt keinen Ersatz für seine Aufwendungen verlangen.¹⁸

b. Abberufung des Verwalters im Stockwerkeigentum

[26] In seinem *Urteil 5A_920/2020 vom 15. Oktober 2021*¹⁹ schützte das Bundesgericht das Ermessen der Vorinstanz, wonach die lediglich als geringfügig zu qualifizierenden Pflichtverletzungen des Verwalters unter Berücksichtigung der vorgefundenen schwierigen Situation zwischen den Stockwerkeigentümern sowie der Engmaschigkeit der Verwaltungskontrolle durch den Beschwerdeführer das Vertrauen in die Verwaltung nicht dergestalt erschüttert haben, dass deren gerichtliche Abberufung angezeigt gewesen wäre. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

[27] *Zum Sachverhalt:* Die Stockwerkeigentümergemeinschaft B. der im Kanton Basel-Stadt gelegenen und als Stockwerkeigentum ausgestalteten Liegenschaft besteht aus vier Eigentümern: A., C., D. und E. An der ausserordentlichen Stockwerkeigentümerversammlung vom 22. Juni 2018 wurde durch Mehrheitsbeschluss G. als neuer Verwalter gewählt. A. focht diesen Beschluss erfolglos beim Zivilgericht Basel-Stadt an. In der Folge beschränkte sich G. bei der Ausführung seines Mandats auf die seines Erachtens notwendigen Verwaltungshandlungen. Anlässlich der ordentlichen Stockwerkeigentümerversammlung vom 21. November 2019 bestätigte die Stockwerkeigentümergemeinschaft das Verwaltungsmandat von G. mit einer Ausführung des Verwaltungsmandats in reduziertem Umfang von Juli 2018 bis Oktober 2019. A. liess sich an dieser Versammlung vertreten. Sein Vertreter stimmte gegen die Beschlüsse und stellte den Antrag auf Abberufung von G., der von der Versammlung jedoch abgelehnt wurde. A. focht diesen Beschluss wiederum erfolglos an. Vor Bundesgericht beantragte der beschwerdeführende A. zusammengefasst wiederum die Abberufung von G. als Verwalter der Stockwerkeigentümergemeinschaft sowie die gerichtliche Bestellung einer neuen Verwaltung.

[28] *Zu den Erwägungen:* Das Bundesgericht stellte vorweg fest, die Bestellung sowie die Beaufsichtigung des Verwalters (unter Vorbehalt einer gerichtlichen Ernennung) sei Sache der Stockwerkeigentümerversammlung. Das Gesetz stelle keine besonderen Anforderungen an die Verwaltung. Neben fachlichen Eigenschaften müsse diese insbesondere in technischen, buchhalterischen und rechtlichen Belangen Kenntnisse besitzen. Sodann seien gewisse Mediations- und Schlichtungsfähigkeiten notwendig (E. 3.1). Die gesetzlichen Zuständigkeiten könnten in einem Verwaltungsvertrag geregelt und in einem Reglement der Stockwerkeigentümergemeinschaft näher bestimmt werden (E. 3.2.). Das schweizerische Recht kenne keinen klagbaren Anspruch auf ordnungsgemäss Verwaltung oder Einhaltung des Reglements. Gegenüber gesetzes- oder reglementswidrigen Verfügungen der Verwaltung könne der einzelne Stockwerkeigentümer an die Stockwerkeigentümerversammlung gelangen, deren Entscheid danach ggf. gerichtlich angefochten werden könne. Weiter könne der einzelne Stockwerkeigentümer der Stockwerkeigentümergemeinschaft beantragen, die von ihr bestellte Verwaltung abzuberufen (E. 3.3). Pflichtverletzungen der Verwaltung würden deren gerichtliche Abberufung jedoch dann rechtfertigen, wenn sie

¹⁸ PHILIPP EBERHARD, Eigenmächtige Vornahme nicht dringlicher Verwaltungshandlungen im STWE: Keine direkten Rückgriffsansprüche unter den einzelnen Stockwerkeigentümern im Bereich der baulichen Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen, in: dRSK, publiziert am 28. Oktober 2021, Rz. 33.

¹⁹ Siehe dazu MARTINA FRISCHKOPF, Abberufung des Verwalters im Stockwerkeigentum, in: dRSK, publiziert am 26. Januar 2022.

das *Vertrauensverhältnis zwischen Verwaltung und Stockwerkeigentümer* zerstört hätten und damit einem Stockwerkeigentümer die Fortsetzung des Verwaltungsverhältnisses nach Treu und Glauben unzumutbar erscheinen lassen würden (E. 3.4). Ob im Einzelfall ein wichtiger Grund vorläge, entscheide das Gericht nach seinem Ermessen. Es gehe dabei um eine Billigkeitsentscheidung (E. 3.5). Das Bundesgericht verwies darauf, dass die Vorinstanz *in casu* dreizehn Vorwürfe hätte prüfen müssen. Dabei hätte sie in Bezug auf vier Vorwürfe *geringfügige Pflichtverletzungen* festgestellt. Sie sei jedoch zum Schluss gelangt, die als leicht bzw. geringfügig eingestuften Pflichtverletzungen wögen nicht derart schwer, dass dem Beschwerdeführer die Fortführung des Verwaltungsverhältnisses mit G. nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar wäre (E. 4.1). Gegenstand des vorliegenden Verfahrens seien nun noch neun Verfehlungen (E. 4.2; zu den einzelnen Verfehlungen [u.a. unrichtige Abrechnung; Abstimmung über ein nicht vorliegendes Protokoll; Nichteintreibung von Mietschulden] siehe E. 5.1 ff.). Das Bundesgericht kam zusammenfassend zum Schluss, die vorinstanzliche Gewichtung der G. vorgehaltenen Pflichtverletzungen als «leicht bzw. geringfügig» stehe im Einklang mit dem Bundesrecht. Keiner der Vorwürfe stelle für sich allein einen wichtigen Grund dar, der dem Beschwerdeführer die Fortsetzung des Verwaltungsverhältnisses nach Treu und Glauben unzumutbar erscheinen liesse und eine Abberufung der Verwaltung zu rechtfertigen vermöge (E. 5.6.). Insgesamt habe der Beschwerdeführer vorliegend keine Gründe aufzuzeigen vermocht, weshalb der Vorinstanz vorgeworfen werden müsste, das ihr im Rahmen der Gesamtbeurteilung zustehende Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt zu haben. Namentlich hätte sie ihr Ermessen nicht überschritten, indem sie die festgestellten Pflichtverletzungen und Versehen nicht kumuliert, sondern die Gesamtsituation beurteilt und die Hintergründe für die Verfehlungen in Betracht gezogen hätte (E. 6.2).

[29] *Kommentar:* Als «wichtige Gründe» für die Abberufung einer Verwaltung im Stockwerkeigentum können gemäss Rechtsprechung nur solche qualifiziert werden, bei deren Vorliegen die Fortsetzung des Verwalterverhältnisses einem einzelnen oder allen Stockwerkeigentümern *nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet* werden kann.²⁰ Dazu gehören beispielsweise schwerwiegende und permanente Meinungsverschiedenheiten zwischen Stockwerkeigentümern und dem Verwalter, die (wiederholt) unkorrekte Abrechnung, schikanöses und verletzendes Verhalten oder etwa das Tolerieren einer Pflichtverletzung durch den Verwalter. Massgeblich ist eine objektivierende Betrachtungsweise, nicht hingegen das subjektive Empfinden eines einzelnen Stockwerkeigentümers.²¹

c. Aufhebung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümergemeinschaft

[30] Mit dem französischsprachigen *Urteil 5A_369/2021 vom 25. November 2021* hatte das Bundesgericht die Gelegenheit, sich zur Frage der Aufhebung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümergemeinschaft zu äussern. Konkret ging es um die Aufhebung von zwei Beschlüssen einer Stockwerkeigentümergemeinschaft, insbesondere betreffend Art. 648 Abs. 2 ZGB, wonach zur

²⁰ Vgl. MARTINA FRISCHKOPF, Abberufung des Verwalters im Stockwerkeigentum, in: dRSK, publiziert am 26. Januar 2022, Rz. 15; vgl. ferner für eine Kasuistik der «wichtigen Gründe», die eine Abberufung einer Verwaltung rechtfertigen PHILIPP EBERHARD «Wichtige Gründe» für die richterliche Abberufung einer Verwaltung im Stockwerkeigentum: Konkretisierung, Typisierung und Relativierung eines unbestimmten Rechtsbegriffs in Lehre und Rechtsprechung, in: Schweizerische Juristen-Zeitung [SJZ] 116 (2020) 19, S. 639 ff., dort insbes. S. 641 ff.

²¹ Siehe dazu ausführlich mit zahlreichen Hinweisen auf Literatur und Judikatur MARTINA FRISCHKOPF, Abberufung des Verwalters im Stockwerkeigentum, in: dRSK, publiziert am 26. Januar 2022, Rz. 15.

Veräusserung oder Belastung der Sache sowie zur Änderung ihrer Zweckbestimmung ein einstimmiger Beschluss erforderlich ist, soweit nicht einstimmig eine andere Ordnung vereinbart wurde. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

[31] *Zum Sachverhalt:* Das Stockwerkeigentum X., gelegen in einer Gemeinde im Kanton Waadt, besteht aus sieben Parteien in zwei Gebäuden. B.B. nahm zwischen 1995 und 1997 Änderungen an der Terrasse desjenigen Grundstücks vor, dessen Stockwerkeigentümerin seine Ehefrau C.B. war. Im Anschluss an diese Arbeiten trat aufgrund einer Beschädigung der Abdichtung der Bodenplatte an verschiedenen Stellen Wasser in die Tiefgarage ein. B.B. führte die Reparatur der Schäden selbst durch. A. unternahm in der Folge verschiedene Schritte, um das Stockwerkeigentum in zwei separate Einheiten aufzuteilen. Diese Aufteilung des Stockwerkeigentums war von 1997 bis 2005 Gegenstand zahlreicher Urteile. Der Aufteilungsvertrag wurde in der Folge nicht von allen Stockwerkeigentümern unterzeichnet und entsprechend auch nicht im Grundbuch eingetragen. Anlässlich der ordentlichen Versammlung der Stockwerkeigentümer vom 3. Mai 2016 wurde mit 5:1 Stimmen beschlossen, auf die *Aufteilung des Stockwerkeigentums* zu verzichten, wobei Einstimmigkeit für die Beschlussfassung erforderlich gewesen wäre. Außerdem wurde mit 5:1 Stimmen beschlossen, auf die Durchführung allfälliger Abdichtungsarbeiten an der Garage zu verzichten, da keine Infiltrationen mehr festgestellt werden konnten. A. klagte darauf gegen die Stockwerkeigentümergemeinschaft erst- wie zweitinstanzlich erfolglos auf Feststellung der Nichtigkeit bzw. Aufhebung der Beschlüsse betreffend Aufteilungsverzicht und der Durchführung von Abdichtungsarbeiten. Daraufhin gelangte A. mittels Beschwerde in Zivilsachen sowie subsidiärer Verfassungsbeschwerde ans Bundesgericht.

[32] *Zu den Erwägungen:* Das Bundesgericht hielt einleitend fest, dass in Bezug auf den Beschluss über den Verzicht auf die Aufteilung des Stockwerkeigentums die Vorinstanz festgehalten hätte, dass die Parteien nicht bestritten hätten, dass die Aufteilung in den Anwendungsbereich von Art. 648 Abs. 2 ZGB falle und damit einen einstimmigen Beschluss der Stockwerkeigentümer erfordert hätte. Auch ein Verzicht auf diese Aufteilung hätte *einstimmig gefasst* werden müssen (E. 3.1). Der Beschwerdeführer hätte behauptet, die Versammlung hätte der Aufteilung des Stockwerkeigentums mehrmals rechtsgültig zugestimmt. Tatsächlich sei die Zustimmung jedoch geknüpft an Bedingungen erfolgt. Zu keinem Zeitpunkt hätten die Mitglieder eine bedingungslose Zustimmung abgegeben. Ein solcher genereller Aufteilungswille hätte jedoch nicht als Aufteilungsbeschluss qualifiziert werden können (E. 3.1). Der angefochtene Beschluss sei deshalb nicht als formeller Beschluss aufzufassen gewesen (E. 3.1). In Bezug auf den Beschluss, auf Abdichtungsarbeiten zu verzichten, hätte die Vorinstanz dargelegt, dass der Zeitablauf zur Annahme geführt hätte, dass keine Beeinträchtigung der Nutzung der Sache vorgelegen hätte und die Arbeiten überflüssig gewesen wären. Die Versammlung der Stockwerkeigentümer hätte demnach rechtsgültig beschliessen können, auf die besagten Abdichtungsarbeiten zu verzichten (E. 3.2).

d. Beschlüsse der Gemeinschaft über bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen (Art. 712g Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 647–647e ZGB)

[33] Im *Urteil 5A_972/2020 vom 5. Oktober 2021* befasste sich das Bundesgericht mit der Beschlussfassung der Stockwerkeigentümergemeinschaft über die Sanierung und der damit einhergehenden Neuerstellung von Balkonen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

[34] *Zum Sachverhalt:* Auf dem Grundstück Nr. yyy in einer Gemeinde im Kanton Bern wurden vier Wohnblöcke und zwei unterirdische Einstellhallen errichtet. Eine Einstellhalle ragte

teilweise in das Nachbargrundstück Nr. zzz (B-Strasse u/v) hinüber, wobei ein Überbaurecht bestand. Mit der Begründungserklärung wurden 34 Miteigentumsanteile gebildet (24 Wohnungen, acht Bastelzimmer, zwei Einstellhallen) und zu Stockwerkeigentum ausgestaltet (Stockwerkeinheiten yyy-a bis yyy-i). Der beschwerdeführende A. (Eigentümer der Stockwerkeinheit C.) hielt 1/17 Miteigentum an Stockwerkeinheit Nr. yyy-i (Einstellhalle). An der Versammlung der Stockwerkeigentümer vom 30. Mai 2018 wurde ein Projekt für die Sanierung und Neuerstellung der Balkone samt Finanzierung durch Mehrheitsbeschluss genehmigt. A. gelangte daraufhin an die zuständige Schlichtungsbehörde. Gestützt auf die ausgestellte Klagebewilligung verlangte A. klageweise zusammengefasst im Hauptstandpunkt erfolglos, es sei festzustellen, dass der Beschluss der Stockwerkeigentümersammlung vom 30. Mai 2018 nichtig sei. Der Berufung von A. ans Obergericht des Kantons Bern war ebenfalls kein Erfolg beschieden. Daraufhin wandte sich A. an das Bundesgericht und erneuerte die bereits im kantonalen Verfahren gestellten Begehren.

[35] *Zu den Erwägungen:* Das Bundesgericht wies darauf hin, dass der Beschwerdeführer den Sanierungsbedarf bestritten habe (E. 3). Für bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen eines Stockwerkeigentums verweise Art. 712g Abs. 1 ZGB auf Art. 647–647e ZGB. Diese würden zwischen notwendigen, nützlichen und der Verschönerung und Bequemlichkeit dienenden baulichen Massnahmen unterscheiden. Für nützliche bauliche Massnahmen bedürfe es der Zustimmung der Mehrheit der Miteigentümer, die zugleich den grösseren Teil der Sache vertreten würden. Im einschlägigen Stockwerkeigentümerreglement fänden sich keine von den gesetzlichen Quorumsbestimmungen abweichenden Bestimmungen (E. 3.1). Die Vorinstanz hätte die beschlossenen Massnahmen insgesamt als *nützliche Massnahmen* i.S.v. Art. 647d Abs. 1 ZGB qualifiziert (E. 4). Bei der Beurteilung hätte die Vorinstanz zwischen dem Ersatz der Balkone im Rahmen des Sanierungsbedarfs und der mit der Neuerstellung einhergehenden Vergrösserung der Balkone unterschieden und hätte festgehalten, dass die Betonabplatzungen und die Seitenwände der Balkone (mit asbesthaltigem Eternit belastet) repariert bzw. ersetzt werden müssten. Die Notwendigkeit der Sanierung der Balkone sei demnach ausgewiesen. Die Vergrösserung der Balkone sei als *Nebeneffekt der Sanierung* zu werten gewesen. Mit der Vergrösserung der Balkone gehe zudem zumindest eine Erhöhung des Gebrauchswerts einher, welche objektiv betrachtet auch den Verkehrswert der gesamten Stockwerkeigentumseinheit erhöhen würde (E. 4.2). Die vorinstanzliche Qualifikation der beschlossenen baulichen Massnahmen als «nützlich» i.S.v. Art. 647d Abs. 1 ZGB sei somit nicht zu beanstanden gewesen (E. 4.4). Der Beschwerdeführer habe ferner dafür gehalten, die Veränderung bzw. Vergrösserung seines Balkons gegen seinen Willen stelle einen unzulässigen und widerrechtlichen Eingriff in sein Sonderrecht dar (E. 5). Mit der Vergrösserung des Balkons um 2.7 m² könne gemäss Bundesgericht von der «Erschwerung des Gebrauchs» keine Rede sein. Auch habe der Beschwerdeführer nicht dargelegt, inwiefern die Vergrösserung des Balkons dessen Gebrauch oder Benutzung unwirtschaftlich machen könne. Seine Zustimmung sei demnach nicht erforderlich gewesen (E. 5.3). Der Beschwerdeführer habe sodann die teilweise Finanzierung der beschlossenen baulichen Massnahmen aus dem Erneuerungsfonds bestritten (E. 6). Die Vorinstanz habe die reinen Sanierungskosten als Kosten im Zusammenhang mit «notwendigen baulichen Massnahmen» i.S.v. Art. 647c Abs. 1 ZGB und Art. 20 des Reglements qualifiziert und die Verwendung von Mitteln aus dem Erneuerungsfonds unter diesen Umständen als reglementskonform erachtet (E. 6.2). Das Bundesgericht schloss sich dieser Ansicht an (E. 6.3).

e. Rückführung von Stockwerkeigentum in gewöhnliches Miteigentum

[36] Im Urteil 5A_726/2021 vom 15. Juni 2022 befasste sich das Bundesgericht mit der gerichtlichen Rückführung von als zu Stockwerkeigentum ausgestaltetem Miteigentum in gewöhnliches Miteigentum. Zudem setzte es sich mit Fragen betreffend Berichtigung von Wertquoten durch Ausschluss der Eigentümer von nicht gebauten Stockwerkeinheiten auseinander. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

[37] Zum Sachverhalt: Als Alleineigentümer begründete die L. AG im Jahr 1966 auf einer in einer Gemeinde im Kanton Schwyz gelegenen Gemeinde «Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes», bestehend aus zwölf Stockwerkeinheiten (nämlich fünf Einheiten mit einer Wertquote von je 74/1000 und sieben Einheiten mit einer Wertquote von je 90/1000). Bis 1974 konnte das Grundstück altGB Nr. aaa überbaut werden, wobei sechs der zwölf Einheiten gebaut wurden. 1995 wurde altGB Nr. aaa im Rahmen einer Grundbuchbereinigung gelöscht und durch GB Nr. bbb und ccc ersetzt. Beide Grundstücke sind grundbuchlich je als Stammparzellen der zwölf Stockwerkeinheiten ddd bis ooo erfasst (somit 24 Einheiten). Die tatsächlich gebauten sechs Einheiten befinden sich auf GB Nr. bbb. Das Grundstück GB Nr. ccc wurde in der Folge nicht überbaut. Eigentümer der sechs Stockwerkeinheiten sind A.A. und B.A., M., F., G. und E. (Eigentümer der weiteren nicht gebauten sechs Stockwerkeinheiten sind H. und die Erben von I.). Die Eigentümer A.A., B.A. und M. forderten im Jahr 2017 klageweise, dass das Stockwerkeigentum an GB Nr. ccc bis ooo mit der Liegenschaft GB Nr. bbb aufzuheben und das abparzellierter Grundstück GB Nr. ccc ins Miteigentum der Beklagten entsprechend deren Quoten (418/508 von H und 90/508 den Erben von I.) zu übertragen sei. Das erstinstanzliche Gericht hiess die Klage nach Rückweisung durch die obere Instanz schliesslich gut, hob das Stockwerkeigentum an GB Nr. ccc bis ooo auf und überführte das Grundstück GB Nr. ccc in gewöhnliches Miteigentum aller bisheriger Stockwerkeigentümer entsprechend deren Quoten. Gleichzeitig wurden die Wertquoten der Stockwerkeinheiten ddd bis iii der Liegenschaft GB Nr. bbb antragsgemäss neu festgelegt. Ferner wurde das zuständige Grundbuchamt angewiesen, das Grundbuch entsprechend zu berichtigen, und die Stockwerkeigentümergemeinschaft wurde angewiesen, ihr Reglement anzupassen. Der beklagte D. erhob Berufung, welche durch das Kantonsgericht Schwyz gutgeheissen wurde. Infolgedessen wurde der erstinstanzliche Entscheid aufgehoben und die Klage abgewiesen. A.A. und B.A. (Beschwerdeführer 1) sowie die C. GmbH (Beschwerdeführerin 2; diese hatte den Stockwerkeigentumsanteil der Klägerin M. am 11. Juni 2021 erworben und war in den Prozess eingetreten) gelangten daraufhin ans Bundesgericht und erneuerten die mit Klage und Replik gestellten Begehren (eventualiter die Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz).

