

Barbara Graham-Siegenthaler / Philipp Eberhard

Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sachenrecht 2022/2023

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 2022/2023, in: Jusletter 21. August 2023

Inhaltsübersicht

1. Eigentum allgemein (Art. 641 ff. ZGB)
 - a. Voraussetzungen einer Eigentumsfreiheitsklage (Art. 641 Abs. 2, Art. 714 Abs. 1, Art. 922 Abs. 1, Art. 924 Abs. 1, Art. 933, Art. 3 Abs. 1 und 2 ZGB)
 - b. Klage nach Art. 641 Abs. 2 ZGB; Rechtzeitigkeit und Begründetheit eines Ausstands- gesuches (Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO)
 - c. Öffentliche Versteigerung unter Miteigentümern; Verkehrswertschätzung einer Liegenschaft, Neuschätzung (Art. 650 Abs. 1/Art. 651 Abs. 2 ZGB; SchKG)
2. Inhalt und Beschränkungen des Grundeigentums (Art. 667 ff. ZGB)
 - a. Nachbarrecht (Art. 670, Art. 686, Art. 741 Abs. 2 ZGB und Art. 79i EG ZGB BE)
 - b. Überbaurecht (Art. 674 Abs. 1 ZGB)
 - c. Selbständiges und dauerndes Baurecht; Schiedsspruch (Art. 675/779 ff. ZGB; Art. 389 ff. ZPO)
 - d. Missbrauch der Eigentumsrechte; Nachbarrecht (Art. 679 i.V.m. 684 ZGB)
 - e. Rückschnitt von Pflanzungen sowie Androhung der Ersatzvornahme; Abstände bei Anpflanzungen (Art. 684/688 ZGB)
 - f. Überbau und Durchleitung (Nachbarrecht; Art. 674 Abs. 3 und 691 ZGB)
 - g. Durchleitungsdienstbarkeit (Art. 691 ZGB)
 - h. Eigentum an einer Quelle; Qualifizierung eines Wasserlaufs als Privatquelle oder als öffentliche Bach- bzw. Flussquelle (Art. 664 Abs. 2, 667 Abs. 2 und 704 Abs. 1 ZGB)
 - i. Nachbarrechtliche Streitigkeiten zwischen Stockwerkeigentümern (Art. 679 i.V.m. Art. 684 ZGB)
3. Stockwerkeigentum (Art. 712a ff. ZGB)
 - a. Vetorecht des nicht zustimmenden Stockwerkeigentümers bei nützlichen baulichen Massnahmen (Art. 712g Abs. 1 i.V.m. Art. 647d Abs. 2 ZGB)
 - b. Anfechtung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümersversammlung; Gerichtskosten in einer Stockwerkeigentümergemeinschaft; Kostenaufteilung (Art. 712h ZGB)
 - c. Anfechtung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümersversammlung; Beschluss zur Ernennung eines Vertreters der Gemeinschaft; Postulationsfähigkeit
4. Fahrniseigentum (Art. 714 ff. ZGB)
 - a. Herausgabe von Eigentum; Erwerb von Fahrniseigentum («Carigiet-Bild-Fall»; Art. 641 Abs. 2, Art. 714 Abs. 1, Art. 922 Abs. 1, Art. 924 Abs. 1, Art. 933 sowie Art. 3 Abs. 1 und 2 ZGB)
5. Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730 ff. ZGB)
 - a. Privatrechtliche Baueinsprache; Näherbaurecht (Art. 686 Abs. 1 und 2 ZGB; Art. 738 ZGB)
 - b. Gültigkeit von Bestand und Inhalt einer Grunddienstbarkeit; Wegrechtsdienstbarkeit (Art. 730 ZGB)
 - c. Räumliche Ausdehnung des Mitbenutzungsrechts und Beseitigung von dessen Beeinträchtigung (Art. 738 i.V.m. Art. 942 und 948 ZGB)
 - d. Grunddienstbarkeit und Grundbuchberichtigungsklage (Art. 8, Art. 738, Art. 975 ZGB; Art. 9 BV)
 - e. Feststellung des Inhalts einer Dienstbarkeit; Ermittlung und Umfang gemäss Stufenordnung (Art. 730 und 738 ZGB)
 - f. Auslegung einer Dienstbarkeit; Wegrecht (Art. 738–739 ZGB)
 - g. Gerichtliche Ablösung einer Dienstbarkeit wegen Interessenverlusts (Art. 736, 738 und 973 ZGB; Art. 18 OR)
 - h. Gerichtliche Ablösung einer Dienstbarkeit (Art. 736–738 ZGB)
 - i. Grunddienstbarkeit; vorsorgliche Massnahme (Art. 261 ZPO)
6. Bauhandwerkerpfandrecht
 - a. Glaubhaftmachung der Berechtigung beim Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 ff. und 961 Abs. 3 ZGB)
 - b. Definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3, Art. 839 Abs. 1 ZGB)