[38] Zu den Erwägungen: Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass die Ausübung des Sonderrechts an sich ein Gebäude voraussetze. Zwar könne Stockwerkeigentum vor der Erstellung des Gebäudes begründet werden, wobei diesfalls die Voraussetzungen in Art. 69 GBV geregelt seien (E. 3.1). Gemäss Art. 69 Abs. 3 GBV müssten Stockwerkeigentümer oder Verwalter dem Grundbuchamt innert dreier Monate nach der Bauausführung die Fertigstellung des Gebäudes anzeigen (ggfs. unter Einreichung des nach der Bauausführung berichtigten Aufteilungsplans, der auf Verlangen des Grundbuchamts durch die amtliche Bestätigung zu ergänzen sei, dass die zu Sonderrecht ausgeschiedenen Räume ganze, in sich abgeschlossene Wohnungen oder geschäftlichen oder anderen Zwecken dienende Raumeinheiten mit eigenem Zugang seien). Werde diese Bestätigung nicht beigebracht, besage Art. 69 Abs. 4 GBV, dass das Stockwerkeigentum nach fruchtloser Fristansetzung und in Ermangelung eines Gerichtsurteils in sinngemässer Anwendung der Art. 976a

und 976b ZGB in gewöhnliches Miteigentum umgewandelt werde (E. 3.2). Vor Vorinstanz sei umstritten gewesen, mit welcher Klage die Änderung der Eigentumsverhältnisse am Grundstück GB Nr. ccc bewirkt werden könne (E. 3.3). Weiter sei umstritten gewesen, ob die Rückführung des Stockwerkeigentums in gewöhnliches Miteigentum zwingend durch das Grundbuchamt zu erfolgen habe, wenn das Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes begründet, das Gebäude in der Folge aber nicht oder nicht planmäßig erstellt worden sei (E. 4.2). Schliesslich sei der Anspruch auf Berichtigung der Wertquoten umstritten gewesen (E. 4.3). Die Klage der Beschwerdeführer in Bezug auf das Grundstück GB Nr. ccc habe gemäss Feststellung des Bundesgerichts nur *mittelbar auf Berichtigung des Grundbuchs abgezielt und direkt die Zuweisung des Miteigentums am Grundstück Nr. ccc an die Beschwerdegegner unter Ausschluss der übrigen Miteigentümer (Beschwerdeführer und Beschwerdegegner 1–4)* bezozen. Das Bundesgericht habe festgestellt, dass ungeachtet der Zulässigkeit einer Grundbuchberichtigungsklage i.S.v. Art. 975 ZGB (im Fall einer Klagegutheissung) gerichtlich festzustellen sei, ob das dingliche Recht bestehe oder nicht. *In casu* könne die Feststellung lauten, dass am Grundstück GB Nr. ccc kein Stockwerkeigentum, sondern gewöhnliches Miteigentum der Eigentümer des zu löschen Stockwerkeigentums entsprechend ihren Wertquoten bestehe (E. 5.1). Das Bundesgericht hielt fest, dass die gerichtlichen Befugnisse, in ein Miteigentumsverhältnis einzutreten, gesetzlich beschränkt seien. Gemäss Art. 649b ZGB könne das Gericht unter bestimmten, vorliegend nicht geltend gemachten Voraussetzungen einen Miteigentümer aus der Gemeinschaft ausschliessen oder anordnen, dass die im Miteigentum stehende Sache körperlich geteilt werde, oder (wenn dies ohne wesentliche Verminderung ihres Wertes nicht möglich sei) öffentlich oder unter den Miteigentümern zu versteigern sei. Das Gesetz gestatte jedoch *keine gerichtliche Zuweisung* der im Miteigentum stehenden Sache an einen Miteigentümer. Alle weiteren Entscheidungsbefugnisse des Gerichts setzten eine Vereinbarung oder übereinstimmende Begehren der Miteigentümer voraus (E. 5.2). Da vorliegend keine Einigung und auch keine übereinstimmenden Anträge vorliegen würden, sei die gerichtliche Zuweisung des Miteigentums am Grundstück GB Nr. ccc ausgeschlossen (E. 5.3). Hinsichtlich der Begehren auf Berichtigung der Wertquoten führte das Bundesgericht aus, dass eine gerichtliche Lösung der nicht gebauten Stockwerkeinheiten (und damit verbunden der Ausschluss der Stockwerkeigentümer dieser Stockwerkeinheiten aus der Gemeinschaft, ohne dass die Voraussetzungen von Art. 649b ZGB erfüllt wären) rechtlich ausgeschlossen sei. Somit habe im vorliegenden Fall auch offengelassen werden können, ob oder in welchen Anwendungsfällen das grundbuchamtliche Verfahren gemäss Art. 69 Abs 4 GBV eine Klage auf Wertberichtigung ausschliesse (vgl. E. 6.1 ff.).

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

a. Zum Verhältnis von Dienstbarkeitsvertrag und Grundbucheintrag (Art. 738 ZGB)

[39] Das Urteil 5A_1007/2020 vom 2. Juli 2021²² stellte klar, dass sich eine Dritterwerberin eines Baurechtsgrundstücks nicht auf den Erwerbsgrund berufen kann, um daraus einen für sich vorteilhafteren Inhalt der Dienstbarkeit abzuleiten, der dem klaren Grundbucheintrag widerspricht. Eine Vertragsklausel, die eine automatische Verlängerung des Baurechts mit Kündigungsvorbe-

²² Siehe dazu MARTINA FRISCHKOPF, Grundbucheintrag v. Dienstbarkeitsvertrag, in: dRSK, publiziert am 24. November 2021.

halt vorsieht, ist angesichts der im Grundbuch eingetragenen klaren zeitlichen Befristung des Baurechts ohne Relevanz. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

[40] *Zum Sachverhalt:* Das Grundstück GBV Nr. 346 steht im Eigentum der Munizipalgemeinde U. Die Burgergemeinde U. ist Eigentümerin des Grundstücks GBV Nr. 1310. Am 14. Januar 1966 schloss die Burgergemeinde mit der B. AG einen öffentlich beurkundeten Baurechtsvertrag (Nr. 892) zu Lasten der Parzelle GBV Nr. 1310 ab. Genau ein Jahr später schloss die Munizipalgemeinde mit der B. AG zwei öffentlich beurkundete Baurechtsverträge (Nrn. 893 und 894) zu Lasten der heutigen Parzelle GBV Nr. 346 ab. Die Baurechtsverträge wurden je für eine Dauer von fünfzig Jahren abgeschlossen, beginnend «mit Unterzeichnung dieses Vertrages durch den Staatsrat». Beide Verträge enthielten zudem eine Bestimmung, wonach der Baurechtsvertrag jeweils für eine weitere Dauer von zehn Jahren als verlängert gilt, wenn er nicht sechs Monate vor Ablauf der Vertragsdauer gekündigt wird. Im Grundbuch lauteten die entsprechenden Eintragungen wie folgt: «SDR Selbständiges und dauerndes Baurecht s/Beleg, bis 29. März 2017». Im Rahmen der Nachlassliquidation der B. AG erwarben C., D. und E. die Baurechte. Sie brachten diese als Sacheinlage in die F. AG ein, von welcher wiederum die A. AG die Baurechte erwarb. Mit Schreiben vom 15. Juli 2015 teilten die beiden Baurechtsgeberinnen der A. AG mit, beide Baurechtsverträge auf den 31. Dezember 2017 zu kündigen. Zwei Tage später präzisierten die beiden Gemeinden gegenüber der A. AG, die Baurechtsverträge würden jeweils fünfzig Jahre ab Unterzeichnungsdatum laufen und die ausgesprochenen Kündigungen würden wie folgt gelten: «Baurechtsvertrag 14. Januar 1966, Burgergesellschaft U., Beendigung 14. Januar 2016; Baurechtsvertrag, 14. Januar 1967, Munizipalgemeinde U., Beendigung 14. Januar 2017». Die Baurechte GBV Nrn. 892, 893 und 894 wurden entsprechend am 15. April 2019 im Grundbuch gelöscht. Kurze Zeit später teilte die A. AG den beiden Gemeinden mit, sie verlange gestützt auf die in den Baurechtsverträgen enthaltenen Schiedsklauseln die Konstituierung eines Schiedsgerichts. Dieses habe festzustellen, dass die Baurechtsverträge je um zehn Jahre verlängert worden seien und dass das Grundbuchamt anzuweisen sei, die Fortdauer der Baurechtsdienstbarkeiten sowie den Fortbestand der Baurechtsparzellen bis am 14. Januar 2026 bzw. bis am 14. Januar 2027 im Grundbuch einzutragen bzw. eintragen zu lassen. Nach einem erfolglosen Versuch zur gütlichen Einigung wies das Schiedsgericht die Klage ab. Vor Bundesgericht beantragte die A. AG die Aufhebung des angefochtenen Entscheids sowie die Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz.

[41] *Zu den Erwägungen:* In der Sache ging das Bundesgericht zunächst auf Art. 738 ZGB ein, der für die Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit eine *Stufenordnung* vorgebe. Ausgangspunkt sei der Grundbucheintrag. Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrag deutlich ergeben würden, sei dieser für den Inhalt des Baurechts massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Es bleibe in diesem Fall kein Raum, um für die Ermittlung des Inhalts der Dienstbarkeit auf ihren Erwerbsgrund zurückzugreifen. Nur wenn der *Wortlaut des Eintrags unklar* sei, dürfe im Rahmen des Eintrags auf den *Erwerbsgrund*, d.h. auf den Begründungsakt, zurückgegriffen werden. Sei auch der Erwerbsgrund nicht schlüssig, könne sich der Inhalt der Dienstbarkeit – im Rahmen des Eintrags – aus der Art ergeben, wie diese während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden sei (E. 2.1.1). In tatsächlicher Hinsicht sei unbestritten geblieben, dass die beschwerdeführende A. AG als Eigentümerin der selbständigen und dauernden Baurechte an deren Begründung nicht beteiligt gewesen sei. Ihr gegenüber gelte der Grundbucheintrag als richtig und vollständig. Gemäss den schiedsgerichtlichen und durch die Beschwerdeführerin unbestritten gebliebenen Erwägungen habe sich aus den Grundbucheinträgen «klar und

deutlich» ein Enddatum (29. März 2017) ergeben. Diesbezüglich sei der Eintrag im Hauptbuchblatt klar und einzig massgebend. Die Grundbucheinträge für die Baurechtsdienstbarkeiten GBV Nrn. 892, 893 und 894 würden unbestrittenmassen keine Grundlage für eine stillschweigende Verlängerung der Baurechtsdauer liefern, weshalb sich die Beschwerdeführerin nicht auf die in den seinerzeitigen Baurechtsverträgen enthaltenen Vertragsklauseln berufen könne. Die Baurechte seien am 29. März 2017 untergegangen. An diesem Tag sei der *Heimfall eingetreten* (E. 2.1.2). Gemäss Bundesgericht ändere Art. 779b Abs. 1 ZGB nichts an diesem Ergebnis (E. 2.2). Der Beschwerdeführerin hätte die Grundbuchberichtigungsklage i.S.v. Art. 975 ZGB zur Verfügung gestanden. Richtig sei, dass die Beschwerdeführerin die Löschung der Baurechte im Grundbuch als ungerechtfertigt behauptet und die (Wieder-)Eintragung der streitgegenständlichen Baurechte bis zum 14. Januar 2026 bzw. bis zum 14. Januar 2027 beantragt hätte. Demgegenüber lasse sich weder den gestellten Begehren noch der Klagebegründung entnehmen, dass die Beschwerdeführerin (auch) die Berichtigung der Grundbucheinträge mit Bezug auf das Enddatum oder den streitgegenständlichen Verlängerungsmechanismus beantragt hätte (E. 2.3.1). Selbst wenn anzunehmen wäre, die Beschwerdeführerin hätte eine Grundbuchberichtigungsklage erhoben, würde deren Gutheissung voraussetzen, dass die Beschwerdegegnerinnen den vertraglichen Verlängerungsmechanismus nicht rechtswirksam durch Kündigung unterbrochen hätten. Diesbezüglich hätte das Schiedsgericht angenommen, die Kündigung vom 15. Juli 2015 sei einerseits mit Blick auf den Endzeitpunkt für die Baurechte am 29. März 2017 rechtzeitig (d.h. sechs Monate vor Ablauf der Vertragsdauer) ausgesprochen worden und andererseits auf den 29. März 2017 auch gültig erfolgt. Es müsse in analoger Anwendung der Rechtsprechung zum Werkvertragsrecht nach Treu und Glauben davon ausgegangen werden, die Beschwerdegegnerinnen hätten den Vertrag auf diesen Zeitpunkt auflösen wollen und dürfen. Die Beschwerdeführerin habe die Auslegung des Schiedsgerichts nicht als offensichtliche Verletzung des Rechts auszugeben vermocht. Gestützt auf diese rechtzeitige und somit als gültig zu betrachtende Kündigung gäbe es selbst mit einer zulässigen Grundbuchberichtigungsklage nichts mehr (wieder) einzutragen (E. 2.3.2). Das Enddatum vom 29. März 2017 habe unweigerlich den Untergang der streitbetroffenen Baurechte zur Folge gehabt (E. 2.3.3).

[42] *Kommentar:* Dem Bundesgericht bot sich vorliegend erneut die Möglichkeit, die *Stufenordnung von Art. 738 ZGB* auf eine konkrete Sachlage anzuwenden. Demnach ist primär der Wortlaut des Grundbucheintrags relevant. Soweit sich hieraus Rechte und Pflichten deutlich ergeben, ist dieser Wortlaut uneingeschränkt massgebend. Ein klarer Wortlaut des Grundbucheintrags schliesst somit ein Vorgehen nach Abs. 2 von Art. 738 ZGB aus. Andere Auslegungsmittel sind nur in den Grenzen des Eintrages zu berücksichtigen. Eine Ergänzung des Eintrages ist zulässig.²³

b. Gerichtliche Löschung eines Bauverbots bzw. einer Baubeschränkung gemäss Art. 736 Abs. 1 ZGB

[43] Das Bundesgericht setzte sich im französischsprachigen *Urteil 5A_162/2021 vom 9. September 2021*²⁴ mit der Frage auseinander, *in welchem Zeitpunkt* davon ausgegangen werden kann, dass

²³ Vgl. ausführlich MARTINA FRISCHKOPF, Grundbucheintrag v. Dienstbarkeitsvertrag, in: dRSK, publiziert am 24. November 2021, Rz. 12 ff.

²⁴ Dazu ALICE BRUNNER, Grundbuchliche Löschung einer Grunddienstbarkeit gemäss Art. 736 Abs. 1 ZGB, in: dRSK, publiziert am 24. November 2021.

eine *Dienstbarkeit* für das berechtigte Grundstück *alles Interesse verloren* hat und folglich gelöscht werden kann. In der vorliegenden Sachlage bestand der ursprüngliche Zweck der streitgegenständlichen Grunddienstbarkeit darin, eine gewisse nachbarschaftliche Ruhe zu bewahren und den ländlichen Charakter des Viertels zu erhalten. Verändert sich jedoch das Stadtviertel und die Ausgestaltung eines Grundstückes seit Errichtung der Dienstbarkeit grundlegend, dringt der Dienstbarkeitsberechtigte nicht mit dem Argument der «Entwicklung des Viertels» durch, um sein Interesse an der Aufrechterhaltung der Dienstbarkeit (Baubeschränkung) zu rechtfertigen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise (d.h. in Bezug auf den Kostenpunkt) gut und wies die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück.

[44] *Zum Sachverhalt*: Der beschwerdeführende A. ist Eigentümer zweier im Kanton Neuchâtel gelegenen Liegenschaften Nrn. 10791 und 10793. Die beschwerdebeklagte B. Sàrl ist Eigentümerin der Liegenschaft Nr. 11773, welches sich unterhalb der vorgenannten Grundstücke befindet und von denselben durch ein grosses Grundstück (bebaut mit zwei Gebäuden) getrennt wird. Seit 1946 lastet auf der Liegenschaft Nr. 11773 zugunsten der Liegenschaften Nrn. 10791 und 10793 eine Dienstbarkeit in Form eines Bauverbots für einen Teil der Liegenschaft sowie eine weitere Dienstbarkeit in Form einer Baubeschränkung, wonach kein Gebäude mit mehr als zwei Stockwerken errichtet werden darf. B. Sàrl plante auf ihrer Liegenschaft ein Immobilienprojekt. A. verlangte beim zuständigen Gericht mittels vorsorglicher Massnahmen erfolgreich, dass die Aufnahme der Arbeiten auf der Liegenschaft der B. Sàrl untersagt werde. Der von der B. Sàrl dagegen erhobenen Berufung war Erfolg beschieden. Die Berufungsinstanz hob das erstinstanzliche Urteil auf und ordnete die Löschung der auf der Liegenschaft Nr. 11773 lastenden Dienstbarkeiten zugunsten der Liegenschaften Nrn. 10791 und 10793 an.

[45] *Zu den Erwägungen*: Das Bundesgericht stellte einleitend fest, die Vorinstanz hätte festgestellt, dass das Bauprojekt der B. Sàrl den auf dem Grundstück lastenden Grunddienstbarkeiten entgegenstehen würde. Sie hätte dann ebenfalls geprüft, ob diese weiterhin nützlich wären, oder ob die Dienstbarkeiten gestützt auf Art. 736 ZGB gerichtlich aufgehoben werden könnten. Der *ursprüngliche Zweck* der streitgegenständlichen Dienstbarkeiten hätte darin bestanden, die Aussicht sowie die Ruhe und den ländlichen Charakter der Umgebung zu erhalten (E. 3). In Bezug auf die Wahrung der Ruhe und des ländlichen Charakters der Nachbarschaft hätte die Vorinstanz die Auffassung vertreten, dass die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung (wonach die Entwicklung einer Nachbarschaft seit Errichtung der Dienstbarkeit allein ausreichen würde, um das Interesse an der Aufrechterhaltung der Baubeschränkung zu rechtfertigen) im vorliegenden Fall nicht anwendbar sei, da sich das Erscheinungsbild des Viertels grundsätzlich verändert hätte. Zudem hätte nicht die Baubeschränkung, sondern die Sackgasse im Quartier, die Ruhe des Gebiets bewahrt. Das Kantonsgesetz hätte daher entschieden, dass die Ausübung der Grunddienstbarkeiten zulasten der Liegenschaft Nr. 11773 die Ruhe der Nachbarschaft nicht verbessern würde (E. 3). Der Beschwerdeführer habe u.a. eine Verletzung von Art. 736 Abs. 1 ZGB gerügt (E. 5). Der Dienstbarkeitsbelastete sei nach dieser Bestimmung berechtigt, die Löschung einer Grunddienstbarkeit zu verlangen, wenn der Eigentümer des herrschenden Grundstückes keinerlei Interesse mehr habe, die Grunddienstbarkeit entsprechend ihrem ursprünglichen Zweck und Inhalt auszuüben, wobei der dienstbarkeitsrechtliche *Grundsatz der Identität* zur Anwendung gelange. In Anbetracht der seit der Bestellung der Dienstbarkeiten veränderten Verhältnisse stellte das Bundesgericht fest, dass die Vorinstanz ihr Ermessen nicht missbraucht habe, indem sie erwogen hätte, der Beschwerdeführer hätte jegliches vernünftige Interesse an der Aufrechterhaltung

der Grunddienstbarkeit verloren. Die Löschung der Dienstbarkeiten sei demnach gerechtfertigt gewesen (E. 5.3).

[46] *Kommentar:* Bei Grunddienstbarkeiten, welche Baubeschränkungen zum Inhalt haben, kann die Anwendung von Art. 736 Abs. 1 ZGB schwierig sein, da Grunddienstbarkeiten zum einen in der Regel *im Hinblick auf einen künftigen Zweck* bestellt werden und daher ein *breites Spektrum an Eventualitäten* abdecken. Zum anderen handelt es sich bei diesen Baubeschränkungen um *negative Grunddienstbarkeiten*, deren verlorengegangenes Interesse *schwer nachzuweisen* ist, da der berechtigte Eigentümer das Recht nicht aktiv nutzt. Anträge auf Löschung werden von den Gerichten deshalb regelmässig abgewiesen.²⁵ Mit dem vorliegenden Urteil stellte das Bundesgericht klar, dass das Argument der «seitherigen Entwicklung des Gebietes» bei einer Dienstbarkeit, welche die Aufrechterhaltung der Ruhe und des ländlichen Charakters des Gebietes zum Zweck hatte, nicht losgelöst von den *konkreten Umständen* betrachtet werden kann, um ein *Interesse an der Aufrechterhaltung der Dienstbarkeit zu begründen*. Das Argument greift nur dann, wenn die Entwicklung des entsprechenden Gebiets gemäss dem Erscheinungsbild verlaufen ist, welches durch den Zweck der Baubeschränkung erhalten werden sollte.²⁶

c. Benutzungsrecht an Aussenparkplätzen

[47] In seinem *Urteil 5A_223/2021 vom 7. Dezember 2021* betonte das Bundesgericht, dass eine Grunddienstbarkeit nicht untergeht, weil die Ausübung unmöglich geworden ist. Der belastete Grundeigentümer kann die Löschung nur verlangen, wenn sie für das berechtigte Grundstück jegliches Interesse verloren hat. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

[48] *Zum Sachverhalt:* D. ist Eigentümer des in einer Gemeinde im Kanton Aargau gelegenen Grundstücks xxx. Dieses grenzt an das Grundstück yyy, das im Eigentum von B., C. und der A. Sàrl (Beschwerdeführer 1–3) steht. Das Grundstück yyy ist zu Gunsten des Grundstücks von D. mit einer Grunddienstbarkeit (Benutzungsrecht an drei Aussenparkplätzen) belastet. Im Jahr 2005 wurde auf dem herrschenden Grundstück yyy eine Überbauung samt Tiefgarage errichtet. Dies hatte zur Folge, dass die Grunddienstbarkeit nicht mehr ausgeübt werden konnte. D. verlangte daraufhin klageweise im Hauptstandpunkt die Zuweisung von drei Parkplätzen in der neu erstellten Tiefgarage. Eventualiter beantragte er die Wiederherstellung des früheren Zustands im Bereich der Aussenparkplätze. Der Klage war kein Erfolg beschieden. D. gelangte daraufhin an das Obergericht des Kantons Aargau, welches die Berufung bezogen auf den Eventualantrag guthiess und die Beschwerdeführer 1–3 zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verpflichtete. Die Beschwerdeführer 1–3 gelangten darauf ans Bundesgericht und forderten zusammengefasst im Hauptstandpunkt die Abweisung der Klage von D.

[49] *Zu den Erwägungen:* Das Bundesgericht hielt vorweg fest, zwischen den ursprünglichen Eigentümern der streitgegenständlichen Liegenschaften sei im Dienstbarkeitsvertrag vereinbart worden, dass das Benutzungsrecht der drei mittlerweile überbauten Parkplätze nur einem vorübergehenden Zweck dienen sollte und geplant worden sei, auf der Parzelle yyy eine Tiefgarage zu erstellen. Vertragsgemäss sei der jeweilige Eigentümer des Grundstücks xxx zur Löschung der

²⁵ Vgl. ALICE BRUNNER, Grundbuchliche Löschung einer Grunddienstbarkeit gemäss Art. 736 Abs. 1 ZGB, in: dRSK, publiziert am 24. November 2021, Rz. 15.

²⁶ So ALICE BRUNNER, Grundbuchliche Löschung einer Grunddienstbarkeit gemäss Art. 736 Abs. 1 ZGB, in: dRSK, publiziert am 24. November 2021, Rz. 17.

Dienstbarkeit verpflichtet worden, wenn die Tiefgarage einmal gebaut sei. Im Gegenzug hätte dieser ohne Zusatzkosten die ersten drei Parkplätze bei der Einfahrt in der neuen Tiefgarage erhalten sollen. Diese *rein obligatorische Abmachung* berechtigte den Beschwerdegegner als Rechtsnachfolger des früheren Grundeigentümers zwar nicht dazu, von den Beschwerdeführern das Überlassen von drei Parkplätzen in der Tiefgarage zu verlangen. Es habe aber nahe gelegen, dass er die *Abmachung als Teil des Grundbuchbelegs kannte* und er sich als *juristischer Laie auf seinen vermeintlichen Ersatzanspruch verliess* (E. 6.1). Die Beschwerdeführer hätten dafürgehalten, dass die Grunddienstbarkeit auch deshalb untergegangen sei, weil deren Ausübung unmöglich geworden sei, da die von der Dienstbarkeit betroffene Fläche mit der Einfahrt in die Tiefgarage des Mehrfamilienhauses überbaut worden sei. Dem widersprach das Bundesgericht allerdings und führte aus, dass die Beschwerdeführer keine diesbezüglichen Klagen erhoben und nicht dargetan hätten, weshalb ein Rückbau der Tiefgarage nicht möglich gewesen sein soll. Allein die Tatsache, dass ein solcher Rückbau die Beschwerdeführer teuer zu stehen komme, begründe weder eine rechtliche noch eine *tatsächliche Unmöglichkeit*. Das Gesetz trage den Anliegen der Beschwerdeführer dadurch gebührend Rechnung, dass der *belastete Grundeigentümer* einen *Anspruch auf Verlegung der Dienstbarkeit* habe (E. 7.2).

d. Inhalt und Umfang eines Fuss- und Fahrwegrechts

[50] Im *Urteil 5A_346/2021 vom 29. November 2021* befasste sich das Bundesgericht mit dem Inhalt und Umfang eines an einem See entlangführenden Fuss- und Fahrwegrechts. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

[51] *Zum Sachverhalt:* B. ist Eigentümer des Grundstücks KTN 122 «D.» in einer im Kanton Schwyz gelegenen Gemeinde. Die Gemeinde A. ist Eigentümerin der im Jahr 2012 erworbenen Liegenschaften KTN 1036, 1246, 1656 und 1707. Die Flächen dieser Grundstücke waren ursprünglich Teil der Liegenschaft KTN 90 «E.» (vormals GB Nr. 280), von welcher sie direkt oder indirekt abparzelliert wurden. Diese und weitere Liegenschaften (KTN 203, 119, 120, 121), insbesondere die Liegenschaft KTN 122 von B., liegen nordöstlich der in den 80-er Jahren des 19. Jahrhunderts erstellten Bahnlinie (KTN 57 und 136). Nordseitig des Bahndamms verläuft der «Bahnweg», welcher auf den Parzellen KTN 122, 121, 120, 119 und 1707 liegt. In nordöstlicher Richtung stossen die meisten Liegenschaften an den Zürichsee. Mit Vertrag vom 19. Juni 1939 tauschten C. und die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) gegenseitig Land. Hauptziel der Transaktion war, den SBB Land zu verschaffen, damit diese den bisherigen Bahnübergang durch eine Unterführung ersetzen konnten. Gleichzeitig wurde das auf der Überführung gelegene Fuss- und Fahrwegrecht auf die Unterführung eingetragen. Ausserdem vereinbarten die Parteien, dass «der jeweilige Eigentümer der Liegenschaft GB Nr. 280 [heute: Nr. 90 und die davon abparzellierten Grundstücke Nr. 1036, 1246, 1656 und 1707] Fahrrecht auf dem Parallelweg [heute: Bahnweg] in den Grundstücken GB Nr. 281 [heute: 119], 493 [heute: 121], 282, 296 [heute: 122] bis zur Liegenschaft «F.» [heute: 132]» hat. Im Nachtrag vom 21. September 1939 wurde folgende Ergänzung bzw. Präzisierung angebracht: «Andererseits erhält Nr. 280 [heute: 90] durch Nr. 281 [heute: 119], 467 [heute: 120], 493 [heute: 121], 296 [heute: 122], 419 [heute: 135], 413 [heute: 134], 297 [heute: 132] und 410 [heute: 133] (d.h. bis zur Liegenschaft «F.») das Fahrrecht, gemäss den mit den Eigentümern der genannten Grundstücke abgeschlossenen Verträgen. Nota: Nachdem der seeseitige Teil von Grundstück Nr. 282 «G.» der Liegenschaft Nr. 296 «D.» einverleibt wird, bleibt GB Nr. 282 für das Fahrrecht unerwähnt.» Entgegen dem Hinweis im Nachtrag wird

de zwischen den Eigentümern der Liegenschaften GB Nr. 280 und GB Nr. 296 kein gesonderter Vertrag abgeschlossen. Die Dienstbarkeit wurde 1997 als «Fuss- und Fahrwegrecht» in das eidge-nössische Grundbuch überführt. Die Gemeinde A. beabsichtigte, auf ihren Grundstücken am See einen öffentlichen, zu Fuss und mit dem Fahrrad zugänglichen Park mit Steganlage und Pavillon inkl. WC-Anlage und Unterhaltsraum zu erstellen und ersuchte infolgedessen um eine Baubewil-ligung. Die Baustellenzufahrt und die Notzufahrten hätten über den «Bahnweg» erfolgen sollen. B. reichte am 30. Mai 2017 gegen die Gemeinde A. Klage bzw. privatrechtliche Baueinsprache ein und beantragte, es sei der Gemeinde zu untersagen, das im Amtsblatt publizierte Bauvorhaben auszuführen, soweit das Baugesuch die Beanspruchung seines Grundstücks als Baustellen- und Notzufahrt vorsieht. Das erstinstanzliche Gericht untersagte der Gemeinde A., das Grundstück KTN 122 als Baustellenzufahrt zu benützen. Die dagegen erhobene Berufung der Gemeinde A. wies das Kantonsgericht Schwyz ab. Die dagegen erhobene Beschwerde der Gemeinde A. wurde durch das Bundesgericht mit Urteil vom 18. September 2020 gutgeheissen und zu neuem Ent-scheid an die Vorinstanz zurückgewiesen, welche die Berufung im Neubeurteilungsverfahren mit Urteil vom 22. März 2021 abwies. Die beschwerdeführende Gemeinde A. beantragte mit Eingabe vom 4. Mai 2021 dem Bundesgericht, das Urteil des Kantonsgerichts Schwyz vom 22. März 2021 aufzuheben und die Klage des Beschwerdegegners B. abzuweisen.

[52] *Zu den Erwägungen:* Das Bundesgericht hielt einleitend fest, dass für die Ermittlung von In-halt und Umfang einer Dienstbarkeit Art. 738 ZGB eine *Stufenordnung* vorgebe. Ausgangspunkt sei der *Grundbucheintrag*. Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrag deutlich ergeben würden, sei dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend. Nur wenn sein Wortlaut unklar sei, dürfe im Rahmen des Eintrags auf den *Erwerbsgrund* abgestellt werden. Die gesetzliche Stu-fenordnung sei auch bei der Ermittlung des Zwecks der Dienstbarkeit zu beachten. Im Verhältnis unter den *ursprünglichen Vertragsparteien* sei in erster Linie der *Zweck* massgebend, zu dem die *Dienstbarkeit errichtet worden sei*. Im Verhältnis zu *Dritten* sei allerdings *derjenige Zweck* massge-bend, der aus dem *Dienstbarkeitsvertrag* selber hervorgehe oder objektiv erkennbar sei. Die Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks würden somit in die Auslegung des Erwerbstitels einbezogen und seien Teil davon. Die Ermittlung, welchen Sinn und Zweck die Dienstbarkeit zum Zeitpunkt der Errichtung hätte, betreffe die *objektivierte Vertragsauslegung* aufgrund der Bedürfnisse des herr-schenden Grundstücks, welche das Bundesgericht als Rechtsfrage überprüfen könne (E. 2.1). Die Beschwerdeführerin habe eine Verletzung der Art. 738 und Art. 973 Abs. 1 ZGB gerügt und gel-tend gemacht, der Erwerbsgrund der Dienstbarkeit sei durch objektivierte Vertragsauslegung zu ermitteln (E. 2.5). Das Bundesgericht hielt fest, dass, falls das Fuss- und Fahrwegrecht zur land-wirtschaftlichen Nutzung der berechtigten Grundstücke begründet worden sei, dürfe es den neu-en Bedürfnissen, die durch Umzonung der berechtigten Grundstücke von der Landwirtschafts-zone in die Intensiverholungszone (und damit verbunden durch die Nutzung der berechtigten Grundstücke als öffentliche Parkanlage) entstehen, nicht dienstbar gemacht werden. Die Dienst-barkeit werde bei der Eintragung im Hauptbuchblatt nur mit einem Stichwort bezeichnet. Aus diesem Grund würden funktionelle Beschränkungen einer Dienstbarkeit nur ausnahmsweise im Wortlaut des Grundbucheintrags erscheinen. Der Eintrag «Fuss- und Fahrwegrecht» lege somit dessen Zweck nicht eindeutig fest. Auch der gute Glaube in das Grundbuch helfe nicht weiter. Wenn der Eintrag die Dienstbarkeit nicht ausreichend zu bestimmen vermöge (und bspw. schlicht auf «Wegrecht» laute) sei der *Dritterwerber verpflichtet*, die *Grundbuchbelege einzusehen* und zu vergleichen (E. 2.6.2). Auch der Vertrag, der das Wegrecht begründet hätte, würde sich zu dessen Zweck ausschweigen. Bei objektiver Betrachtung würden jedoch die Anhaltspunkte dafürspre-

chen, dass es sich um ein *Wegrecht zu landwirtschaftlichen Zwecken* gehandelt hätte. Entsprechend dürfe dieses Wegrecht *dem Betrieb eines Freizeitparks nicht dienstbar gemacht werden*. Entscheidend sei gewesen, dass der Begründer der Dienstbarkeit *Landwirt* gewesen sei. Er hätte deshalb bei der Errichtung der Dienstbarkeit im Zweifelsfall nicht mehr gewollt, als in der Urkunde niedergeschrieben worden sei. Verurkundet worden sei ein Wegrecht, welches ihm die *landwirtschaftliche Nutzung seines Grundstücks* ermöglicht hätte (E. 2.6.3).

e. Baurechtszins und negative Feststellungsklage (Art. 779 ZGB)

[53] Im *Urteil 5A_373/2021 vom 28. Januar 2022* ging es um die Feststellung über den Bestand einer Forderung aus einer Baurechtsdienstbarkeit. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

[54] *Zum Sachverhalt:* Die Baurechtsgeber vereinbarten mit der ursprünglichen Baurechtsnehmerin (Bank 1) mittels Baurechtsvertrag vom 11. Oktober 1985, auf dem im hälftigen Miteigentum stehenden Grundstück zugunsten der Baurechtsnehmerin für die Dauer von 100 Jahren ein selbständiges und dauerndes Baurecht zu errichten, mit einem indexierten Baurechtszins von CHF 2 Mio. p.a. Die Baurechtsnehmerin begründete auf dem Baurechtsgrundstück im Jahr 1988 sechs Stockwerkeinheiten. Drei der Stockwerkeinheiten verkaufte sie der Bank 2. Im Kaufvertrag (zwischen Bank 1 und Bank 2) wurde u.a. vereinbart, dass die Käuferin (Bank 2) durch den Vertragseintritt verpflichtet werde, die Hälfte des Baurechtszinses mit Abrechnung Wert Antrittstag zu übernehmen. 2014 verkaufte die Bank 2 ihre drei Stockwerkeinheiten einer AG und übertrug der Erwerberin die Pflicht zur Bezahlung der auf die drei Stockwerkeinheiten entfallenden Baurechtszinsen. Die Baurechtsgeber stellten sich in der Folge auf den Standpunkt, die Bank 2 sei trotz Veräusserung Schuldnerin der Hälfte des Baurechtszinses geblieben. Die Bank 2 klagte 2016 auf Feststellung, dass sie den Baurechtsgebern ab dem Zeitpunkt der Grundbucheintragung der AG (als neue Eigentümerin) keinen Baurechtszins mehr schulde, auch nicht solidarisch mit Dritten. Die Klage wurde gutgeheissen. Der von den Baurechtsgebern erhobenen Berufung war kein Erfolg beschieden. Im Jahr 2021 gelangten die Baurechtsgeber mittels Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht und forderten zusammengefasst im Hauptstandpunkt, die Klage der Bank 2 (bundesgerichtliche Beschwerdegegnerin) sei abzuweisen.

[55] *Zu den Erwägungen:* Die Bank 1 sei ursprüngliche Vertragspartnerin der Baurechtsgeber und Schuldnerin des Baurechtszinses gewesen. Mit der Umwandlung der Baurechtsparzelle in Stockwerkeigentum sei die Bank 1 (als Eigentümerin aller Stockwerkeinheiten) sachenrechtlich alleinige Baurechtsnehmerin geworden. Ab dem Zeitpunkt der Übertragung von drei Stockwerkeinheiten sei sie zusammen mit der Bank 2 gewesen (vgl. E. 3.3.1 und 3.4). Gestützt auf das Gesetz sei die Bank 2 nie direkt Schuldnerin des Baurechtszinses geworden, womit die Baurechtsgeber keinen sich gesetzlich ergebenden Anspruch gegenüber der Beschwerdegegnerin auf (anteilmäßige) Bezahlung des Baurechtszinses erworben hätten. Soweit die Baurechtsgeber die Bank 2 allein gestützt auf Gesetz (und unabhängig von den abgeschlossenen Verträgen) als weiterhin in der Pflicht stehend erachtet hätten, hätten sich diesbezüglich erhobene Rügen als unbegründet erwiesen (vgl. E. 3.4). Mit dem Erwerb der drei Stockwerkeinheiten sei die Bank 2 im entsprechenden Umfang in die Rechtsposition der ursprünglichen Baurechtsnehmerin (Bank 1) eingetreten und somit auch Baurechtsnehmerin geworden (vgl. E. 3.3.1 und 5.4.3). Die Bank 2 sei gegenüber der Stockwerkeigentümergemeinschaft Schuldnerin für ihren Anteil am Baurechtszins geworden (vgl. E. 3.2.2). Dies sei auch entsprechend im Baurechtsvertrag festgehalten worden. *Keine Folge*

des Vertragseintritts der Bank 2 in den Baurechtsvertrag sei jedoch gewesen, dass sich die Bank 2 direkt gegenüber den Baurechtsgebern zur anteilmässigen Bezahlung des Baurechtszinses hätte verpflichten wollen (vgl. E. 5.4.3).

f. Actio confessoria betreffend Dienstbarkeit im Miteigentum

[56] Das italienischsprachige *Urteil 5A_1014/2018 vom 9. Februar 2022* drehte sich um Fragen der Aktiv- bzw. Passivlegitimation einer *actio confessoria* betreffend eine Grunddienstbarkeit in einem Miteigentumsverhältnis. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

[57] *Zum Sachverhalt:* Die in einer Gemeinde im Kanton Tessin gelegenen Liegenschaften Nrn. 2986, 3440, 3441 und 3442 sind gegenseitig mit einer Grunddienstbarkeit (Höhenbeschränkung) belastet. Nachdem A., die Eigentümerin der Liegenschaft Nr. 3442, am 17. März 2008 eine Baugenehmigung erhalten hatte, um das Flachdach ihres Hauses durch ein Steildach zu ersetzen, beantragten die damaligen Eigentümer der Liegenschaft Nr. 3441, B., C., D., der Eigentümer der Liegenschaft Nr. 2986, E., sowie der damalige Eigentümer der Liegenschaft Nr. 3440, mittels einer *actio confessoria* klageweise, dass A. die Errichtung von Bauten, die eine Höhe von 7 m über dem natürlichen Bodenniveau überschreiten, zu untersagen. Zudem solle A. zum Abriss aller Bauten verpflichtet werden, welche die in der Grunddienstbarkeit erwähnte Höhe überschreiten würden. Widerklageweise beantragte A. zusammengefasst, das Steildach insoweit erhalten zu dürfen, als es die in der Grunddienstbarkeit vorgesehene maximale Höhe nicht überschreite, und dass die Gegenparteien dazu verpflichtet werden, alle auf ihrem Grundstück errichteten Bauten oder Anlagen zu entfernen, die ihrerseits die erwähnte Grunddienstbarkeit höhenmäßig verletzten. Im Laufe des Verfahrens schenkte B. seinen Miteigentumsanteil an der Liegenschaft Nr. 3441 seinen Söhnen C. und D., während F. die Parzelle Nr. 3440 an seine Söhne I., J., und K. verschenkte. A. verkündete den Architekten G. und H. den Streit und schenkte am 26. April 2016 die Hälfte seiner Parzelle Nr. 3442 ihrem Lebenspartner L. Die Beschenkten traten nicht an Stelle der Schenker in das Verfahren ein. Mit Entscheid vom 20. September 2017 ordnete das Gericht an, dass jegliche Bauten auf der Liegenschaft Nr. 3442, die die Höhe von 7 m über dem natürlichen Bodenniveau überschreiten, entsprechend der Höhenbeschränkung abzureißen seien. Sowohl die Widerklage als auch die Berufung von A. wurden abgewiesen. A. beantragte daraufhin vor Bundesgericht sinngemäss im Hauptstandpunkt, die Berufung für zulässig zu erklären und dass die Sache zur Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei.

[58] *Zu den Erwägungen:* Das Bundesgericht hob zunächst in prozessualer Hinsicht hervor, dass in Bezug auf die Passivlegitimation die Klage bei Miteigentum gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen gegenüber allen Miteigentümern erhoben werden müsse (*notwendige Streitgenossenschaft*), auch wenn die Störung auf einen Einzelnen zurückzuführen sei (E. 2.1). Nach Ansicht der Vorinstanz sei A. auch im Hinblick auf ihre Widerklage nicht allein zur Berufung berechtigt gewesen. So hätte die Vorinstanz denn auch festgestellt, dass die Mitwirkung aller Miteigentümer nicht nur erforderlich gewesen sei, um ein Grundstück mit dinglichen Rechten zu belasten, sondern auch, um es in den Genuss solcher Rechte zu bringen. Etwas anderes gelte nur, wenn die Miteigentümer einstimmig eine andere Ordnung vereinbart hätten, was hier nicht der Fall gewesen sei. Gemäss Art. 674 Abs. 3 ZGB hätte die Erlangung eines Überbaurechts die Zahlung einer Entschädigung vorausgesetzt, weshalb A. nicht von der Ausnahme hätte ausgehen können, wonach ein Miteigentümer allein die Bestellung eines dinglichen Rechts zugunsten seines Grundstücks verlangen könne, wenn dieses Recht unentgeltlich bestellt werde und es keine Verpflichtungen

für die anderen Miteigentümer mit sich bringe (E. 2.2). Die Vorinstanz hätte das Rechtsmittel, welches nicht von allen notwendigen Streitgenossen erhoben worden sei, deshalb als unzulässig erachtet (E. 2.3). Das Bundesgericht verwies in seinen Erwägungen auf Art. 737 Abs. 1 ZGB, wonach der Dienstbarkeitsberechtigte befugt sei, alles zu tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit nötig sei. Werde er in der Ausübung seines Rechts gestört, könne er eine *actio confessoria* erheben, um den mit der Grunddienstbarkeit unvereinbaren Zustand zu beseitigen. Die Klage könne sich gegen jede Person richten, die die Einwirkung in die Rechtsausübung verursacht hätte. Folglich müsste sich die *actio confessoria* gegen den Störer richten (E. 4.1.1). Eine notwendige passive Streitgenossenschaft läge insbesondere dann vor, wenn mehrere Personen gemeinsam das passive Subjekt eines einzigen Rechts seien, so dass jeder Miteigentümer nicht allein dafür gerichtlich belangt werden könne. In Bezug auf das Miteigentum verwies das Bundesgericht auf die herrschende Lehre, wonach die Miteigentümer bei Ansprüchen Dritter, die die *ganze Sache* betreffen würden und unteilbar seien, eine *notwendige passive Streitgenossenschaft* bildeten. Die *actio confessoria* gelte gerade als eine der unteilbaren Ansprüche. Entsprechend zog das Bundesgericht den Schluss, dass eine solche *actio confessoria*, wenn sie eine ganze im Miteigentum stehende Sache betreffe, eine notwendige passive Streitgenossenschaft voraussetzen würde (E. 4.1.2). Die Vorinstanz hätte daher nicht gegen Bundesrecht verstossen, indem sie das Vorliegen einer notwendigen passiven Streitgenossenschaft der Miteigentümer des dienenden Grundstücks festgestellt und für die Klage vorausgesetzt habe (E. 4.1.3).

g. Unterlassung hinsichtlich Bauhöhenbeschränkung

[59] Im *Urteil 5A_28/2021 vom 31. März 2022* ging es um eine Unterlassung betreffend eine Dienstbarkeit in Form einer Bauhöhenbeschränkung. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

[60] *Zum Sachverhalt:* Die beschwerdeführende A. GmbH und die beschwerdebeklagte B. AG sind Eigentümerinnen von zwei benachbarten, in einer Gemeinde im Kanton Schwyz gelegenen Grundstücken. Zulasten des Grundstückes xxx der A. GmbH und zugunsten des Grundstückes yyy der B. AG wurde im Grundbuch ein «Näherbaurecht» eingetragen. Ferner wurde zugunsten des Grundstückes xxx und zulasten des Grundstückes yyy im Grundbuch eine «Bauhöhenbeschränkung» vermerkt. Die B. AG beabsichtigte, die auf dem Grundstück yyy bestehenden Bauten (Einfamilienhaus mit Zahnarztpraxis-Anbau) abzubrechen und einen Neubau zu erstellen. Gestützt auf die Bauhöhenbeschränkung beantragte die A. GmbH klageweise, dass die B. AG das Neubauvorhaben zu unterlassen habe. Die Klage und die dagegen erhobene Berufung wurden abgewiesen. Mit Beschwerde vom 11. Januar 2021 wandte sich die A. GmbH an das Bundesgericht. Sie beantragte sinngemäss im Hauptstandpunkt, das Urteil des Kantonserichts und dasjenige des Bezirksgerichts seien aufzuheben und der B. AG sei zu verbieten, auf dem Grundstück GB yyy ein Bauvorhaben in Verletzung der Bauhöhenbeschränkung zu realisieren, wobei sie namentlich auf der Einhaltung bestimmter Maximalhöhen bestehe.

[61] *Zu den Erwägungen:* Die Parteien seien sich uneinig gewesen, ob die Bauhöhdienstbarkeit, die auf dem Grundstück der Beschwerdegegnerin laste, weiterhin Bestand hätte und wenn ja, in welchem Umfang (E. 3). Für die Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit sei die Stufenordnung von Art. 738 ZGB zu beachten (E. 3.4.2). Das Bundesgericht bestätigte die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach *das Näherbaurecht und die Bauhöhenbeschränkung derart miteinander verknüpft seien*, dass die *Bauhöhenbeschränkung* (nach Abbruch der alten Gebäude) für

neue Bauvorhaben, die das Näherbaurecht nicht mehr benötigen würden, auch *keine Geltung* mehr beanspruchen würden (E. 3.5.6).

h. Bauverbot

[62] Im Urteil *5A_692/2021 vom 25. April 2022* hatte sich das Bundesgericht mit einer als «Bauverbot» im Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeit auseinanderzusetzen. Gegenstand seiner Ausführungen war u.a. die Auslegung der streitgegenständlichen Dienstbarkeit. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

[63] *Zum Sachverhalt:* Die damaligen Eigentümer zweier Nachbargrundstücke (Nrn. vvv und www) einer im Kanton Graubünden gelegenen Gemeinde vereinbarten mit Tauschvertrag vom 9. Februar 1981 eine Dienstbarkeit (Grundbucheintrag: 9. Februar 1981). Diese Dienstbarkeit belastete sowohl die Parzelle Nr. vvv als auch die heutige Parzelle Nr. www mit einem Bauverbot zugunsten des jeweils anderen Grundstücks. Auf dem Hauptbuchblatt des Grundstücks Nr. vvv lautete der Vermerk für die dieses Grundstück begünstigende Dienstbarkeit «Bauverbot zulasten Grundstück Nr. www». Heute sind A. und B. Miteigentümer der Stockwerkeinheit Nr. yyy auf dem Stammgrundstück Nr. vvv. C. ist Eigentümer des Grundstücks Nr. www. Er beabsichtigte, auf seinem Grundstück ein Zweifamilienhaus und im Bereich seiner Parzelle, welcher mit der Dienstbarkeit belastet ist, eine Tiefgarage mit Ski- und Veloraum zu bauen. Die entsprechende Baubewilligung wurde erteilt. Das ganze Verfahren mündete im Bundesgerichtsurteil *1C_590/2016 vom 7. August 2017*. Am 22. August 2016 forderte D. (nach durchlaufenem Schlichtungsverfahren) beim zuständigen Regionalgericht klageweise erfolglos, es sei C. zu verbieten, auf seiner Parzelle das Bauvorhaben gemäss Baugesuch Nr. zzz (bzw. Bau- und Einspracheentscheid vom 9. November 2015) auszuführen oder ausführen zu lassen. Im Verlauf des zweiten Schriftenwechsels traten A. und B. als neue Eigentümer der Stockwerkeinheit Nr. yyy auf dem Grundstück Nr. vvv in den Prozess ein. Auch der von A. und B. erhobenen Berufung an das Kantonsgesetz Graubünden war kein Erfolg beschieden. A. und B. gelangten mit Beschwerde an das Bundesgericht und erneuerten ihre vor Vorinstanz gestellten Begehren.