- c. Bauhandwerkerpfandrecht: Quantifizierung der «hinreichenden Sicherheit» bezüglich Verzugszinse (Art. 839 Abs. 3 ZGB)
 - d. Recht auf Eintragung eines Pfandrechts nach der Vertragsauflösung (Art. 839 Abs. 1 ZGB)
 - e. Bauhandwerkerpfandrecht: Frist für die Einreichung des Gesuchs um definitive Eintragung (Art. 839 Abs. 2, Art. 961 ZGB; Art. 76 GBV; Art. 263 ZPO)
 - f. Provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3, Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)
 - g. Bauhandwerkerpfandrecht; vorläufige Eintragung als vorsorgliche Massnahme (Art. 837 ff. ZGB; Art. 55 ZPO; Art. 98 BGG)
 - h. Bauhandwerkerpfandrecht; zur Eintragung eines gesetzlichen Grundpfandrechts berechtigende Arbeiten (Art. 837 ff. ZGB)
7. Besitzesrecht (Art. 919 ff. ZGB)
 - a. Vorsorgliche Massnahmen im Rahmen der Klage auf Besitzesentziehung (Art. 927 Abs. 1 ZGB)
 8. Grundbuchrecht (Art. 942 ff. ZGB)
 - a. Klage auf Vormerkung eines Mietverhältnisses (Art. 959 ZGB; Art. 261b OR; Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO)
 9. Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB)
 - a. Widerruf einer Bewilligung; Anspruch auf rechtliches Gehör; unzulässige neue Tatssache (Art. 71 BGBB; Art. 29 BV; Art. 99 BGG)
 - b. Bewilligung für den Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks (Art. 61 ff. BGBB)
 - c. Betrieb einer Kiesgrube in einem Landwirtschaftsgebiet
 - d. Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks (Art. 61 ff. BGBB); Beschwerdelegitimation (Art. 83 Abs. 3 BGBB)
 - e. Beschwerdelegitimation gemäss Art. 83 Abs. 3 BGBB

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

a. Voraussetzungen einer Eigentumsfreiheitsklage (Art. 641 Abs. 2, Art. 714 Abs. 1, Art. 922 Abs. 1, Art. 924 Abs. 1, Art. 933, Art. 3 Abs. 1 und 2 ZGB)

[1] Dem *Entscheid BGer 5A_319/2021 vom 2. Juni 2022* lag der folgende Sachverhalt zugrunde: B. und C. (Beschwerdegegner) sind Miteigentümer des Grundstücks GB Zofingen Nr. xxx, Plan yyy, Parzelle zzz. Leicht südöstlich daran angrenzend liegt die Parzelle vvv, deren Eigentümer A. ist (Beschwerdeführer). Anlässlich des Baus eines Einfamilienhauses auf der Parzelle vvv wurde im Jahr 2012 zur *Baugrubensicherung* unter anderem auf der Seite gegen die Parzelle zzz (der Beschwerdegegner) hin eine Spritzbetonwand erstellt. Dabei wurden in Richtung der Parzelle zzz zwanzig Bohrlöcher gebohrt und darin Erdnägel eingebracht, die teilweise in den Untergrund dieser Parzelle (zzz) hineinragen.