[64] *Zu den Erwägungen:* Einleitend führte das Bundesgericht seine gängigen Ausführungen betreffend die Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit gemäss Art. 738 ZGB an (vgl. E. 3.1 f.). Vorliegend hätte der Grundbucheintrag auf «Bauverbot zulasten Grundstück Nr. www» gelautet (E. 4). Die Vorinstanz hätte erwogen, aus dem Grundbucheintrag ergäben sich keine Einzelheiten zum Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit, weshalb auf den Erwerbsgrund abzustellen sei (E. 4.1). Die beschwerdeführenden A. und B. hätten dafür gehalten, der Grundbucheintrag sei klar und unmissverständlich, weshalb die Dienstbarkeit nach Art. 738 Abs. 1 ZGB auszulegen sei. Ein Bauverbot sei bereits vom Wortlaut her per se absolut und müsse auch im Grundbuch mit einem entsprechenden Vermerk versehen oder nicht als Bauverbot, sondern als Baubeschränkung, eingetragen werden. A. und B. hätten sich als Käufer in guten Treuen auf den Grundbucheintrag verlassen und davon ausgehen können, dass ein Bauverbot ein Verbot sei und Bauen verbiete. Sie hätten nicht noch weitere Abklärungen treffen müssen, ob trotz des absoluten Charakters ein «Bauen» in einem beschränkten Ausmass erlaubt sei (E. 4.2). Das Bundesgericht betonte, eine Dienstbarkeit belaste das Grundstück grundsätzlich stets als Ganzes. Die Ausübung der Dienstbarkeit (und damit die Inanspruchnahme des belasteten Grundstücks) könne jedoch vertraglich oder durch den Wortlaut der Eintragung räumlich begrenzt werden, wobei sich eine räumliche Begrenzung auch aus dem Inhalt der Grunddienstbarkeit selbst ergeben könne. Vorliegend seien

die *beiden berechtigten bzw. belasteten Grundstücke im Errichtungszeitpunkt bereits teilweise überbaut gewesen*, so dass von vornherein von einer *räumlich beschränkten Ausübung des Bauverbots* ausgegangen werden müsse. Sodann habe der aus einer Bauverbotsdienstbarkeit Berechtigte *kein abstraktes, räumlich uneingeschränktes Recht*. Vielmehr berechtigte die Bauverbotsdienstbarkeit den Berechtigten nur insofern, als er an der Ausübung der Dienstbarkeit ein Interesse habe. Eine Bauverbotsdienstbarkeit als solche sei eben gerade nicht absolut, sondern ihr seien *gewisse (räumliche) Einschränkungen* inhärent. Einzelheiten dazu hätten sich dem Grundbucheintrag vorliegend indes nicht entnehmen lassen (E. 4.3). *In casu* stelle der Tauschvertrag vom 9. Februar 1981 den *Erwerbsgrund* im Sinne des Gesetzes dar, welchen folgenden Wortlaut aufweise: «Bauverbot zu gunsten Parzelle Nr. vvv und zulasten Parzelle Nr. xxx mit folgendem Inhalt: Der jeweilige Eigentümer der Parzelle Nr. xxx darf auf der im beiliegendem [sic] Situationsplan rot schraffierter [sic] Fläche keinerlei Hochbauten errichten.» (E. 5). Die Vorinstanz sei zu einer *Auslegung des Erwerbsgrunds* geschritten (E. 5.1). Dabei hätte es den Wortlaut des Dienstbarkeitsvertrags ausgelegt, welcher besagt hätte, dass auf der baurechtsbelasteten Fläche keine Hochbauten errichtet werden dürften. Das hätte gleichzeitig bedeutet, dass nicht jede Art von Baute verboten sei, sondern eben nur Hochbauten (E. 5.1.1). Eine Auslegung des Zwecks, welcher der Dienstbarkeit vernünftigerweise beizumessen sei, hätte gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen ergeben, dass sich *die ursprünglichen Vertragsparteien mit dem gegenseitigen Verbot von Hochbauten hauptsächlich die Belichtung, Besonnung und Aussicht nach Südwesten bzw. Südosten hätten bewahren wollen* (E. 5.1.2). Im Bereich des Bauverbots würde das gesamte Bauvorhaben unter dem heutigen Terrain zu liegen kommen, weshalb von einer gemäss Dienstbarkeit verbotenen «Hochbaute» nicht die Rede sein könne (E. 5.1.3). A. und B. hätten dafürgehalten, die Vorinstanz sei bei ihrer Auslegung des Begriffes der Hochbaute davon ausgegangen, dass eine solche wesentlich den Erdboden überrage. Als Erdboden könne dabei das ursprüngliche Terrain logischerweise nur dann gelten, wenn es im Zuge der Errichtung der Baute unverändert wiederhergestellt worden sei. Werde das ursprüngliche Terrain dagegen wie hier (im Zuge der Errichtung der Baute) wesentlich verändert, müsse bei der Beurteilung, ob hier eine Hochbaute errichtet werde, auf das neue Terrain nach Errichtung der Baute abgestellt werden (E. 5.2.1). Das Bauvorhaben verletze die Dienstbarkeit aber auch dann, wenn man auf die hypothetische Zweckbestimmung zurückgreife. Entscheidend sei, welchen Zweck die Dienstbarkeit für die heutigen Parteien hätte. Das Bauverbot diene der Verhinderung von Immissionen, der Beschränkung des Bauvolumens und der Erhöhung der Wohnqualität für die dienstbarkeitsberechtigten Nachbarn bzw. deren Sicherung entsprechend dem heutigen Zustand (E. 5.2.2). Es sei gemäss Bundesgericht nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz für die *Ermittlung des Wortsinns nach dem lokalen Sprachgebrauch zur Zeit der Dienstbarkeitserrichtung* einerseits auf den *Duden* und andererseits auf ihre *eigene Rechtsprechung von rund zwanzig Jahren vor Vertragsschluss* zurückgegriffen hätte. Mit der Vorinstanz sei demnach davon auszugehen, dass die Dienstbarkeit *nur «Hochbauten» umfasse*, welche grundsätzlich als hauptsächlich *«über dem Erdboden liegende Bauwerke»* zu verstehen seien (E. 5.3.1). Nach den Feststellungen im angefochtenen Entscheid werde sich das gesamte Bauwerk unter dem bisherigen Erdboden und/oder auf demselben Niveau befinden (E. 5.3.2). Aus dem *Wortlaut des Tauschvertrags* ergebe sich nicht, ob die bisherige oder die neue Erdoberfläche massgeblich für die Definition des Bauvorhabens als Hochbaute sein solle. Hier sei der mit der Dienstbarkeit beabsichtigte Zweck heranzuziehen (E. 5.3.3). Vorliegend sei für die *Bestimmung des Zwecks der Dienstbarkeit von Bedeutung*, dass die damaligen Vertragsparteien ihre in Hanglage im obersten Bereich des Dorfes liegenden Grundstücke jeweils gegenseitig mit einem Bauverbot zugunsten des anderen belastet hätten, wobei *die vom Bauverbot betroffene Fläche auf dem fremden Grundstück in südwestlicher (A.*

und B.) bzw. südöstlicher Richtung (C.) der eigenen Parzelle liege. Die Bauverbote hätten mithin unter anderem zur Folge, dass der Einfall von Vormittags- und Mittagssonne (C.) bzw. von Mittags- und Nachmittagssonne (A. und B.) auf die eigene Parzelle nicht durch Errichtung eines Gebäudes auf dem Nachbargrundstück beeinträchtigt werde. Bei diesen tatsächlichen Verhältnissen und angesichts der Tatsache, dass die damaligen Vertragsparteien gerade kein umfassendes Bauverbot vereinbarten, sei die Schlussfolgerung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, mit dem gegenseitigen Verbot von Hochbauten hätte hauptsächlich die Belichtung, Besonnung und Aussicht nach Südwesten bzw. Südosten gesichert werden sollen. Sie trage dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und dem Gebot der restriktiven Auslegung von Dienstbarkeiten Rechnung. Damit erweise sich die Rüge der Verletzung von Art. 738 ZGB als unbegründet (E. 5.3.4).

i. Umfang und Verlauf eines Wegrechts

[65] Im Urteil 5A_472/2021 vom 29. März 2022 hatte sich das Bundesgericht mit Fragen betreffend den Umfang und den Verlauf eines Wegrechts auseinanderzusetzen. Da vorliegend der Streitwert für eine Beschwerde in Zivilsachen nicht erfüllt war, wurde die Beschwerde als subsidiäre Verfassungsbeschwerde behandelt. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit darauf einzutreten war.

[66] Zum Sachverhalt: Die benachbarten Grundstücke Nrn. www und xxx in einer im Kanton Wallis gelegenen Gemeinde sind je mit einem Einfamilienhaus mit Garage überbaut. Die Zufahrt zum Grundstück Nr. xxx ab der öffentlichen yyy-Strasse (Ausrichtung: Ost-West) erfolgt über eine Stichstrasse (Ausrichtung: Nord-Süd), deren Benutzung ein im Grundbuch eingetragenes Fuss- und Fahrwegrecht von 3 m Breite zugunsten des Grundstücks Nr. xxx und zulasten unter anderem des Grundstücks Nr. www gewährleistet. Der Weg führt auf dem belasteten Grundstück Nr. www über einen teils asphaltierten und teils mit Pflastersteinen belegten Platz zwischen den beiden Einfamilienhäusern. Die heutigen Eigentümer des berechtigten Grundstücks Nr. xxx (B.) und des belasteten Grundstücks Nr. www (Ehegatten A.) sind sich über den Umfang und den Verlauf des Wegrechts nicht einig. B. forderte im Jahr 2019 klageweise sinngemäss, den Ehegatten A. sei zu verbieten, die Durchfahrt zu seiner Garage und seinem Aussenabstellplatz zu blockieren oder zu behindern. Widerklageweise beantragten die Ehegatten A. unter anderem, B. sei zu verbieten, ihr Grundstück ausserhalb des Zugangs- und Zufahrtsrechts von 3 m Breite zu betreten und zu befahren. Das zuständige Gericht verbot daraufhin B., Fahrzeuge ganz oder teilweise ausserhalb der dienstbarkeitsbelasteten Fläche zu parkieren oder parkieren zu lassen. Es verbot den Ehegatten A., Fahrzeuge ganz oder teilweise auf der dienstbarkeitsbelasteten Fläche zu parkieren oder parkieren zu lassen. Die Ehegatten A. erhoben beim Kantonsgericht Wallis Berufung und erneuerten ihr Widerklagebegehr, welche das Kantonsgericht teilweise gut hiess. Auf das Unterlassungsbegehr von B. trat es hingegen nicht ein und stellte die Wegrechtsfläche in Worten und zeichnerisch auf einem Plan fest. Die Wegrechtsfläche ergibt sich danach aus einer Verlängerung der Stichstrasse über das belastete Grundstück Nr. www und bildet ein in die Länge gezogenes Dreieck an der Grenze zum berechtigten Grundstück Nr. xxx. In teilweiser Gutheissung der Widerklage verbot das Kantonsgericht B., das Grundstück Nr. www ausserhalb der belasteten Fläche zu befahren. Die beschwerdeführenden Ehegatten A. beantragten am 7. Juni 2021 dem Bundesgericht, das kantonsgerichtliche Urteil (mit Ausnahme von dessen Dispositiv-Ziff. 1) aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an das Kantonsgericht zurückzuweisen, eventuell B. (Beschwerdegegner) zu verbieten, ausserhalb des Zugangs- und Zufahrtsrechts von 3 m Breite ge-

mäss Grundbuchbeleg Nr. zzz das Grundstück Nr. www zu betreten und zu befahren. (Hinweis: Beim Grundbuchbeleg Nr. zzz handelt sich um einen von den Begründungsparteien unterschriebenen und dem Grundbuchgeometer gezeichneten Situationsplan. Die Wegrechtsfläche bildet danach einen Viertelkreis, um auf dem belasteten Grundstück Nr. www von der Stichstrasse her einfahrend direkt in Richtung des berechtigten Grundstücks Nr. xxx abzubiegen.)

[67] *Zu den Erwägungen:* Das Bundesgericht hielt zu Beginn fest, dass das angefochtene Urteil den Umfang einer Grunddienstbarkeit betreffe und damit eine Zivilsache in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit. Deren Streitwert würde gemäss den kantonsgerichtlichen Feststellungen CHF 17'627.25 betragen. Damit würde der für die Beschwerde in Zivilsachen vorausgesetzte Mindeststreitwert von CHF 30'000 nicht erreicht (E. 1.1). Die Ausführungen der Beschwerdeführer hätten belegt, dass es vorliegend um eine *blosse Rechtsanwendungsfrage in ihrem konkreten Fall* und damit *nicht um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung* gehe. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung dürfe *in casu* nicht bejaht werden (E. 1.2.3). Wenn die Beschwerde in Zivilsachen unzulässig sei, könne die Eingabe als Verfassungsbeschwerde entgegengenommen werden, soweit deren Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt seien. Dies sei vorliegend der Fall und auf die fristgerecht erhobene *Verfassungsbeschwerde* könne eingetreten werden (E. 1.3). Die Beschwerdeführer hätten Willkür nach Art. 9 BV und eine Verletzung der Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV geltend gemacht (E. 2.1). Aus der Eigentumsgarantie hätten die Beschwerdeführer im Verhältnis zum Beschwerdegegner unmittelbar nichts ableiten können (E. 2.2). Willkürlich sei eine Rechtsanwendung nicht schon dann, wenn sie falsch sei. Willkürlich setze vielmehr voraus, dass eine Rechtsnorm qualifiziert unrichtig angewendet worden sei. Dass das angefochtene Urteil nicht bloss *in der Begründung*, sondern *im Ergebnis* als willkürlich erscheine, hätten die Beschwerdeführer zu begründen und zu belegen (E. 2.3). Das Kantonsgericht hätte festgestellt, die Beschwerdeparteien hätten das wegrechtsbelastete bzw. das wegrechtsberechtigte Grundstück erst *nach der Begründung und Eintragung des Wegrechts im Grundbuch erworben* (E. 3.1). Die Auslegungsgrundsätze *im Verhältnis unter Dritten* hätte das Kantonsgericht Art. 738 ZGB entnommen, wonach sich zusammengefasst *Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit* nach dem *Grundbucheintrag* und (soweit undeutlich) in dessen Rahmen nach dem *Erwerbsgrund* und (soweit nicht schlüssig) nach der *unangefochtenen Ausübung der Dienstbarkeit während längerer Zeit im guten Glauben* bestimmen würden. Diesen Grundsätzen hätte das Kantonsgericht die sog. *natürliche Publizität* beigesellt und dafürgehalten, trete die Dienstbarkeit baulich in Erscheinung bzw. lasse sie sich durch bauliche Massnahmen abgrenzen, so hätten sich Erwerber diesen Zustand im Zeitpunkt des Erwerbs grundsätzlich unabhängig von Grundbucheintrag und Begründungsakt entgegenhalten zu lassen (E. 3.2). Das Kantonsgericht hätte zum baulichen Zustand klare Feststellungen getroffen (E. 3.3.1). Auch wenn die genauen Abgrenzungen verschwommen, so hätte das Kantonsgericht weiter ausgeführt, es sei auch aufgrund der Bezeichnung im Grundbuch als «*Zugangs- und Zufahrtsrecht von 3m Breite*» offenkundig, dass es dem Beschwerdegegner von diesem Punkt aus möglich sein müsse, seine Garage zu erreichen, d.h., in diese mit einem Auto hineinzufahren und einzuparkieren (E. 3.3.2). Die vorinstanzliche Aussage, dass die natürliche Publizität dem eigentlich klaren Grundbucheintrag vorgehe, hätten die Beschwerdeführer als willkürlich gerügt. Das Bundesgericht habe festgehalten, dass *nach allgemeiner Lebenserfahrung niemand ein wegrechtsberechtigtes Grundstück kaufe, ohne es vorher zu besichtigen, und dass grundsätzlich kein Dritterwerber in gutem Glauben geltend machen könne, er habe die im Grundbucheintrag nicht erwähnten Besonderheiten des Wegrechts nicht gekannt, die für ihn bei einer Besichtigung erkennbar gewesen wären*. Falls der Inhalt und Umfang des Wegrechts durch die örtlichen Gegebenheiten für jedermann sichtbar

beschränkt würden, hätte sich der Erwerber dies grundsätzlich entgegenhalten zu lassen. Die vorinstanzliche Schlussfolgerung, wonach *die natürliche Publizität auch dem eigentlich klaren Grundbucheintrag vorgehe*, sei als *willkürfrei* zu qualifizieren (E. 4.1). Willkürliche Rechtsanwendung hätten die Beschwerdeführer darin erblickt, dass das Kantonsgericht ohne hinreichenden Rechtsgrund von der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur natürlichen Publizität abgewichen sei (E. 4.2). *Willkür im Ergebnis* könne jedoch nicht bejaht werden. Die Vorinstanz hätte zusätzlich angenommen, dass die Beschwerdeführer in ihrem guten Glauben in den Situationsplan von 1993 nicht geschützt werden könnten. Von diesem Tatbestand hätte willkürfrei ausgegangen werden dürfen. Unter *Willkürgesichtspunkten* hätten sich die Beschwerdeführer folglich nicht auf den Situationsplan verlassen dürfen. Vielmehr hätten sie gemäss den vorinstanzlichen Annahmen *auf Platz erkennen können und müssen*, dass die von ihnen zugestandene Wegrechtsfläche *die Zufahrt zum Grundstück des Beschwerdegegners nicht zu gewährleisten vermöge*. Im *Ergebnis* halte das angefochtene Urteil folglich der *Willkürprüfung stand* (E. 4.3).

5. Bauhandwerkerpfandrecht

a. Fristbeginn nach Art. 839 Abs. 2 ZGB bei vorzeitigem Bauabbruch (Art. 839 Abs. 2 ZGB)

[68] Das Bundesgericht hatte im *Urteil 5A_1047/2020 vom 4. August 2021*²⁷ den Beginn der Viermonatsfrist bei der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu beurteilen. Es bestätigte mit diesem Entscheid seine Rechtsprechung, wonach im Falle eines *vorzeitigen Abbruchs der werkvertraglichen Arbeiten* die *Viermonatsfrist* von Art. 839 Abs. 2 ZGB zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts *bereits vor Vollendung der Bauarbeiten mit diesem Vertragsrücktritt* zu laufen beginnt. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut, hob das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

[69] *Zum Sachverhalt:* Im Auftrag einer Subunternehmerin führte die A. GmbH auf dem Grundstück der B. AG Lüftungsarbeiten im Rahmen eines Umbauprojekts aus. Zwecks Sicherung der ihr daraus zustehenden Werklohnforderung ersuchte die A. GmbH das Handelsgericht des Kantons Zürich um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück im Betrag von rund CHF 250'000. Das Handelsgericht wies das Gesuch ab, weshalb die A. GmbH Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht erhaben.

[70] *Zu den Erwägungen:* Umstritten vor Bundesgericht war, ob die beschwerdeführende A. GmbH die Gefährdung ihres Pfandanspruchs glaubhaft gemacht habe (E. 3). Die Vorinstanz hätte dies im Wesentlichen mit der Begründung verneint, dass es sich bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts um eine *vorsorgliche Massnahme* gehandelt hätte, deren Zweck darin liegen würde, den aus dem Ablauf der viermonatigen Eintragungsfrist drohenden, nicht wieder gutzumachenden Rechtsnachteil abzuwenden oder den Rang zu wahren (E. 3.2). Eine Gefährdung des Pfandanspruchs könne indessen nicht mit dem drohenden Ablauf der viermonatigen Verwirkungsfrist begründet werden, wenn ein Bauhandwerker um vorläufige Eintragung bereits vor Vollendung der Arbeiten oder schon nach der Verpflichtung zur Arbeitsleistung ersucht habe.

²⁷ Dazu ENEA LAUBE, Fristbeginn nach Art. 839 Abs. 2 ZGB bei vorzeitigem Bauabbruch, in: dRSK, publiziert am 19. November 2021.

(E. 3.2). Im konkreten Fall habe die Beschwerdeführerin im Gesuch zwar von einer möglichen Arbeitsniederlegung gesprochen, habe aber gleichzeitig vorgebracht, dass die Arbeiten auf dem Grundstück noch nicht vollendet seien. Entsprechend sei davon auszugehen, dass die Viermonatsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB gar noch nicht zu laufen begonnen habe. Mangels Vorbringen anderer Gründe, welche die Eintragung des Pfandrechts als besonders dringlich erscheinen lassen, sei die Gefährdung des Pfandanspruchs nicht glaubhaft gemacht (E. 3.2). Für begründet hielt das Bundesgericht, dass die Eintragungsfrist im Falle eines vorzeitigen Abbruchs der werkvertraglichen Arbeiten schon vor deren Vollendung mit diesem Vertragsrücktritt zu laufen beginne (E. 3.4).

b. Provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 839 i.V.m. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)

[71] Das französischsprachige *Urteil 5A_630/2021 vom 26. November 2021* gab dem Bundesgericht ebenfalls Anlass, sich zur provisorischen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu äussern. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

[72] *Zum Sachverhalt:* Die A. GmbH (deren Zweck u.a. darin besteht, Baumaterial aller Art zu kaufen und zu verkaufen) und die B. GmbH, welche Eigentümerin des Grundstücks Nr. 13'141 einer im Kanton Wallis gelegenen Gemeinde ist, schlossen am 21. Juli 2017 sechs Werkverträge über verschiedene Leistungen ab: (a) Lieferung und Verlegung von Fliesen für einen Betrag von CHF 630'000.50; (b) Lieferung und Einbau der Küche im Wert von CHF 500'000; (c) Lieferung und Montage der Innentüren und Schränke im Wert von CHF 140'000; (d) Sanitäreinrichtungen (Waschmaschinen und Trockner) im Wert von CHF 100'000; (e) Lieferung und Montage von anderen Sanitäranlagen im Wert von CHF 270'000. Am 20. August 2020 schlossen die Parteien einen weiteren Werkvertrag über die Lieferung und Montage von «INOX» (Abdeckungen, Zäune und Schranken) für einen Betrag von CHF 38'195.10 ab. In Erfüllung dieser Verträge lieferte die A. GmbH Material und Arbeit für den Bau von drei Mehrfamilienhäusern auf der im Eigentum der B. GmbH stehenden Parzelle Nr. 13'141. Am 13. November 2020 beantragte die A. GmbH beim zuständigen Gericht die Vormerkung einer provisorischen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu ihren Gunsten auf der Parzelle Nr. 13'141 in der Höhe von CHF 135'592.05 (zzgl. Zins zu 5 % ab dem 26. Juni 2019). Mit Urteil vom 22. April 2021 bestätigte das Gericht die angeordnete und im Grundbuch vorgenommene Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechts und wies das zuständige Grundbuchamt an, ein provisorisches Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der A. GmbH in der beantragten Höhe im Grundbuch einzutragen. Das Kantonsgericht des Kantons Wallis hiess die Berufung der B. GmbH gut, wies das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen ab und wies das zuständige Grundbuchamt an, die Löschung der strittigen Vormerkung vorzunehmen. Daraufhin gelangte die A. GmbH mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

[73] *Zu den Erwägungen:* Das Bundesgericht hielt vorweg fest, die provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 839 und 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) sei eine vorsorgliche Massnahme (Art. 261 ff. ZPO), auf welche das summarische Verfahren Anwendung finde (Art. 248 ff., Art. 249 lit. d Ziff. 5 und Art. 11 ZPO). Der Prozess unterliege der Verhandlungsmaxime, weshalb es den Parteien obliege, den Sachverhalt des Prozesses darzulegen. So müssten die Parteien die Tatsachen, auf die sie ihre Ansprüche stützen, behaupten (subjektive Behauptungslast), die entsprechenden Beweismittel vorlegen (Art. 55 Abs. 1 ZPO) und die von der Gegenpartei be-

haupteten Tatsachen bestreiten. Der Kläger trage die objektive Behauptungslast und die Beweislast (E. 3.3.2.2.). Nach ständiger Rechtsprechung dürfe die gerichtliche Fragepflicht nicht dazu dienen, prozessuale Versäumnisse zu beheben. Sie dürfe eine Partei nicht einseitig begünstigen und zu einer Verletzung des Grundsatzes der Waffengleichheit führen (E. 3.3.2.3). Die Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts für Handwerker und Unternehmen müsse spätestens innerhalb von vier Monaten nach Abschluss der Arbeit im Grundbuch vorgenommen werden. Dabei handle sich um eine *Verwirkungsfrist*, die durch die Vormerkung eines provisorischen Eintrags gewahrt werden könne. Ein Abschluss der Arbeit würde vorliegen, wenn *alle Arbeiten*, die Gegenstand des Werkvertrags sind, *ausgeführt worden seien und das Werk abgeliefert worden sei*. Dabei gelten als *Fertigstellungsarbeiten* nur diejenigen Arbeiten, die nach dem Werkvertrag ausgeführt werden müssen, nicht aber Leistungen, die zusätzlich in Auftrag gegeben werden, ohne Teil eines erweiterten Vertragsrahmens zu sein. Geringfügige Arbeiten oder Nebenarbeiten, die vom Handwerker oder Unternehmer absichtlich aufgeschoben werden, sowie Nachbesserungen, stellen keine Fertigstellungsarbeiten dar (E. 3.3.2.4). Die *Frist für die Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts* laufe grundsätzlich *für jeden Vertrag einzeln*, und zwar *ab dem Abschluss der entsprechenden Arbeiten*. Sind die Gegenstände der verschiedenen Verträge jedoch so eng miteinander verbunden, dass sie *wirtschaftlich und sachlich ein Ganzes bilden*, seien sie so zu behandeln, als ob sie *eine einzige Vereinbarung darstellen*. Hier habe der Handwerker oder Unternehmer das Recht, das gesetzliche Pfandrecht für den gesamten geschuldeten Betrag innerhalb von vier Monaten nach Abschluss der letzten Arbeiten eintragen zu lassen (E. 3.3.2.4). Würden einem Handwerker oder Unternehmer hingegen nachträglich weitere Arbeiten unterschiedlicher Art übertragen, so beginne die Frist für jede dieser Arbeiten gesondert ab dem Abschluss der entsprechenden Arbeiten. Auch wenn aufgrund eines einzigen Vertrages mehrere Arbeiten an einem einzigen Gebäude in Auftrag gegeben würden, beginne die Frist grundsätzlich für jede Arbeit einzeln zu laufen. Das Bundesgericht habe jedoch eine *einheitliche Frist* anerkannt, wenn die zu errichtenden Werke funktionell voneinander abhängig und in einem Zug errichtet worden seien (E. 3.3.2.4). Da die Beschwerdeführerin nicht bestritten habe, dass die aus den verschiedenen Werkverträgen resultierenden Arbeiten keine Einheit bildeten, habe die viermonatige Frist von Art. 839 Abs. 2 ZGB für jede Arbeit bzw. für jeden Arbeitsauftrag separat zu laufen begonnen (E. 3.3.2.5).

6. Grundbuchrecht (Art. 942 ff. ZGB)

a. Grundbuchberichtigungsklage infolge Ausweitung einer Wegrechtdienstbarkeit ohne Zustimmung der Belasteten

[74] Im französischsprachigen *Urteil 5A_1044/2020 vom 15. Oktober 2021*²⁸ ging es um drei Grundstücke einer im Kanton Wallis gelegenen Gemeinde, welche vereinigt worden waren. Dabei wurde das Fuss- und Fahrwegrecht an einer Strasse, welches bislang nur auf einem der drei Grundstücke eingetragen war, auf der vereinigten Liegenschaft eingetragen. Die von der Dienstbarkeit belasteten Grundeigentümer klagten auf (Teil-)Lösung der ihrer Meinung nach ungegerechtfertigten Übertragung bzw. Ausweitung der Dienstbarkeit auf die ganze Fläche der vereinigten Liegenschaft. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut.

²⁸ Siehe dazu PHILIPP EBERHARD, Ausweitung einer Wegrechtdienstbarkeit ohne Zustimmung der Belasteten, in: dRSK, publiziert am 11. Mai 2022.

[75] *Zum Sachverhalt:* Die in einer Walliser Gemeinde gelegenen Liegenschaften Nrn. 315, 318, 320 und 1678 (alter Zustand) im Eigentum der K. SA wurden infolge einer am 21. Juni 2000 öffentlich beurkundeten Parzellierung in 12 neue Liegenschaften aufgeteilt. Die Liegenschaften trugen fortan die Nrn. 315, 318, 320, 1678 (alter Zustand) und 7742–7749. Im Rahmen dieses Rechtsgeschäfts wurde eine Wegrechtsdienstbarkeit («*servitude foncière de passage et d'accès à pied et à tous véhicules de 3 mètres de large*»), welche ein Durchgangs- und Zugangsrecht für Fussgänger und Fahrzeuge von 3 m Länge umfasste, zulasten der Liegenschaften Nrn. 7743–7749, 1678, 315, 318 und 320 sowie zugunsten der Liegenschaften Nrn. 7742–7749, 1678, 315, 318 und 320 errichtet und in grauer Farbe im Dienstbarkeitsplan eingezeichnet. Die Liegenschaften Nrn. 320 und 1679 wurden am 4. Mai 2005 an G., H. und I. verkauft. Gleichtags veräusserte die N. SA die Liegenschaft Nr. 317 (alter Zustand), worauf sich die Colonie O. befindet, an G., H. und I. Auf dem entsprechenden Situationsplan war die Wegrechtsdienstbarkeit in gelber Farbe auf den betroffenen Grundstücken Nrn. 320, 7748 und 7749 eingezeichnet. Der Kaufvertrag enthielt die Bestimmung, dass die Liegenschaften Nrn. 320 und 1679 mit der Liegenschaft Nr. 317 zu vereinigen seien und die aktuelle Wegrechtsdienstbarkeit plangemäss zu übertragen sei. Die Vereinigung der Liegenschaften Nrn. 317 (alter Zustand), 320 und 1679 zu einer vereinigten neuen Liegenschaft Nr. 317 vom 22. Juni 2005 wurde am 26. August 2005 im Grundbuch vollzogen. Die Übertragung der Wegrechtsdienstbarkeit wurde im Grundbuch entsprechend vermerkt. Dabei wurde dem Umstand Rechnung getragen, dass die ehemalige Liegenschaft Nr. 320 sowohl als belastetes (als «CH» im Grundbuch vermerkt) als auch als berechtigtes Grundstück (als «D» im Grundbuch vermerkt) figurierte. Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag (Grundbucheintrag: 5. Juli 2006) erwarben die Ehegatten P.P. am 11. Juni 2005 die Liegenschaften Nrn. 1678 und 7746, welche am 24. November 2005 zu einer neuen Liegenschaft Nr. 7746 vereinigt wurden. In diesem Zusammenhang unterschrieben die Eigentümer eine Erklärung betreffend Übertragung der verschiedenen Dienstbarkeiten auf die neue Liegenschaft Nr. 7746 («[les] différentes servitudes inscrites sont à reporter sur le nouvel état [de la] parcelle no 7746»). Die Liegenschaft Nr. 7747 wurde am 18. Mai 2006 an die Ehegatten A.A. verkauft (Grundbucheintrag: 31. Mai 2006). Die Liegenschaften Nrn. 7748 und 7749 wurden am 4. April 2008 an die Ehegatten P.P. veräussert (Grundbucheintrag: 11. April 2008). G., I. und H. parzellierten die Liegenschaft Nr. 317 am 11. Juni 2010 in zwei neue Liegenschaften Nr. 317 (neuer Zustand) und Nr. 8494. Nach Abschluss der Parzellierung waren G., I. und H. Miteigentümer zu je 1/3 der neuen Liegenschaft Nr. 317, worauf sich auch das Gebäude der Colonie O. befand. G. und I. waren Miteigentümer zu je 1/2 der neuen Liegenschaft Nr. 8494. Im Jahr 2010 wurde die Bewilligung für einen Chaletbau auf der Liegenschaft Nr. 8494 genehmigt. Die Behörde stimmte bereits 2012 dem Abbruch der Colonie O. sowie einem in der Zwischenzeit jedoch aufgegebenen Wohnbauprojekt auf der Liegenschaft zu, wobei die entsprechenden Verfügungen bis vor Bundesgericht angefochten wurden (vgl. BGer 1C_238/2017). Die Ehegatten P.P. und A.A. erhoben am 6. Dezember 2011 beim zuständigen erstinstanzlichen Gericht eine Grundbuchberichtigungsklage und forderten sinngemäß, dass die Wegrechtsdienstbarkeit, welche zulasten der Liegenschaften Nrn. 7746, 7747, 7748 und 7749 im Grundbuch eingetragen war, in Bezug auf die berechtigten Liegenschaften Nrn. 317 (neuer Zustand) und 8494 (neuer Zustand) zu löschen sei. Mit Urteil vom 14. November 2018 wurden die Ehegatten P.P. und A.A. zusammengefasst ermächtigt, eine dahingehende Grundbuchberichtigung zu verlangen, dass die streitgegenständliche Dienstbarkeit fortan nicht mehr die Liegenschaften Nrn. 7746, 7748, 7749 (Ehegatten P.P.) und 7747 (Ehegatten A.A.) zugunsten der Liegenschaften Nrn. 317 und 849 belaste. G., I. und H. fochten das Urteil beim Kantonsgesetz Wallis an. Die Ehegatten P.P. verkauften im Verlauf des zweitinstanzlichen Verfah-

rens am 22. November 2019 die Liegenschaft Nr. 7746 den Ehegatten C.C. zu Miteigentum zu je 1/2 sowie die Liegenschaften Nrn. 7748 und 7749 an E. und F., ebenfalls zu Miteigentum zu je 1/2. Das Kantonsgericht stellte diesbezüglich fest, dass die Ehegatten C.C. sowie deren Töchter E. und F. in Bezug auf die Liegenschaften Nrn. 7746, 7749 und 7748 in Anwendung von Art. 83 Abs. 1 ZPO rechtsgültig in den Prozess (an Stelle der Ehegatten P.P.) eingetreten waren. Mit Urteil vom 10. November 2020 wies das Kantonsgericht die Grundbuchberichtigungsklage ab. B.A. und A.A., D.C. und C.C., E. und F. forderten am 14. Dezember 2020 mittels Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht zusammengefasst, dass die Grundbuchberichtigungsklage zuzulassen und dass festzustellen sei, dass die Verlegung der Wegrechtsdienstbarkeit zugunsten der Liegenschaften Nrn. 317 und 8494 (neuer Zustand) in Bezug auf ihre Liegenschaften unrechtmässig erfolgt sei. Sie seien ferner zu berechtigen, eine Änderung des Grundbucheintrages dahingehend zu verlangen, dass der auf die streitgegenständliche Dienstbarkeit Bezug nehmende Grundbucheintrag so vorzunehmen sei, dass die Dienstbarkeit fortan ihre Liegenschaften nicht mehr zugunsten der Liegenschaften Nrn. 317 und 8494 belaste.

[76] *Zu den Erwägungen:* Das Bundesgericht befasste sich zunächst mit der Frage betreffend notwendige Streitgenossenschaft im Rahmen einer Grundbuchberichtigungsklage (E. 4). Bei der Grundbuchberichtigungsklage handle es sich um eine Feststellungsklage, die auf die Feststellung abziele, ob ein Recht bestehe oder nicht (E. 4.2.1.2). Vorliegend könne die Klage nicht deshalb abgewiesen werden, weil nicht alle durch die Dienstbarkeit belasteten Eigentümer gemeinsam die Grundbuchberichtigungsklage angehoben hätten und nicht alle möglichen Inhaber dinglicher Rechte des berechtigten Grundstücks gemeinsam beklagt worden seien (E. 4.3). In rechtlicher Hinsicht rekapitulierte das Bundesgericht die Grundsätze der Wirkungen der Grundbucheintragung. Ungerechtfertigt sei ein Grundbucheintrag, der ohne Rechtsgrund oder aus einem unverbindlichen Rechtsgeschäft erfolgt sei (Art. 974 Abs. 2 ZGB). Wenn der Eintrag eines dinglichen Rechts ungerechtfertigt oder ein richtiger Eintrag in ungerechtfertigter Weise gelöscht oder verändert worden sei, könne der in seinen dinglichen Rechten Verletzte auf Löschung bzw. Abänderung des Eintrages klagen (Grundbuchberichtigungsklage, Art. 975 Abs. 1 ZGB; E. 5.1). Gemäss dem *Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit* könne eine Dienstbarkeit nicht zu einem anderen Zweck aufrechterhalten werden als jenem, zu dem sie errichtet worden sei. Jedoch habe der Eigentümer des belasteten Grundstücks eine Mehrbelastung grundsätzlich nur dann zu tragen, wenn diese auf eine objektive Veränderung der Verhältnisse zurückgehe und nicht auf willentlicher Änderung der bisherigen Zweckbestimmung beruhe (E. 5.2). Wenn Dienstbarkeiten zugunsten von Grundstücken eingetragen seien, könnten die betroffenen Grundstücke nur dann vereinigt werden, wenn die *Eigentümer der belasteten Grundstücke dazu einwilligen würden* oder sich *die Belastung durch die Vereinigung nicht vergrössern würde* (E. 5.2.1). Dabei sei nur eine deutliche Mehrbelastung von Relevanz (E. 5.2.2). Die Ausübung zu einem andern, vom ursprünglichen unabhängigen Zweck würde einer Überschreitung des Dienstbarkeitsrechts gleichkommen, die der Belastete nicht zu dulden habe, auch wenn daraus keine Mehrbelastung entstehe (E. 5.2.3). Im Folgenden setzte sich das Bundesgericht zunächst mit der Frage auseinander, ob die Übertragung der Wegrechtsdienstbarkeit auf die vereinigte Liegenschaft Nr. 317 eine Mehrbelastung für die von der Dienstbarkeit Belasteten zur Folge hätte (vgl. E. 6 f.). Das Bundesgericht betonte, dass der Zweck der Strasse ursprünglich darin bestanden hätte, den Zugang zu allen Grundstücken, die Gegenstand des Rechtsgeschäftes vom 21. Juni 2000 gewesen seien, zu gewährleisten. Entscheidend sei, dass die *Vereinigung* der Grundstücke Nrn. 320, 317 (alter Zustand) und 1679 und die *Übertragung der streitgegenständlichen Wegrechtsdienstbarkeit* auf die vereinigte Liegenschaft

Nr. 317 (und anschliessend auf die Liegenschaften, welche aus ihrer späteren Teilung entstanden seien) zu einer Änderung des ursprünglichen Zwecks der Dienstbarkeit geführt habe. Der Zweck der Dienstbarkeit sei nun nicht mehr, wie bei der Dienstbarkeitsbegründung, auf eine bestimmte umrissene Siedlung beschränkt gewesen, sondern hätte sich fortan auf ein grösseres Quartier (mit potentiell höherem Durchgangsverkehr) erstreckt. Die Grundstücksvereinigung hätte zu einem übermässigen, durch die Belasteten nicht zu duldenden Gebrauch des Fuss- und Fahrwegrechts geführt. Die Beklagten hätten auch den Wunsch geäussert, auf zwei ihrer Liegenschaften Bauvorhaben zu realisieren. Eine Erweiterung des Berechtigtenkreises sei somit nicht ausgeschlossen gewesen (E. 6.3). Deshalb wäre die Einwilligung der Eigentümer der belasteten Grundstücke erforderlich gewesen (E. 7). Die Übertragung der ursprünglich nur die Liegenschaft Nr. 320 belastenden Dienstbarkeit sei somit ungerechtfertigerweise erfolgt (E. 8.1).

[77] *Kommentar:* Es geht bei diesem Entscheid um den *Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit* und die Frage, wann eine «erhebliche Mehrbelastung» vorliege. Gestützt u.a. auf diesen Grundsatz gilt es insbesondere bei Grundstücksvereinigungen zu prüfen, ob im Rahmen des ursprünglichen Zwecks der Dienstbarkeit eine *Mehrbelastung* eingetreten ist.²⁹ Art. 739 ZGB gelangt nur in Konstellationen zur Anwendung, in denen eine Mehrbelastung im Rahmen des ursprünglichen Zwecks der Dienstbarkeit eingetreten ist, jedoch nicht in Konstellationen, in denen der ursprüngliche Zweck weggefallen oder das entsprechende Interesse verloren gegangen ist, da diesfalls Art. 736 ZGB zu berücksichtigen ist. Anwendbar ist Art. 739 ZGB jedoch ausdrücklich auf Grundstücksvereinigungen. In Bezug auf eine allfällige Mehrbelastung des belasteten Eigentümers gilt es anzumerken, dass es unerheblich ist, ob diese aus den gesteigerten Bedürfnissen des berechtigten Grundstücks, aus den gesteigerten Bedürfnissen des Eigentümers des berechtigten Grundstücks oder aus einer Zweckentfremdung herrührt.³⁰ Stammt die Mehrbelastung vom berechtigten Grundstück aus, ist die Mehrbelastung gestützt auf Art. 739 ZGB unzulässig, wohingegen bei einer Zweckentfremdung die Mehrbelastung dem Grundsatz der Identität entgegensteht. Eine etwaige spätere Mehrbelastung kann nur dann von den Belasteten als abgesegnet gelten, wo sich die Absicht der Parteien, eine voraussehbare Mehrbelastung zu akzeptieren, dem Inhalt des Begründungsaktes entnehmen lässt.³¹

b. Grundbucheinsicht durch Erben (Art. 970 ZGB)

[78] Das Urteil 5A_799/2020 vom 5. Januar 2022 betraf die Frage der Voraussetzungen einer Einsicht in das Grundbuch gestützt Art. 970 Abs. 1 ZGB, wonach für die Einsicht in das Grundbuch bzw. die Erstellung eines Auszugs ein entsprechendes Interesse glaubhaft zu machen ist. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut und hob den Beschluss der 2. Zivilkammer des Kantonsgerichts Schwyz auf.

[79] *Zum Sachverhalt:* Mit Schreiben vom 28. März 2020 ersuchte der bundesgerichtliche Beschwerdeführer beim zuständigen Grundbuchamt um Zustellung von Grundbuchauszügen mit

²⁹ Dazu ausführlich PHILIPP EBERHARD, *Ausweitung einer Wegrechtdienstbarkeit ohne Zustimmung der Belasteten*, in: dRSK, publiziert am 11. Mai 2022, Rz. 37 m.w.H.

³⁰ PHILIPP EBERHARD, *Ausweitung einer Wegrechtdienstbarkeit ohne Zustimmung der Belasteten*, in: dRSK, publiziert am 11. Mai 2022, Rz. 39 m.w.H.

³¹ Vgl. PHILIPP EBERHARD, *Ausweitung einer Wegrechtdienstbarkeit ohne Zustimmung der Belasteten*, in: dRSK, publiziert am 11. Mai 2022, Rz. 39 m.w.H.

Details der Handänderungen zu drei von ihm bezeichneten, im Kanton Schwyz gelegenen Liegenschaften. Das Grundbuchamt lehnte das Gesuch ab. Am 11. April 2020 stellte der Beschwerdeführer erneut ein Gesuch um Zustellung der vollständigen Grundbuchauszüge inklusive der Details der Handänderungen. Mit Verfügung vom 28. April 2020 wies das Grundbuchamt das Gesuch wiederum ab, stellte dem Beschwerdeführer aber gestützt auf Art. 970 Abs. 2 ZGB die reduzierten Grundbuchauszüge zu. Gegen diese Verfügung er hob der Beschwerdeführer Beschwerde beim Kantonsgericht Schwyz und beantragte, das Grundbuchamt sei zur Zustellung der gewünschten Grundbuchauszüge inklusive der Details der Handänderungen anzuweisen. Der Beschwerde war kein Erfolg beschieden. Der Beschwerdeführer gelangte daraufhin ans Bundesgericht und beantragte sinngemäss die Aufhebung des kantonsgerichtlichen Entscheids und erneuerte sein im kantonalen Verfahren gestelltes Begehrten.

[80] *Zu den Erwägungen:* Das Bundesgericht hielt einleitend fest, dass für die Einsicht in das Grundbuch bzw. die Erstellung eines Auszugs ein entsprechendes Interesse glaubhaft gemacht werden müsse, während bestimmte Daten des Hauptbuchs auch ohne Nachweis eines solchen Interesses eingesehen werden könnten (vgl. Art. 970 ZGB sowie Art. 26 GBV). Das *relevante Interesse* ergebe sich aus dem persönlichen, aktuellen und konkreten Vorteil des Ansprechers aus der Einsichtnahme und könne rechtlicher oder tatsächlicher Art sein. Von einem relevanten Interesse der Erben zur Einsicht in Grundbuchdaten könne namentlich dann ausgegangen werden, wenn glaubhaft gemacht werde, dass die Kenntnis der Grundbuchdaten der Durchsetzung erbrechtlicher Ansprüche diene (E. 3). Im angefochtenen Entscheid hätte die Vorinstanz zusammenfassend erwogen, der Beschwerdeführer hätte im Wesentlichen vorgebracht, er benötige die umfassenden Grundbuchauszüge zur detaillierten und vollständigen Feststellung der Eigentumsverhältnisse der einzelnen Grundstücke im Hinblick auf die bevorstehende erbrechtliche Auseinandersetzung. Das Grundbuchamt hätte die Abweisung des Begehrens auf Zustellung von vollständigen Grundbuchauszügen und Auszügen aus Handänderungsverträgen u.a. damit begründet, dass der Gesuchsteller im Erbvertrag vom 29. November 2001 auf alle Ausgleichungs- und Herabsetzungsansprüche verzichtet hätte. Weshalb der Gesuchsteller trotzdem ein erhöhtes Interesse an den verlangten Unterlagen habe, sei demnach nicht ersichtlich (E. 3.1). Der Beschwerdeführer habe vor Bundesgericht an seinem Standpunkt festgehalten, als Erbberechtigter der betreffenden Erbengemeinschaft zur Einsicht in das Grundbuch und namentlich in die Handänderungsverträge berechtigt zu sein. Zur Begründung habe er ausgeführt, dass er bezweifle, dass die familieninternen Nachfolger damals für das Unternehmen den vollen Marktpreis bezahlt hätten. Es handle sich bei diesem Land inkl. Gebäuden um einen Wert von mehreren Millionen Franken. Mit Bezug auf die erfolgten Abparzellierungen sei davon auszugehen, dass diese von einem oder mehreren Miterben selbst ausgelöst worden seien. Folglich habe er die Einsichtnahme in Grundbuchdaten, die ihn persönlich betreffen würden und die für die Bezifferung/Substanzierung erbrechtlicher Ansprüche erforderlich seien, verlangt (E. 3.2). Gemäss Bundesgericht stehe fest, dass sich der Beschwerdeführer (als Miterbe der Nachkommen, welche das Familienunternehmen übertragen erhalten hätten) ein Bild über *allfällige erbrechtliche Ansprüche* hätte machen wollen. Die Tauglichkeit der vom Beschwerdeführer geforderten Grundbuchauskünfte für die Substanzierung allfälliger Ausgleichungs- oder Herabsetzungsansprüche lasse sich mit der vorinstanzlichen Begründung daher nicht pauschal in Abrede stellen (E. 3.3). Mit der grundsätzlichen Bejahung des Einsichtsrechts sei nun die Frage zu klären, inwieweit dem Beschwerdeführer Einsicht zu gewähren sei. Die Einsichtnahme sei nur in dem Umfang zu gewähren, wie es für die Befriedigung des *schutzwürdigen Interesses* notwendig sei. Keine Rolle spielt hingegen, ob der Gesuchsteller die

Auskunft gestützt auf die allgemeine Auskunftspflicht der Miterben erhalten könne. Denn wenn das relevante Interesse zur Einsicht in das Grundbuch glaubhaft gemacht worden sei, bestehe der Anspruch ungeachtet der rechtlichen Möglichkeiten, allenfalls auf anderem Weg massgebliche Informationen beschaffen zu können (E. 4). In Bezug auf ein bestimmtes Grundstück würden die Eigentumsverhältnisse im Zeitraum 2003 bis 2006 jedoch nicht aus dem reduzierten Grundbuchauszug hervorgehen. Das Grundbuchamt müsse dem Beschwerdeführer im Rahmen einer schriftlichen amtlichen Auskunft die Eigentumsverhältnisse in diesem Zeitraum sowie, falls es in diesem Zeitraum zu Handänderungen gekommen sei, die Erwerbsgründe und die vereinbarte Gegenleistung mitteilen. Auch diesbezüglich scheine ein allfälliges Geheimhaltungsinteresse gegenüber dem geltend gemachten wirtschaftlichen Interesse des Beschwerdeführers nicht als vorzugswürdig (E. 4.2).

c. Wirkung der vor dem Arrestbefehl vorgemerkteten Verfügungsbeschränkung

[81] Gegenstand dieses zur Publikation vorgesehenen französischsprachigen *Urteils 5A_491/2021 vom 2. Februar 2022* war, ob eine vorgemerkte Verfügungsbeschränkung im Widerspruchsverfahren (eingeleitet nach der Verarrestierung des entsprechenden Grundstücks) zu beachten ist. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab und bestätigte mit diesem Entscheid, dass eine Verfügungsbeschränkung, die vor dem Arrestbefehl vorgemerkt worden ist, Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Recht hat.

[82] *Zum Sachverhalt:* C. erwarb im Jahr 1996 fiduziarisch ein Grundstück einer im Kanton Genf gelegenen Gemeinde für B. B. wies im Jahr 2008 C. schriftlich an, ihr dieses Grundstück zu übertragen. Klageweise verlangte B daraufhin die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch. Das zuständige Gericht hiess das Begehren gut und ordnete die entsprechende Vormerkung an (Grundbucheintrag: 18. Oktober 2010). Die A. Ltd. stellte am 5. Juni 2012 ein Arrestgesuch gegen C. und forderte u.a., dass das entsprechende Grundstück verarrestiert werde (Erlass Arrestbefehl und Grundbucheintrag: 5. Juni 2012). B. teilte dem Betreibungsamt daraufhin mit, dass sie das Eigentum am Grundstück beanspruche. Sie leitete am 20. September 2012 das Widerspruchsverfahren gegen C. und A. Ltd. ein. Am 10. Januar 2013 wurde der Arrest in eine definitive Pfändung umgewandelt. Im Hauptverfahren zwischen B. und C. urteilte das zuständige Gericht am 27. Mai 2015 dahingehend, dass C. seine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums am streitgegenständlichen Grundstück zu erfüllen habe. Es hob die Verfügungsbeschränkung auf. Das Eigentum am Grundstück wurde am 8. Februar 2017 übertragen. Das erinstanzliche Gericht wies am 7. September 2020 die Widerspruchsklage von B. ab. Das Gericht betonte, dass C., als der Arrestbefehl erlassen worden war, als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen war. B. sei erst nach Erlass des Arrestbefehls Eigentümerin geworden. Die «Cour de justice du canton de Genève» hiess die von B. erhobene Berufung und damit die Widerspruchsklage betreffend das Grundstück teilweise gut. Folglich durfte das Grundstück nicht zugunsten der Gläubiger von C. gepfändet werden.

[83] *Zu den Erwägungen:* Das Bundesgericht setzte sich u.a. mit den Folgen der vorgemerkten Verfügungsbeschränkung auseinander (vgl. E. 5.2). Die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB diene der Erhaltung von strittigen Rechten oder vollstreckbaren Ansprüchen. Unter «Ansprüche» fallen solche, die sich auf das Grundstück selbst beziehen und (bei endgültiger Anerkennung) Auswirkungen auf das Grundbuch haben. Dies sei u.a. der Fall

beim vertraglichen Anspruch des Käufers auf Übertragung des Eigentums an dem von ihm gekauften Grundstück oder beim Anspruch des Treugebers auf Rückgabe oder Anerkennung seines Eigentumsrechts an einem Grundstück gegen den Treuhänder. Die Vormerkung der Verfügungsbeschränkung bewirke im Grundbuch, dass der geschützte Anspruch allen später erworbenen Rechten an dem Grundstück entgegengehalten würden (vgl. Art. 960 Abs. 2 ZGB). Diese Wirkung trete nicht nur gegenüber nachträglich durch Rechtsgeschäfte begründeten Rechten ein, sondern auch gegenüber zwangsvollstreckungsrechtlichen Beschlagnahmen, die erst später im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsverfahrens angeordnet würden. Der Anspruch auf Vertragserfüllung sei somit geschützt, wenn eine Verfügungsbeschränkung *vor dem Konkurs des Schuldners bzw. vor dem Vollzug einer Pfändung oder eines Arrests an einem ihm gehörenden Grundstück im Grundbuch rechtsgültig vorgemerkt* worden sei (vgl. E. 5.2).

7. Bewilligungsgesetz (BewG)

a. Deutsche Stiftung als eingesetzte Erbin

[84] Im Urteil 2C_534/2021 vom 16. Dezember 2021³² ging es um die Frage, ob der Erwerb der sich im Nachlass der Erblasserin befindlichen Wohnung durch die eingesetzte Alleinerbin, eine deutsche Stiftung, der Bewilligungspflicht gemäss Bewilligungsgesetz (BewG) untersteht. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten des Bundesamts für Justiz gut.

[85] Zum Sachverhalt: Die Erblasserin verstarb 2013 und hinterliess in ihrem Nachlass u.a. eine als Grundstück im Grundbuch aufgenommene Wohnung in einer im Kanton Graubünden gelegenen Liegenschaft. Eine Stiftung mit Sitz in Deutschland setzte sie als Alleinerbin ihres Nachlasses ein. Letztwillig verfügte sie zudem, dass zwei deutschen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in Deutschland im Sinne eines Vermächtnisses ein lebenslanges und unentgeltliches Wohnrecht am Grundstück eingeräumt werde. Der Stiftung wurde der Erwerb der Wohnung unter der Auflage bewilligt, diese innert zweier Jahre nach dem Versterben der beiden deutschen Staatsangehörigen (Vermächtnisnehmer) bzw. nach der definitiven Aufgabe der Nutzung durch diese zu veräussern. Gegen diese Verfügung gelangte das Bundesamt für Justiz mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden. Dieses hiess die Beschwerde gut und wies die Sache zur weiteren Abklärung des Sachverhalts und zur Neubeurteilung an das Grundbuchinspektorat zurück. Das Grundbuchinspektorat bewilligte auf neuerliches Gesuch hin zum einen die lebenslängliche Nutzung der Wohnung zu Ferienzwecken durch die beiden Vermächtnisnehmer, zum anderen den Erwerb der Wohnung durch die Stiftung mit der Auflage, das Grundstück innert zweier Jahre nach dem Versterben der beiden Vermächtnisnehmer bzw. nach der definitiven Aufgabe der Nutzung durch diese zu veräussern. Das Bundesamt für Justiz focht diese Verfügung vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden an und beantragte, den Erwerb der Wohnung durch die Stiftung nur unter der Auflage zu bewilligen, die Wohnung innert zweier Jahre ab Eintritt der Rechtskraft der Bewilligung wieder zu veräussern. Gegen die Bewilligung der lebenslangen Nutzung der Wohnung durch die beiden Vermächtnisnehmer erhob es keine Einwendungen. Der

³² Dazu insbesondere und zu den Grundstückskäufen in der Schweiz unter dem Bewilligungsgesetz im Allgemeinen PHILIPP EBERHARD, Grundstückskäufe in der Schweiz durch Personen im Ausland, in: Schweizerische Juristen-Zeitung [SJZ] 118 (2022) 9, S. 431 ff.

Anfechtung war kein Erfolg beschieden. Vor Bundesgericht forderte das Bundesamt für Justiz, das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben und der Stiftung sei der Erwerb der Wohnung nur unter der Auflage zu bewilligen, das Grundstück innert zweier Jahre ab Eintritt der Rechtskraft der Bewilligung wieder zu veräussern.

[86] *Zu den Erwägungen:* Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass gesetzliche Erben gemäss schweizerischem Recht keiner Erwerbsbewilligung bedürfen, wobei dies nicht nur für Nachkommen, sondern auch für Erben i.S. der Art. 457 ff. ZGB Geltung habe (E. 4.2). Erben, die nicht unter diese Ausnahmeregelung fallen würden, werde der Erwerb grundsätzlich nur mit der Auflage bewilligt, das Grundstück innert zweier Jahre wieder zu veräussern, wie dies in Art. 8 Abs. 2 Satz 1 BewG festgehalten sei (E. 4.3). Sinn und Zweck dieser Regelung sei es, einem eingesetzten Erben den Grundstückserwerb wertmässig zu ermöglichen, ohne dass ihm eine Besitzmöglichkeit im Sinn eines Dauerzustands verschafft werde (E. 5.2.2 m.w.H.). Dieser Gesetzeszweck bleibe durch die Verpflichtung der Stiftung, das streitbetroffene Grundstück innert zweier Jahre nach Rechtskraft der Bewilligungsverfügung zu veräussern, unberührt. Mit Rechtskraft der Erwerbsbewilligung erwerbe die Stiftung das mit Nutzungsrechten belastete Eigentum an der streitbetroffenen Wohnung (E. 5.2.2). Entsprechend wurde entschieden, dass der Stiftung der Erwerb der Wohnung nur unter der Auflage zu bewilligen ist, dass die Veräusserung der Wohnung innert zweier Jahre ab Ergehen des Bundesgerichtsurteils abgewickelt wird.

8. Bäuerliches Bodenrecht (BGBB)

a. Zwergohreulen als «Objekte des Naturschutzes» gemäss BGBB

[87] Im französischsprachigen *Urteil 2C_1069/2020 vom 27. Oktober 2021*, publiziert als *BGE 147 II 385*,³³ bestätigte das Bundesgericht, dass für die Erteilung einer Erwerbsbewilligung gestützt auf Art. 64 Abs. 1 lit. e BGBB nicht vorausgesetzt ist, dass eine Liegenschaft in einer Schutzzone gelegen ist. Auf den streitgegenständlichen Parzellen befindet sich ein schutzwürdiges Biotop, in welchem die Zwergohreule (lat. *Otus scops*), eine geschützte, gefährdete Vogelart, nistet. Sowohl die Vogelart als auch das Biotop unterstehen Art. 64 Abs. 1 lit. e BGBB. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab und hielt fest, dass der Schweizerischen Vogelwarte Sempach die Erwerbsbewilligung für die beiden Parzellen zu Recht erteilt worden war.

[88] *Zum Sachverhalt:* Die gemeinnützige Stiftung «Schweizerische Vogelwarte Sempach» erwarb anlässlich einer Zwangsversteigerung 18 Parzellen von insgesamt 21'000 m² einer im Kanton Wallis gelegenen Gemeinde. Diese Grundstücke waren grösstenteils in der Landwirtschaftszone gelegen. Für die beiden Parzellen Nrn. 1 und 2, welche je mindestens eine Fläche von mehr als 2'500 m² und insgesamt ca. 7'100 m² aufweisen, stellte die Stiftung ein Gesuch um Erteilung der Erwerbsbewilligung gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) bei der zuständigen Behörde. Im Gesuch führte die Stiftung aus, dass sie beabsichtige, die auf den beiden Parzellen heimische Zwergohreule («*hibou petit-duc*») zu schützen und das sich dort befindliche Biotop zu bewahren. Der «*Chef du Service juridique des affaires économiques du canton du Valais*» entschied, dass der Erwerb der Parzellen, mit Ausnahme der beiden Parzellen Nrn. 1 und 2, keiner

³³ Dazu PHILIPP EBERHARD, Zwergohreulen als «Objekt des Naturschutzes» gemäss BGBB, in: dRSK, publiziert am 18. Februar 2022.

Bewilligung bedürfe. Die Erteilung der Erwerbsbewilligung wurde mit der Begründung verweigert, dass die Stiftung nicht Selbstbewirtschafterin i.S. des BGBB sei. Die Vogelwarte Sempach focht den Entscheid erfolglos an. Der «*Conseil d'Etat du canton du Valais*» fügte zur Begründung an, dass eine Bewilligung dann nicht zu erteilen sei, wenn ein Erwerber nicht Selbstbewirtschafter sei. Ferner habe die Stiftung nicht den Nachweis eines «wichtigen Grundes» i.S.v. Art. 64 Abs. 1 lit. e BGBB erbracht, zumal die beiden Parzellen nicht im «Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler (BLN)» aufgeführt seien. Die «*Cour de droit public du Tribunal cantonal du canton du Valais*» hiess das von der Stiftung erhobene Rechtsmittel gut und wies den «*Service des affaires économiques du canton du Valais*» an, der Stiftung die Erwerbsbewilligung betreffend die beiden Parzellen Nrn. 1 und 2 zu erteilen. Das Gericht erachtete es als erwiesen an, dass die Zwerghohreule als «Objekt des Naturschutzes» i.S.v. Art. 64 Abs. 1 lit. e BGBB zu qualifizieren sei. Das Bundesamt für Justiz erhob gegen den Entscheid der «*Cour de droit public*» Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und forderte zusammengefasst, dass der vorinstanzliche Entscheid unter Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben und die Erwerbsbewilligung betreffend die Parzellen Nrn. 1 und 2 der Schweizerischen Vogelwarte Sempach nicht zu erteilen sei.

[89] *Zu den Erwägungen:* Unter den Parteien habe Uneinigkeit darüber bestanden, ob der Stiftung gestützt auf Art. 64 Abs. 1 lit. e BGBB zu Recht die Bewilligung für den Erwerb der beiden streitgegenständlichen Parzellen erteilt worden sei. Insbesondere umstritten sei gewesen, ob die Zwerghohreule und das Biotop, in welchem sie heimisch sei, ein «Objekt des Naturschutzes» im Sinne des BGBB darstelle (E. 3). Der Erwerb eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks sei nach Art. 61 Abs. 1 BGBB bewilligungspflichtig, sofern der entsprechende Erwerb nicht unter den Ausnahmetatbestand von Art. 2 Abs. 3 BGBB falle, wonach das BGBB nicht für Grundstücke von weniger als 15 Aren Rebland oder 25 Aren anderem Land, die nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehören, anwendbar sei. Nach Art. 61 Abs. 2 BGBB werde eine Bewilligung erteilt, wenn kein Verweigerungsgrund vorliege. Die Bewilligung zum Erwerb eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstückes werde gestützt auf Art. 63 Abs. 1 lit. a BGBB bspw. dann verweigert, wenn der Erwerber *nicht Selbstbewirtschafter* sei. Art. 64 BGBB statuiere *Ausnahmen* vom Prinzip der Selbstbewirtschaftung. Insbesondere sei bei fehlender Selbstbewirtschaftung die Bewilligung dann zu erteilen, wenn der Erwerber einen *wichtigen Grund* nachweise. Namentlich, wenn das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück in einer Schutzzone liege und der Erwerber den Boden zum Zwecke dieses Schutzes erwerbe (Art. 64 Abs. 1 lit. d BGBB). Oder, wenn mit dem Erwerb die schutzwürdige Umgebung einer historischen Stätte, Baute oder Anlage oder ein Objekt des Naturschutzes erhalten werden solle (Art. 64 Abs. 1 lit. e BGBB; vgl. E. 4). Gemäss dem angefochtenen Entscheid sei Art. 64 Abs. 1 lit. e BGBB anwendbar gewesen, auch wenn die beiden Parzellen in rechtlicher Hinsicht nicht geschützt gewesen seien. Die Tatsache, dass einer der in Art. 64 Abs. 1 lit. a-f genannten «wichtigen Gründe» vorgelegen hätte, hätte dazu geführt, dass der entscheidkompetenten Bewilligungsinstanz kein Ermessensspielraum zugekommen sei (E. 4.1). Das Bundesgericht rekapitulierte im Folgenden die gesetzlichen Auslegungsmethoden und wies darauf hin, dass es keine Auslegungsmethode bevorzuge (E. 4.3). Daraufhin legte das Bundesgericht Art. 64 Abs. 1 lit. e BGBB grammatisch, historisch, systematisch sowie teleologisch aus (E. 5 f.). Gemäss der grammatischen Auslegung habe das in Art. 64 Abs. 1 lit. e angesprochene «Objekt» nicht «schutzwürdig» zu sein hat («*l'objet ne doit pas être <digne de protection>*»), das entsprechende Objekt habe einzig einen Bezug zum Natur- schutz («*protection de la nature*») aufzuweisen (E. 5). Die historische Auslegung trage nichts zur

Klärung im vorliegenden Fall bei (E. 6). Systematisch zeige Art. 64 Abs. 1 BGBB auf, dass einzig Art. 64 Abs. 1 lit. d BGBB voraussetze, dass die zu erwerbende Liegenschaft in einer Schutzzone («zone à protéger») zu liegen habe. Anders verhalte es sich mit lit. e dieser Bestimmung, welche nicht voraussetze, dass für die Erteilung einer Bewilligung, welche dem Schutz eines Objektes des Naturschutzes («objet relevant de la protection de la nature») diene, eine Liegenschaft in einer Schutzzone gelegen sei (E. 7). Das Schwergewicht seiner Ausführungen legte das Bundesgericht auf die teleologische Auslegung (vgl. E. 8.1 f.). Wie Art. 64 Abs. 1 BGBB deutlich darlege, stellten die in dieser Bestimmung angeführten Ausnahmen «wichtige Gründe» («des justes motifs») dar, um eine Erwerbsbewilligung einer Person, welche nicht Selbstbewirtschafterin sei, zu erteilen. Wenn ein Anwendungsfall von Art. 64 Abs. 1 lit. a-g vorliege, sei die Bewilligung zu erteilen. Diesbezüglich hätte die Bewilligungsbehörde *keinen Ermessensspielraum* gehabt (E. 8.1). Da der Erwerb der Liegenschaften durch die Vogelwarte Sempach im Übrigen zum Zweck habe, dieses Biotop zu erhalten, verbleibe kein Zweifel mehr darüber, dass die Eulenart und das Biotop, in welchem sie heimisch sei, «Objekte des Naturschutzes» i.S.v. Art. 64 Abs. 1 lit. e BGBB darstellen können (E. 8.2). Die Zwergohreule und das Biotop würden somit in den Anwendungsbereich von Art. 64 Abs. 1 lit. e BGBB fallen (E. 8.3).

b. Voraussetzungen für Selbstbewirtschaftung am landwirtschaftlichen Gewerbe

[90] Im französischsprachigen *Urteil 2C_520/2021 vom 21. Dezember 2021*³⁴ ging es um die Verweigerung einer Erwerbsbewilligung nach BGBB für den *Erwerb eines landwirtschaftlichen Gewerbes*. Das Bundesgericht nutzte die Gelegenheit, sich ausführlich zu den Voraussetzungen zu äussern, welche an die Selbstbewirtschaftung an landwirtschaftlichen Gewerben gestellt werden. Zudem klärte das Bundesgericht die Rechtsfrage, ob ein Selbstbewirtschafter jeden Tag auf dem bäuerlichen Gewerbe präsent zu sein habe. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

[91] *Zum Sachverhalt:* Die Parteien schlossen im Jahr 2019 einen Grundstückkaufvertrag über ein im Kanton Fribourg gelegenes landwirtschaftliches Gewerbe ab. Der Käufer ist gelernter Metzger und Unternehmer in der Fleischbranche mit Wohnsitz im Kanton Waadt. Das Kaufobjekt befindet sich in 70 km Fahrdistanz zum Wohnort des Käufers. Es weist eine Fläche von 21.32 ha mit 42 Grundstücken auf und wird mit Milchwirtschaft und Ackerbau betrieben. Der standardisierte Arbeitsaufwand beträgt 1.58 Standardarbeitskräfte (SAK). Die Parteien kamen überein, dass der Verkäufer weiterhin in einem Arbeitsverhältnis auf dem Gewerbe beschäftigt werde und diesem sowie dessen Ehefrau ein Wohnrecht eingeräumt werden sollte. Der Käufer war zuvor schon Eigentümer von insgesamt sechs landwirtschaftlichen Gewerben im Kanton Waadt, mit total 168 ha landwirtschaftlicher Nutzfläche, davon 3.5 ha Weinreben. Der standardisierte Arbeitskräftebedarf all dieser Gewerbe beträgt 7.68 SAK. Der Käufer beschäftigt zudem sieben Vollzeit-Mitarbeiter. Auf einem der landwirtschaftlichen Gewerbe bewirtschaftet er eine Fläche von 53 ha mit Ackerbau und Mastviehhaltung. Ein weiteres Gewerbe mit 17.7 ha Fläche ist dem Ackerbau, dem Weinbau und der Kelterei gewidmet. Ein anderes Gewerbe umfasst 28.52 ha Ackerland und Weideflächen. Ein weiteres Gewerbe wurde mit Ackerbau auf einer Fläche von 14.10 ha zur Pen-

³⁴ Zum Ganzen eingehend FRANZ A. WOLF, Selbstbewirtschaftung am landwirtschaftlichen Gewerbe, in: dRSK, publiziert am 4. März 2022.

sionspferdehaltung betrieben. Ein weiteres Gewerbe umfasst 19.16 ha. Ein Gewerbe mit 18 ha Fläche wird durch den Bruder des Verkäufers bewirtschaftet. Zwei Gewerbe sind schliesslich an Dritte verpachtet. Im Jahr 2014 war der Käufer bereits Eigentümer von vier landwirtschaftlichen Gewerben mit insgesamt 90 ha Fläche, welche in einer Fahrdistanz zwischen 20 bis 55 km zu seinem Wohnort gelegen sind. Der Käufer war bereits im Jahr 2014 vollzeitlich ausschliesslich mit Organisations-, Kontroll- und Überwachungsaufgaben für diese Gewerbe beschäftigt. Inzwischen besass er sechs landwirtschaftliche Gewerbe mit einer Gesamtfläche von 168 ha, wobei er nur auf einem dieser Gewerbe täglich anwesend ist. Auf die anderen begibt er sich einige Male pro Woche (vgl. E. 6.3). Im Hinblick auf den Kauf des Gewerbes gelangte der Käufer an die Bodenrechtsbehörde des Kantons Freiburg und ersuchte um eine Erwerbsbewilligung nach Art. 61 BGBB, welche ihm aufgrund fehlender Selbstbewirtschaftung verweigert wurde. Der Käufer gelangte daraufhin erfolglos an das Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg. Das Kantonsgericht begründete seinen Entscheid damit, dass es angesichts der Grösse der Gewerbe (die bereits im Eigentum des Käufers stehen) es wenig wahrscheinlich erscheine, dass dieser das Gewerbe im Kanton Freiburg selber bewirtschaften könne, zumal er auch unter Berücksichtigung der Fahrdistanz zwischen seinem Wohnort und dem Gewerbe nicht als Selbstbewirtschafter gelten könne. Daraufhin gelangte der Käufer ans Bundesgericht.

[92] *Zu den Erwägungen:* Die Parteien hätten sich vor Bundesgericht vordergründig darum gestritten, ob der Käufer zur Selbstbewirtschaftung des landwirtschaftlichen Gewerbes fähig und geeignet sei (vgl. E. 6.1 f.). Die *Selbstbewirtschaftung* gemäss BGBB umfasse drei Aspekte: die Fähigkeit zur Selbstbewirtschaftung, die Eignung hierzu und schliesslich der Wille, das Grundstück oder Gewerbe auch tatsächlich selbst zu bewirtschaften (vgl. dazu Art. 9 BGBB). Der Selbstbewirtschafter eines Gewerbes dürfe sich aber nicht mit Leitungs- und Kontrollaufgaben begnügen und müsse selber persönlich und substanzial auf dem Gewerbe mitarbeiten. Die Selbstbewirtschaftung auf kleineren Gewerben setze voraus, dass der Erwerber selbst praktisch alle Arbeiten erledige und seine Arbeitskraft überwiegend in den Dienst des Gewerbes stelle. Auf grösseren Gewerben dürfe der Selbstbewirtschafter Fremdarbeitskräfte oder mitarbeitende Familienmitglieder zur Unterstützung beziehen. Aber auch in diesen Fällen dürfe sich der Selbstbewirtschafter nicht auf Verwaltungs- und Leitungsaufgaben beschränken, sondern müsse darüber hinaus auch praktisch auf dem Gewerbe mitarbeiten (vgl. dazu E. 6.1 f.). In Bezug auf die *Fähigkeit und Eignung* zur Selbstbewirtschaftung müsse der Erwerber über *durchschnittliche berufliche, moralische und physische Voraussetzungen* verfügen und, bei einem landwirtschaftlichen Gewerbe, über eine *abgeschlossene landwirtschaftliche Ausbildung* verfügen. Vom Erfordernis einer landwirtschaftlichen Ausbildung könne nur abgesehen werden, wenn der Erwerber bereits zuvor ein vergleichbares Grundstück oder Gewerbe bewirtschaftet habe (vgl. E. 6.5). Selbstbewirtschafter sei nur, wer den Boden selber persönlich bearbeite und den überwiegenden Teil der anfallenden Arbeiten in Feld und Stall und auch die administrativen Arbeiten selber erledige. Es genüge nicht, lediglich wie ein Verwalter oder Direktor das Gewerbe zu führen, wie dies der Käufer zu beabsichtigen gedenke (E. 6.5). Aufgrund seiner beruflichen Verpflichtungen auf den anderen landwirtschaftlichen Gewerben und in seinem Metzgereibetrieb sei nicht vorgesehen bzw. davon auszugehen, dass der Käufer täglich auf dem zu erwerbenden Gewerbe im Kanton Freiburg anwesend sein werde (der Verkäufer würde sich um das Milchvieh kümmern, die grosse Fahrdistanz zwischen Wohnort und Gewerbe würde eine tägliche Anwesenheit praktisch verunmöglichen). Das Bundesgericht betonte, dass die *Selbstbewirtschaftung eines Gewerbes* die *tägliche Anwesenheit des Selbstbewirtschafters auf dem Gewerbe voraussetze* (E. 6.5). Dies bedinge unweigerlich, dass der Selbstbewirtschafter

Wohnsitz auf oder in der Nähe des Betriebes nehme (E. 6.5). Am Rande wies das Bundesgericht zudem darauf hin, dass Selbstbewirtschaftung nur dann vorliege, wenn diese für einen längeren Zeitraum möglich sei. *In casu* sei der Käufer 63-jährig und die *Voraussetzung der dauerhaften Selbstbewirtschaftung* sei nicht (mehr) gegeben (E. 6.5).

c. Erwerbsbewilligungspflicht bei Vermächtnissen an landwirtschaftlichen Grundstücken

[93] Im *Urteil 2C_735/2021 vom 11. März 2022*³⁵ ging es um die Frage, ob sich die Erwerbsbewilligungspflicht auch auf Vermächtnisse an landwirtschaftlichen Grundstücken erstrecke. Die bislang ungeklärte Frage wurde vom Bundesgericht in diesem Entscheid bejaht. Das Bundesgericht wies die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, soweit darauf einzutreten war, ab. Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde trat es nicht ein.

[94] *Zum Sachverhalt:* Der Erblasser war Eigentümer der ursprünglichen, in einer Gemeinde im Kanton Graubünden gelegenen Parzelle 677, welche die Fläche von 23'706 m² aufwies. Auf ihr befanden sich ein Wohnhaus 1 (Assekuranz-Nr. 26) und ein Stall (Assekuranz-Nr. 262). In den Jahren 2011 und 2015 fanden Abparzellierungen zulasten der ehemaligen Parzelle 677 statt. Letztere wurde schliesslich in die neue 22'606 m² grosse, unbebaute landwirtschaftliche Parzelle 10677 sowie in die ebenfalls neue Parzelle 11465 mit einer Fläche von 1'100 m² aufgeteilt, auf der die beiden erwähnten Gebäude stehen (neue Assek.-Nr. 1-261 und 1-262). Die unbebaute Parzelle umschliesst dabei die bebaute. Der Erblasser schloss 2004 mit dem bundesgerichtlichen Beschwerdeführer einen unbefristeten Mietvertrag über einen Teil des Wohnhauses auf der damaligen Parzelle 677 zum Mietzins von CHF 4'000 jährlich bei einer Kündigungsfrist von 12 Monaten ab. Der Erblasser räumte dem Beschwerdeführer am 3. Juni 2009 ein limitiertes Vorkaufsrecht an der damaligen Parzelle 677 ein (Grundbucheintrag: 4. Juni 2009). Der Erblasser errichtete offenbar am selben Tag eine letztwillige Verfügung zugunsten des Beschwerdeführers. Mit neuer letztwilliger Verfügung vom 27. Oktober 2011 widerrief der Erblasser diejenige vom 3. Juni 2009 und vermachte dem Beschwerdeführer die damaligen Grundstücke (a) Nr. 1465 (521 m² mit Wohnhaus Assek.-Nr. 261) und (b) Nr. 677 (23'185 m² mit Stall). Im Rahmen eines mit dem Beschwerdeführer abgeschlossenen Kaufvertrages vom 28. Juni 2012 begründete der Erblasser für sich ein unentgeltliches lebenslängliches Wohnrecht (Grundbucheintrag: 29. Juni 2012) in Form eines Benützungsrechts (teilweise alleinig und teilweise als Mitbenützungsrecht) am damaligen Grundstück Nr. 1465 bzw. am Wohnhaus Assek.-Nr. 261. Gleichzeitig verkaufte er dem Beschwerdeführer das genannte Grundstück Nr. 1465 für CHF 90'000. Am 29. September 2015 wurde die obgenannte zweite Parzellierung vorgenommen, mit Mutation der Parzellennummern. Der Erblasser verkaufte am 19. November 2015 dem Beschwerdeführer 580 m² Boden inkl. Stall (neue Assek.-Nr. 1-262) ab der (neu nummerierten) Parzelle 10677 (vormals 677), wobei dieses Teilstück mit dem (ebenfalls neu nummerierten) Grundstück Nr. 11465 zu vereinigen gewesen sei (Grundbucheintrag Kaufvertrag: 20. November 2015). Unter dem Punkt «Bereinigungen Grundstück 11465» wurde unter anderem erwähnt, die Anmerkung «nichtlandwirtschaftliches Grundstück» sei gestützt auf die Verfügung des Grundbuchinspektors und Handelsregisters

³⁵ Dazu ausführlich und erläuternd FRANZ A. WOLF, Erwerbsbewilligung gemäss BGB und Vorkaufsfall beim Vermächtnis: Anmerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 2C_735/2021 vom 11. März 2022, in: Jusletter 13. Juni 2022.

Graubünden vom 19. Oktober 2015 auf den Zugang von 580 m² ab Grundstück Nr. 10677 auszudehnen und könne mithin auf Grundstück Nr. 11465 unverändert belassen werden. Der Erblasser verstarb am 20. September 2017 und hinterliess seine Schwester als Alleinerbin. Dem Beschwerdeführer wurde vom zuständigen Regionalgericht mitgeteilt, dass der Erblasser zu seinen Gunsten ein Vermächtnis ausgesetzt habe und zitierte dabei den Text der letztwilligen Verfügung vom 27. Oktober 2011. Im Hinblick auf die Ausrichtung des Vermächtnisses wurde der Beschwerdeführer vom Regionalgericht an die Schwester verwiesen. Das zuständige Grundbuchamt entschied am 14. Juni 2018 dahingehend, dass es sich beim Grundstück Nr. 10677 um ein landwirtschaftliches Grundstück handle, welches dem Anwendungsbereich des BGBB unterliege. Zudem unterliege der Erwerb des Grundstücks Nr. 10677 durch den Beschwerdeführer auch im Rahmen der Vermächtnisausrichtung dem Bewilligungsverfahren. Der vom bundesgerichtlichen Beschwerdeführer eingelegten Rechtsmittel gegen diese Verfügung war kein Erfolg beschieden. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden wies die bei ihm eingereichte Beschwerde ebenfalls ab. Der Beschwerdeführer wandte sich ans Bundesgericht und er hob Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiäre Verfassungsbeschwerde.

[95] *Zu den Erwägungen:* Streitgegenstand im Bundesgerichtsverfahren sei die Frage gewesen, ob die Vorinstanz den Erwerb des dem Beschwerdeführer vermachten landwirtschaftlichen Grundstücks zu Recht der Bewilligungspflicht unterstellt hätte (E. 3). Wer ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück erwerben wolle, brauche dazu grundsätzlich eine Bewilligung (Art. 61 BGBB). Ausnahmen von der Bewilligungspflicht seien in Art. 62 BGBB vorgesehen: So bedürften nach Art. 62 lit. a und b BGBB insbes. keiner Bewilligung der *Erwerb durch Erbgang* und durch *erbrechtliche Zuweisung* und der *Erwerb durch einen Nachkommen, den Ehegatten, die Eltern, ein Geschwister oder Geschwisterkind des Veräusserers* (E. 3.1). Beim Erwerb mittels Vermächtnisses aus letztwilliger Verfügung mangels anderer Optionen würde es sich jedoch um eine Umgehung der Bestimmungen des BGBB handeln, weshalb *in casu* die Veräußerung bewilligungspflichtig bleibe und nicht von einem Ausnahmetbestand erfasst werde (E. 3.2). Der Beschwerdeführer habe dafür gehalten, dass die Vorinstanz nicht aufzuzeigen vermocht hätte, inwiefern der Erblasser rechtsmissbräuchlich testiert hätte (E. 3.3). Da sich die Frage, ob eine Gesetzesumgehung vorliege, nur stelle, wenn der Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks aufgrund eines erbrechtlichen Vermächtnisses den Ausnahmetbestand von Art. 62 lit. a BGBB grundsätzlich erfülle, sei diese Frage zu prüfen (E. 3.4). Vom «Erbgang» gemäss Art. 62 lit. a BGBB werde der Übergang des Nachlasses vom Erblasser auf die Erben gemäss Art. 560 ZGB erfasst, welche die Erbschaft als Ganzes mit dem Tode des Erblassers kraft Gesetzes erwerben würden (E. 3.4.1). Keiner Bewilligung bedürfe ferner der Erwerb durch «erbrechtliche Zuweisung». Unter der erbrechtlichen Zuweisung sei die Übertragung des Eigentums an einem Nachlassgegenstand von der Erbengemeinschaft auf den einzelnen Erben im Rahmen der Erbteilung zu verstehen (E. 3.4.2). Vorliegend habe der Erblasser dem Beschwerdeführer das Grundstück mit letztwilliger Verfügung vermacht. Bei einem Vermächtnis würde es sich um einen Vermögensvorteil handeln, den der Erblasser einem Bedachten zuwende, ohne ihn als Erben einzusetzen. Das Vermächtnis verschaffe dem Begünstigten einen einklagbaren obligatorischen Anspruch auf den vermachten Vermögensvorteil, jedoch keine Erbenstellung. Da der Vermächtnisnehmer nicht Erbe sei, würden die sich im Nachlass befindlichen Gegenstände beim Tod des Erblassers nicht von Gesetzes wegen auf ihn übergehen. Ein Erwerb durch Erbgang i.S.v. Art. 62 lit. a BGBB (vgl. E. 3.4.1) fände somit nicht statt. Bei der zweiten Tatbestandsvariante dieser Bestimmung, der erbrechtlichen Zuweisung, würden Nachlassgegenstände auf einen Erben übertragen (vgl. E. 3.4.2). Als Nichter-

be könne ein Vermächtnisnehmer keine Gegenstände durch erbrechtliche Zuweisung erwerben. Zusammenfassend falle der *Erwerb durch einen Vermächtnisnehmer* daher *weder unter den Erbgang noch unter die erbrechtliche Zuweisung* i.S.v. Art. 62 lit. a BGBB (E. 3.4.3). Da der Beschwerdeführer mit dem Erblasser weder verwandt gewesen sei noch Erbenstellung in dessen Nachlass gehabt habe, sondern einzig Vermächtnisnehmer gewesen sei, könne er sich somit nicht auf den Ausnahmetatbestand von Art. 62 lit. a oder lit. b BGBB berufen, wonach der Erwerb des streitbetroffenen Grundstücks eine Bewilligung gestützt auf Art. 61 BGBB voraussetze. Die Frage, ob das Vermächtnis als Gesetzesumgehung zu beurteilen sei, stelle sich daher nicht (E. 3.5).

d. Übertragung von Aktien einer Gesellschaft mit Besitz an einem landwirtschaftlichen Gewerbe

[96] Im Urteil *2C_20/2021, 2C_21/2021 vom 19. November 2021* ging es um die Bewilligungspflicht gemäss BGBB in Bezug auf den Erwerb eines landwirtschaftlichen Gewerbes mittels Aktienübertragung an einer Gesellschaft, in dessen Eigentum das streitbetroffene landwirtschaftliche Gewerbe stand. Das Bundesgericht vereinigte die Verfahren *2C_20/2021* und *2C_21/2021* und trat auf die Beschwerde im Verfahren *2C_21/2021* nicht ein. Die Beschwerde im Verfahren *2C_20/2021* hiess das Bundesgericht teilweise gut und es hob das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 6. November 2020 auf. Das Verfahren wurde zu ergänzender Sachverhaltsfeststellung und Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

[97] *Zum Sachverhalt:* Die C. AG (nachfolgend: die Gesellschaft) ist Eigentümerin von sechs Grundstücken im Halte von total ca. 9.3 ha in zwei im Kanton Solothurn gelegenen Gemeinden. B. ist Eigentümer von drei Grundstücken im Halte von total 3.5 ha in zwei im Kanton Solothurn gelegenen Gemeinden. Die Grundstücke der Gesellschaft und von B. (nachfolgend zusammengefasst als: der C.) wurden landwirtschaftlich genutzt. Der C. gehörte ursprünglich dem A. Zur Finanzierung eines Nachlassvertrags hatte B. dem A. ein «Darlehen» von CHF 550'000 gewährt. Am 18. Juli 1985 hatten die beiden in diesem Zusammenhang einen Vorvertrag zum Abschluss eines Kaufvertrags und zur Begründung eines Kaufrechts bezüglich des C. geschlossen. Als Kaufpreis waren CHF 650'000 festgesetzt worden, wovon CHF 550'000 zur Finanzierung des Nachlassvertrags von A. dienen sollten. Das Kaufrecht sollte frühestens am 14. Februar 1994 ausgeübt werden können. Mit Sacheinlagevertrag vom 2. März 1988 verkaufte dann A. den C. der neu zu gründenden Gesellschaft. Von den insgesamt 50 Namenaktien zu nominell CHF 1'000 übernahmen B. und die Ehefrau von A. je eine und A. die restlichen 48 Aktien. Das damals zuständige Landwirtschaftsdepartement des Kantons Solothurn verzichtete darauf, gegen diese Übertragung Einspruch im Sinne des damals geltenden Bundesgesetzes vom 12. Juni 1951 über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes (EGG; AS 1952 403) zu erheben. Am 10. Februar 1989 schlossen A. und B. einen Pfandvertrag, mit dem der Vorvertrag von 1985 für gegenstandslos erklärt und festgehalten wurde, A. schulde B. CHF 550'000, welche dieser ihm zur Finanzierung des Nachlassvertrags zur Verfügung gestellt habe. Zur Sicherung dieser Schuld übergab A. sämtliche Aktien der Gesellschaft als Faustpfand an B. Gleichzeitig wurde vereinbart, dass B. das Stimmrecht sowie ein zeitlich begrenztes Kaufrecht an sämtlichen Aktien zum Preis von CHF 557'000 erhalte. Für den Fall der Ausübung des Kaufrechts wurde B. ermächtigt, den Kaufpreis mit seiner faustpfandgesicherten Forderung von CHF 550'000 zu verrechnen. Am 1. Januar 1994 trat das Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB; SR 211.412.11) in Kraft, welches das

EGG ablöste. Am 3. Januar 1995 schlossen B. und A. einen Kaufvertrag «über sämtliche 50 Aktien» der Gesellschaft. Der Kaufpreis wurde auf CHF 557'000 festgesetzt, wovon CHF 550'000 laut Pfandvertrag verrechnet wurden. Am 17. Februar 1998 fand bei der Gesellschaft eine Kapitalerhöhung um weitere 50 Aktien à je CHF 1'000 statt. B. zeichnete 39 Aktien, A. zehn Aktien und seine Ehefrau eine Aktie. Gemäss Aktionärbindungsvertrag vom 29. Juni 1998 sollten alle elf Namenaktien von A. und seiner Ehefrau nach Beendigung der Pacht entschädigungslos an B. fallen. Der C. wurde ursprünglich an A. verpachtet. Nachdem dieser das Pensionsalter erreicht hatte, verpachteten B. und die Gesellschaft mit separaten Pachtverträgen vom 17. Februar 1998 die je in ihrem Eigentum stehenden Pachtgrundstücke der A. Ehefrau. In einem Nachtrag vom 5. März 2011 verlängerten die Parteien das Pachtverhältnis bis am 31. Dezember 2016. Ende 2015 kündigte B. den Pachtvertrag per 31. Dezember 2016 und machte geltend, sein Sohn wolle den C. dereinst bewirtschaften. A. Ehefrau verlangte beim zuständigen Richteramt im Hauptstandpunkt, es sei festzustellen, dass der Pachtvertrag vom 5. März 2011 sowie die Kündigung vom Dezember 2015 nichtig seien. Dieses Feststellungsbegehren wurde letztinstanzlich vom Bundesgericht abgewiesen. Das Bundesgericht erstreckte zudem das Pachtverhältnis um drei Jahre bis am 31. Dezember 2019 einmalig und definitiv. Am 7. Dezember 2018 hatte A. alleine, und dies ohne Wissen und Unterschrift von B., ein ausgefülltes Gesuch um Bewilligung des Erwerbs des C. durch B. (Aktienkaufvertrag vom 3. Januar 1995) eingereicht, verbunden mit dem Antrag, die Erwerbsbewilligung nicht zu erteilen und den Kaufvertrag vom 3. Januar 1995 für nichtig zu erklären. In seiner Stellungnahme forderte B., der Erwerb sämtlicher 50 Aktien an der Gesellschaft sei rückwirkend per 3. Januar 1995 zu bewilligen. Das Volkswirtschaftsdepartement des Kantons Solothurn verweigerte die Bewilligung des Erwerbs des C. mittels Aktienübertragung von 50 Aktien der Gesellschaft vom 3. Januar 1995 von A. auf B. Die dagegen erhobene Beschwerde des B. wurde durch das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn gutgeheissen und dem Erwerb des C. durch Erwerb der Aktien der Gesellschaft durch B. wurde die Bewilligung erteilt. Gegen dieses Urteil führten das Bundesamt für Justiz (Verfahren 2C_20/2021) und A. (Verfahren 2C_21/2021) separat Beschwerde. Das Bundesamt für Justiz beantragte mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Verweigerung der Erwerbsbewilligung für B. A. beantragte mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten im Hauptstandpunkt zusammengefasst die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Nichtbewilligung des Erwerbs des landwirtschaftlichen Gewerbes mittels Aktienübertragung von 50 Aktien der Gesellschaft vom 3. Januar 1995 von A. auf B.

[98] *Zu den Erwägungen:* Das Bundesgericht hielt vorab fest, die Vorinstanz hätte dem Erwerb der Aktienmehrheit durch den Beschwerdegegner die Bewilligung erteilt und sei davon ausgegangen, die Bewilligungsfähigkeit des Erwerbs beurteile sich nach den Verhältnissen zum Zeitpunkt des Bewilligungsentscheids. Der C. sei seit dem 1. April 1989 verpachtet und könne im Falle der Bewilligung durch den Sohn des Beschwerdegegners bewirtschaftet werden. Dank dem Erwerb habe der Pachtbetrieb (zu dem neben den sechs Grundstücken der Gesellschaft im Halte von total ca. 9.3 ha auch drei Grundstücke im Eigentum des Beschwerdegegners im Halte von total 3.5 ha gehörten) zumindest als *Nebenerwerbsbetrieb* eine Chance auf Erhaltung. Es sei folglich gestützt auf Art. 64 Abs. 1 lit. a BGB ein wichtiger Grund für eine *Ausnahme vom Selbstbewirtschafterprinzip* gegeben (E. 3.1). Das Bundesamt für Justiz sei der Auffassung gewesen, dass es für die Beurteilung der Bewilligungsfähigkeit auf die *Verhältnisse zum Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts* ankomme, mittels dessen das landwirtschaftliche Gewerbe bzw. Grundstück erworben werde. *In casu* seien also die *Verhältnisse im Jahr 1995* massgebend (E. 3.2). Wer landwirtschaftli-

che Gewerbe oder Grundstücke erwerben wolle, brauche dazu gemäss Art. 61 Abs. 1 BGBB eine Bewilligung. Diese öffentlich-rechtliche Bewilligungspflicht sorge dafür, dass selbstbewirtschaftende Bauern ein landwirtschaftliches Gewerbe grundsätzlich ungeteilt übernehmen könnten. Sie solle gewährleisten, dass die Eigentumsübertragungen mit den Zielsetzungen des BGBB (so mit dem Selbstbewirtschafter- und Arrondierungsprinzip) in Einklang stehen würden. Die Bewilligung setze daher unter anderem voraus, dass der Erwerber Selbstbewirtschafter sei, sofern kein Grund für eine Ausnahme vom Prinzip der Selbstbewirtschaftung vorliege (E. 4.1.). Gemäss Art. 70 BGBB seien Rechtsgeschäfte, die den Verboten der Realteilung und der Zerstückelung von Grundstücken oder den Bestimmungen über den Erwerb von landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken (vgl. Art. 58 sowie Art. 61–69 BGBB) zuwiderlaufen würden oder deren Umgehung bezweckten, nichtig. Gestützt auf Lehre und Praxis würden die auf den Erwerb gerichteten Rechtsgeschäfte bis zum Bewilligungsentscheid keine rechtlichen Wirkungen entfalten. Sie seien schwebend ungültig, aber noch nicht nichtig. Mit dem Bewilligungsentscheid würden sie dann entweder in die Gültigkeit überführt oder zunichte gemacht (E. 4.2). Neben dem direkten Eigentümerwechsel an landwirtschaftlichen Grundstücken oder Gewerben *unterstehe der Bewilligungspflicht auch jedes Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einer Eigentumsübertragung (an landwirtschaftlichen Gewerben oder Grundstücken) gleichkomme* (Art. 61 Abs. 3 BGBB). Von einer *eigentümerähnlichen Stellung des Erwerbers* und einem bewilligungspflichtigen Rechtsgeschäft in diesem Sinne sei etwa auszugehen, wenn eine Gesellschaft *ein oder mehrere landwirtschaftliche Grundstücke halte*, diese analog Art. 4 Abs. 2 BGBB ihre *Hauptaktivien* seien und eine *Mehrheitsbeteiligung an der Gesellschaft die Hand wechsle*. Wie das Bundesgericht zudem in Bezug auf landwirtschaftliche Gewerbe erkannt habe, komme die *Übertragung von Aktien* einer Gesellschaft, die ein landwirtschaftliches Gewerbe besitze, wirtschaftlich einer *teilweisen Eigentumsübertragung* des selben gleich und sei daher *bewilligungspflichtig*. Wie andere auf den Erwerb gerichtete Rechtsgeschäfte bleibe die Aktienübertragung ungültig, solange der Erwerb nicht bewilligt worden sei (E. 4.3). Angesichts der Fläche der im Eigentum der Gesellschaft stehenden landwirtschaftlichen Grundstücke sei es gemäss Bundesgericht fraglich, ob es sich bei diesen Grundstücken (mit oder ohne die zugepachteten Grundstücke des Beschwerdegegners) heute oder zu einem früheren Zeitpunkt um ein landwirtschaftliches Gewerbe gemäss Art. 7 BGBB gehandelt hätte oder nicht. Die Sache müsse zwecks ergänzender Sachverhaltsfeststellung an die Vorinstanz zurückgewiesen werden (E. 5.4). Die Vorinstanz sei im Weiteren davon ausgegangen, dass die mit Kaufvertrag vom 3. Januar 1995 vereinbarte Übertragung der Aktien der Bewilligungspflicht unterstanden hätte, weil die Gesellschaft ein landwirtschaftliches Gewerbe gehalten hätte. Hingegen ergebe sich aus dem von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt, dass die landwirtschaftlichen Grundstücke das Hauptaktivum der Gesellschaft gewesen seien (und es auch heute noch seien). Der *Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung an der Gesellschaft* könne deshalb auf jeden Fall dem *Erwerb der landwirtschaftlichen Grundstücke* gleichgestellt werden und sei schon aus diesem Grund *bewilligungspflichtig*. Da die Bewilligung *bis heute ausstehe*, sei der Erwerb aktuell *schwebend ungültig* (E. 6). Das *Abstellen der Vorinstanz auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Bewilligungsentscheids* für die Beurteilung, ob der Erwerb der Aktien an der Gesellschaft die Voraussetzungen von Art. 61 ff. BGBB erfüllt hätte, sei grundsätzlich bundesgerichtlich nicht zu beanstanden (E. 6.6). Die Vorinstanz hätte die Bewilligung erteilt, weil sie der Ansicht gewesen sei, dass der Erwerb dazu diene, das seit langem verpachtete Gewerbe als Pachtbetrieb zu erhalten (E. 7). Nach Lehre und Rechtsprechung würden *juristische Personen* das *Erfordernis der Selbstbewirtschaftung* erfüllen, wenn Personen, die Mitglieder oder Gesellschafter einer juristischen Person sind, über eine *Mehrheitsbeteiligung* verfügen und die *Anforderungen an die Selbstbewirtschaftung* erfüllten oder zumindest die *Mehrheit der Ge-*

sellschafter auf dem Hof mitarbeiten würde. Es sei unbestritten, dass *in casu* der Beschwerdegegner als Erwerber die Grundstücke der Gesellschaft nicht selbst bewirtschaften (können) werde. Das Selbstbewirtschafterprinzip sei infolgedessen nicht erfüllt, weshalb der Erwerb der Aktien folglich zu verweigern sei, sofern keine der Ausnahmen vom Selbstbewirtschafterprinzip greife (E. 7.1). Nach Art. 64 Abs. 1 lit. a BGBB sei die Bewilligung ausnahmsweise trotz fehlender Selbstbewirtschaftung unter anderem dann zu erteilen, wenn der Erwerb dazu diene, *ein Gewerbe, das seit langem als Ganzes verpachtet sei, als Pachtbetrieb zu erhalten oder einen Pachtbetrieb strukturell zu verbessern* (E. 7.2). Unabhängig davon, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung des Kausal- oder Motivationszusammenhangs zwischen Erwerb und Erhaltung bzw. struktureller Verbesserung eines Pachtbetriebs massgebend sei, könne der vorliegende Sachverhalt nicht unter Art. 64 Abs. 1 lit. a BGBB subsumiert werden (E. 7.2.3). Neben der Förderung des bäuerlichen Eigentums und der Stärkung der Position der Selbstbewirtschafter bezwecke das BGBB auch, übersetzte Preise für landwirtschaftlichen Boden zu bekämpfen. Der Erwerb landwirtschaftlicher Gewerbe oder Grundstücke könne daher nicht bewilligt werden, wenn ein übersetzter Preis vereinbart worden sei (vgl. Art. 63 Abs. 1 lit. b BGBB). Die Vorinstanz sei der Ansicht gewesen, dass der für die Aktien vereinbarte Preis von CHF 557'000 nicht übersetzt gewesen sei (E. 8). Die Vorinstanz hätte jedoch den Erwerbspreis gar nicht erst mit Preisen verglichen, die für andere landwirtschaftliche Grundstücke bzw. Gewerbe in derselben Gegend bezahlt worden seien. Stattdessen hätte sie sich mit einer Statistik des Statistischen Amts des Kantons Zürich begnügt, wonach sich der durchschnittliche Preis für Landwirtschaftsland im Kanton Zürich pro m² in den letzten zwanzig Jahren konstant um CHF 6 bewegt hätte. Es gehe nicht an, den zulässigen Preis alleine mit statistischen Erhebungen zu Bodenpreisen aus einer anderen Gegend zu bestimmen. Hinzu komme vorliegend, dass unklar sei, ob die Gesellschaft ein landwirtschaftliches Gewerbe oder lediglich landwirtschaftliche Grundstücke halte (E. 8.3). Da sich aus den Akten keine Hinweise auf die für Vergleichsobjekte bezahlten Preise ergeben würden, sei dem Bundesgericht ein Entscheid in der Sache verwehrt (E. 8.4). Die Beschwerde des Bundesamts für Justiz (Verfahren 2C_20/2021) werde teilweise gutgeheissen, weil mangels entsprechender Feststellungen im angefochtenen Urteil nicht beurteilt werden könne, ob die Gesellschaft ein landwirtschaftliches Gewerbe oder blass landwirtschaftliche Grundstücke halte, ob die Bewilligung gestützt auf Art. 64 Abs. 1 Ingress BGBB erteilt werden könne und ob der für die Aktien bezahlte Preis angemessen oder übersetzt sei (E. 9.1).

e. Massgebender Zeitpunkt für die Gewerbefeststellung gemäss Art. 84 BGBB

[99] Im Urteil 2C_39/2021 vom 4. November 2021³⁶ beschäftigte sich das Bundesgericht mit der Frage, in welchem Zeitpunkt ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegen müsse. Ferner greift das Bundesgericht die Problematik auf, ob überhaupt und ggf. unter welchen Prämissen ein (künftiges) Betriebskonzept in der Gewerbefeststellung gemäss BGBB zu beachten sei und wie die Anforderungen an die Tragbarkeit von baulichen Investitionen auszustalten seien. Das Bundesgericht

³⁶ Zum Ganzen und insbesondere zum massgeblichen Zeitpunkt für die Gewerbefeststellung ausführlich FRANZ. A. WOLF, Überlegungen zum massgebenden Zeitpunkt für die Gewerbefeststellung nach Art. 84 BGBB: Aus Anlass des Urteils 2C_39/2021 des Bundesgerichts vom 4. November 2021, in: Blätter für Agrarrecht/Heft 1/3 2022, S. 5 ff. und insbes. S. 15 ff.

hiess die Beschwerde gut und hob den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 11. November 2020 auf. Das Bundesgericht stellte fest, dass der Landwirtschaftsbetrieb der betroffenen Erbengemeinschaft kein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne des BGBB darstelle. Die Angelegenheit wurde zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens an das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau zurückgewiesen.

[100] *Zum Sachverhalt:* Der am 12. März 2017 verstorbene C.A. war mit der vorverstorbenen D.A. verheiratet. Sowohl die Erbengemeinschaft C.A. als auch die Erbengemeinschaft D.A. bestehen aus den drei Kindern A.A., B.A. und A.B. Zum Gesamthandvermögen der Erbengemeinschaft C.A. gehören sechs Parzellen Land, Wald und eine überbaute Fläche im Umfang von 1'344,20 a, welche in zwei thurgauischen Gemeinden gelegen sind. Der auf diesem Grundeigentum stehende Landwirtschaftsbetrieb ist (abgesehen vom Wohnhaus) gemäss Pachtvertrag vom 6. April 2003 seit dem 1. Mai 2003 an den Sohn von A.B. und Enkel des Erblassers, B.B., verpachtet. Das Gesamthandvermögen der Erbengemeinschaft D.A. besteht aus zehn Parzellen Land, Wald und einer unüberbauten Fläche im Umfang von 765,31 a, welche sich ebenfalls in zwei thurgauischen Gemeinden befinden. Die sieben davon landwirtschaftlich genutzten Parzellen wurden bereits zu Lebzeiten der Erblasserin mit dem Grundeigentum und Landwirtschaftsbetrieb ihres Ehemanns C.A. zusammen bewirtschaftet. Die Erblasserin verpachtete diese Parzellen mit Pachtvertrag vom 6. April 2003 ebenfalls an ihren Enkel B.B. B.B. ist seit 2015 ebenfalls Pächter des ebenfalls im Kanton Thurgau gelegenen Gutsbetriebs W., der rund 15 km vom Landwirtschaftsbetrieb der Erbengemeinschaft C.A. entfernt liegt und durch B.B. als Betriebsleiter mit weiteren fünf Mitarbeitenden bewirtschaftet wird. B.B. erzielte aus dieser unselbständigen Erwerbstätigkeit im Jahr 2018 ein (Neben-)Einkommen in der Höhe von CHF 40'000 und ab dem Jahr 2019 ein Einkommen von CHF 35'000. Sowohl A.A. und B.A. als auch A.B. und B.B. stellten 2017 beim Landwirtschaftsamt des Kantons Thurgau das Gesuch um Feststellung, ob das Gesamthandvermögen der Erbengemeinschaft C.A. und das Gesamthandvermögen der Erbengemeinschaft D.A. je ein landwirtschaftliches Gewerbe gemäss BGBB darstellten. Das Landwirtschaftsamt entschied am 18. September 2018 dahingehend, dass das Gesamthandvermögen der Erbengemeinschaft C.A. ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne des BGBB darstelle. Für die Gewerbebeurteilung seien neben dem Betrieb und dem Grundeigentum dieser Erbengemeinschaft auch die sieben landwirtschaftlich genutzten Parzellen mit insgesamt 596 a landwirtschaftlicher Nutzfläche von den insgesamt zehn Parzellen der Erbengemeinschaft D.A. zu berücksichtigen. Das Landwirtschaftsamt entschied demgegenüber am 19. September 2018 dahingehend, dass das Gesamthandvermögen der Erbengemeinschaft D.A. für sich allein kein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne des BGBB bilde. Dieses Grundeigentum sei seit mehr als 15 Jahren nicht mehr als wirtschaftlich selbständiges Gewerbe geführt worden. Die einzelnen Parzellen seien verpachtet. A.A. und B.A. erhoben gegen den Entscheid des Landwirtschaftsamts vom 18. September 2018 Rekurs. Diesen wies die zuständige Rekurskommission ab mit der Begründung, es sei nicht zu beanstanden, dass das Landwirtschaftsamt für die Gewerbebeurteilung auf die Gesamtheit des landwirtschaftlich genutzten Grundeigentums der Erbengemeinschaften C.A. und D.A. abgestellt habe, auch wenn sich diesfalls mit 0.615 weniger als eine Standardarbeitskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 1 BGBB ergebe, womit kein landwirtschaftliches Gewerbe vorliege. Bei der Beurteilung sei auch die Möglichkeit zu prüfen, fehlende betriebsnotwendige Gebäude zu erstellen, wenn die entsprechenden Aufwendungen für den Betrieb tragbar seien. B.B. habe zwei Betriebskonzepte eingereicht. Das erste Betriebskonzept habe keinen Einfluss auf die Berechnung der Standardarbeitskräfte. Hingegen führe das zweite Betriebskonzept, das einen Neubau eines Schweinemaststalls mit 500 Plät-

zen für CHF 850'000 vorsehe, zu einer Erhöhung der benötigten Standardarbeitskräfte auf 1.295. Damit werde die vorgesehene Schwelle von einer Standardarbeitskraft überschritten, womit ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne des BGBB vorliege. Den Entscheid der Rekurskommission fochten A.A. und B.A. erfolglos vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau an, welches insbesondere die wirtschaftliche Tragbarkeit des von B.B. vorgelegten zweiten Betriebskonzepts bestätigte. Die Ermittlung von 1.295 Standardarbeitskräften sei nicht zu beanstanden. Beim Gesamthandvermögen der Erbengemeinschaft C.A. handle es sich um ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne des BGBB. Vor Bundesgericht forderten A.A. und B.A. zusammengefasst im Hauptstandpunkt, es sei festzustellen, dass es sich beim Landwirtschaftsbetrieb der Erbengemeinschaft C.A. zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers um kein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne des BGBB handle. Die Beurteilung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliege, sei zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers zu bestimmen.

[101] *Zu den Erwägungen:* Die Beschwerdeführer A.A. und B.A. hätten eine fehlerhafte Anwendung von Art. 7 BGBB gerügt, da es sich ihrer Auffassung nach bei der Erbengemeinschaft C.A. um kein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne dieser Bestimmung handle (E. 3). Gemäss Art. 7 Abs. 1 Satz 1 BGBB gelte als *landwirtschaftliches Gewerbe* eine *Gesamtheit* von landwirtschaftlichen Grundstücken, Bauten und Anlagen, die als Grundlage der landwirtschaftlichen Produktion diene und zu deren Bewirtschaftung, wenn sie landesüblich sei, mindestens *eine Standardarbeitskraft nötig sei*. Bei der Standardarbeitskraft (SAK) handle es sich um ein Mass für die arbeitswirtschaftliche Betriebsgrösse, welche anhand des standardisierten Arbeitsaufwands bei einer landesüblichen Bewirtschaftung berechnet werde. Zudem sei laut Art. 7 Abs. 4 lit. b BGBB die Möglichkeit zu berücksichtigen, fehlende betriebsnotwendige Gebäude zu erstellen oder vorhandene umzubauen, instand zu stellen oder zu ersetzen, wenn die entsprechenden Aufwendungen für den Betrieb tragbar seien. Die Annahme eines landwirtschaftlichen Gewerbes i.S.v. Art. 7 Abs. 1 BGBB setze in jedem Fall voraus, dass die infrage stehenden Grundstücke, Bauten und Anlagen eine rechtliche Einheit bilden würden und von einem gemeinsamen Zentrum aus im Sinne einer *funktionalen Einheit* bewirtschaftet werden könnten (E. 3.1). Unbestritten sei, dass die Bewirtschaftung des Landwirtschaftsbetriebs der Erbengemeinschaft C.A. unter Einbezug der sieben von der Erbengemeinschaft D.A. gepachteten und landwirtschaftlich genutzten Parzellen zusammen 0.615 SAK benötige. Weiter sei unbestritten, dass das erste vom Pächter eingereichte Konzept für die künftige Betriebsbewirtschaftung keinen Einfluss auf die benötigten Standardarbeitskräfte zeitige. Erst unter *Berücksichtigung des zweiten Betriebskonzepts* werde die *Schwelle von einer Standardarbeitskraft (1 SAK)* überschritten. Die daraus entstehende Bewirtschaftung benötige (ohne Berücksichtigung des Chicorée-Anbaus) gemäss den vorinstanzlich bestätigten Berechnungen 1.295 SAK (E. 3.2). Die Beschwerdegegner hätten mit Bezug auf den Chicorée-Anbau eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsermittlung durch die Vorinstanz gerügt (E. 4). Die Beschwerdegegner hätten geltend gemacht, es ergäbe sich unter Berücksichtigung des Chicorée-Anbaus bereits bei der heutigen Bewirtschaftung ein massgebendes Total von 1.217 SAK (E. 4.1). Die Vorinstanz hätte erwogen, die Rekurskommission für Landwirtschaftssachen hätte detailliert und nachvollziehbar eine Berechnung der Standardarbeitskräfte mit den Varianten mit und ohne Anbau von Chicorée-Wurzeln vorgenommen. Diese Berechnungen seien korrekt (E. 4.3). Die Beschwerdegegner hätten nicht hinreichend begründet, weshalb die Vorinstanz neuerdings eine Fläche von zwei Hektaren für den Anbau von Chicorée-Wurzeln hätte berücksichtigen müssen, zumal bereits die Rekurskommission in Landwirtschaftssachen erwogen hätte, ein Anbau von Chicorée-Wurzeln im Ausmass von zwei Hektaren sei nie praktiziert worden.

Sodann hätten die Beschwerdegegner die vorinstanzliche Feststellung, wonach der Pächter auf dem Landwirtschaftsbetrieb der Erbengemeinschaft C.A. in den Jahren ab 2015 (zwischenzeitlich) keine Chicorée-Wurzeln angebaut hätte, nicht infrage gestellt. Die Berechnung der Standardarbeitskräfte als solche hätten die Beschwerdegegner ohnehin nicht beanstandet (E. 4.4). Im bundesgerichtlichen Verfahren bestehe somit keine Veranlassung, vom vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt abzuweichen. Auch wenn der Anbau von Chicorée-Wurzeln auf einer Fläche von einer Hektare berücksichtigt würde, würde sich bloss ein massgebender Wert von 0.938 SAK ergeben (E. 4.5). Das Bundesgericht prüfe in der Folge, ob das zweite Betriebskonzept zu Recht für die Berechnung der Standardarbeitskräfte berücksichtigt worden sei (E. 5). An erster Stelle sei zu beurteilen gewesen, ob das zweite Betriebskonzept aus zeitlichen Gründen nicht hätte berücksichtigt werden dürfen (E. 5.1). Der massgebende Zeitpunkt für die Beurteilung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliege, sei nicht einheitlich festgelegt. Für die Beurteilung der Voraussetzungen von Art. 7 BGBB würden sich verschiedene massgebende Beurteilungszeitpunkte abhängig vom zu beurteilenden Sachverhalt ergeben. Bei einem *erbrechtlich relevanten Vorgang* falle der *massgebende Beurteilungszeitpunkt* im Grundsatz auf den *Zeitpunkt des Erbgangs* (E. 5.1.2). In der vorliegenden Angelegenheit hätten die Beschwerdeführer am 26. Juli 2017 und der Pächter am 4. August 2017 ein Gesuch um Feststellung i.S.v. Art. 84 BGBB eingereicht. Aus dem Gesuch vom 4. August 2017 hätte sich ergeben, dass die Feststellung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliege, mit Blick auf die Belastungsgrenze mit Grundpfandrechten gemäss Art. 73 BGBB sowie im Hinblick auf den Ertragswert i.S.v. Art. 87 BGBB, beantragt werde. Es bestünden keine Gründe, die Feststellung für den Zeitpunkt des Erbgangs (rückwirkend) vorzunehmen. Das zweite Betriebskonzept hätte daher auch bei einer rückwirkenden Beurteilung einbezogen werden können. Die Beurteilung i.S.v. Art. 7 BGBB sei anhand objektiver Gesichtspunkte jedenfalls zu den Umständen im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um Feststellung i.S.v. Art. 84 BGBB vorzunehmen gewesen (E. 5.1.3). Art. 7 Abs. 4 lit. b BGBB bedinge nach seinem Wortlaut, dass die Möglichkeit zu berücksichtigen sei, fehlende betriebsnotwendige Gebäude zu erstellen oder vorhandene umzubauen, instand zu stellen oder zu ersetzen, wenn die entsprechenden Aufwendungen für den Betrieb tragbar seien (E. 5.2). Die Beschwerdeführer hätten zu Recht bezweifelt, dass der Gutsbetrieb W. eine räumliche Einheit mit dem Landwirtschaftsbetrieb der Erbengemeinschaft C.A. bilde. Die beiden Betriebe lägen rund 15 km auseinander. Bereits die Distanz zwischen den beiden Betrieben würde die erforderliche (räumliche) Einheit zumindest infrage stellen (E. 5.3.3). Vorliegend fehle es jedoch an der funktionalen Einheit der beiden Betriebe, die nicht dasselbe Schicksal teilten, zumal die Bewirtschaftung des einen Betriebs nicht auch die Existenz des anderen Betriebs bedingen würde (E. 5.3.4). Das aus unselbständiger Erwerbstätigkeit erwirtschaftete, betriebsfremde Nebeneinkommen sei nicht für die Beurteilung der wirtschaftlichen Tragbarkeit gemäss Art. 7 Abs. 4 lit. b BGBB zu berücksichtigen (E. 5.3.6). Somit sei das zweite Betriebskonzept für die Berechnung der Standardarbeitskräfte nicht zu berücksichtigen (E. 5.4). Im Ergebnis erweise sich die Beschwerde als begründet, weshalb sie gutzuheissen sei (E. 7)

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 22. Juni 2022, organisiert durch die «Weiterbildung Recht» an der Universität Luzern, als Live-Stream und Webinar aufgeschaltet wurde, wobei in der nun vorliegenden Fassung noch gewisse zusätzliche Bundesgerichtsentscheide berücksichtigt werden konnten.