[2] Zu Beginn des Jahres 2016 verklagten B. und C. den A. vor dem zuständigen Bezirksgericht. Sie stellten das Rechtsbegehren, die sich auf der Parzelle der Kläger befindlichen und zur Spritzbetonwand gehörenden Erdnägel samt Füllmaterial und allfällige weitere Bestandteile seien zu entfernen sowie die Hohlräume mit passendem Stein-/Erdmaterial wieder aufzufüllen. Das Bezirksgericht hiess die Klage gut. Es verpflichtete A. zur Vornahme der anbegehrten Handlungen. Der von A. gegen diesen Entscheid erhobenen Berufung an das Obergericht des Kantons Aargau war kein Erfolg beschieden. Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 26. April 2021 gelangte A. an das Bundesgericht.

[3] Das Bundesgericht erinnert bezüglich der *Voraussetzungen der Eigentumsfreiheitsklage* an Folgendes: Wer Eigentümer einer Sache ist, hat das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren (Art. 641 Abs. 2 ZGB). Dem Eigentümer steht namentlich ein dinglicher und unverjährbarer Anspruch auf Beseitigung des Störzustands zu, sofern unmittelbar (direkt) in die Substanz seines Grundstücks eingegriffen wird. Der *Anspruch auf Beseitigung* der Eigentumsstörung gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB richtet sich gegen jede Art der Einwirkung. Dabei gilt die blosse Tatsache eines objektiv rechtswidrigen Eingriffs als ungerechtfertigte Einwirkung, ohne dass eine Schädigung der Sache erforderlich wäre. *Ungerechtfertigt* i.S.v. Art. 641 Abs. 2 ZGB ist eine Einwirkung immer dann, wenn keine auf öffentlichem oder privatem Recht gründende Pflicht zu ihrer Duldung besteht (E. 3.4).

[4] Als *andauernder Störungszustand*, der sich aus unmittelbaren Einwirkungen auf dem betroffenen Grundstück ergibt, fallen bspw. Überbauten oder Schuttablagerungen in Betracht, ebenso das Ablagern von Aushubmaterial, eine unterirdisch ins Nachbargrundstück hineinragende Betonhinterfüllung oder im Erdreich des Nachbargrundstücks steckende Erdnägel. Entsprechend kann der Kläger kraft seines Eigentums die Beseitigung eines unberechtigten Überbaus, das Kappen von überragenden, sein Eigentum schädigenden Ästen, das Wegführen von eingedrungenem Vieh, den Abbruch von auf seinem Boden für eine Baute auf dem Nachbargrundstück errichteten Bauinstallationen oder den Abtransport von abgelagertem Holz verlangen. Passivlegitimiert zur Eigentumsfreiheitsklage nach Art. 641 Abs. 2 ZGB ist jeder Urheber der Störung (E. 3.4).

[5] Belangt werden kann auch der Eigentümer eines Nachbargrundstücks, vorausgesetzt, dass er das Eigentumsrecht des Klägers durch eine *unmittelbare Einwirkung* verletzt. Ist die Eigentumsverletzung hingegen nur eine *indirekte Folge* der Ausübung des Eigentumsrechts auf einem anderen Grundstück, so muss sich die Klage auf Art. 679 ZGB – die Bestimmung des Nachbarrechts – stützen. Wie die Vorinstanz zutreffend betonte, gilt *als Störer* nicht nur derjenige, der den Eingriff selbst vornimmt, sondern auch jede andere Person, der ein Eingriff in das geschützte Eigentum als Folge eines Tuns oder Unterlassens zuzurechnen ist, indem sie etwa die Störung durch Dritte duldet, begünstigt oder veranlasst hat, ohne dass hierfür der Vorwurf eines Verschuldens vorausgesetzt ist (E. 3.4).

[6] Weiter erinnert das Bundesgericht bezüglich Art. 55 OR daran, dass im Gegensatz zum schuldrechtlichen Schadenersatzanspruch nach Art. 55 OR der in Art. 641 Abs. 2 ZGB verankerte *dingliche Anspruch auf Abwehr ungerechtfertiger Einwirkungen* seinen Rechtsgrund gerade nicht im Verhalten der belangten Person, sondern in der *Ausschliessungswirkung des Sacheigentums* der ansprechenden Partei hat. Ist die ungerechtfertigte Einwirkung i.S.v. Art. 641 Abs. 2 ZGB aber kein Haftungstatbestand, so kommt es auch nicht darauf an, ob der Beschwerdeführer, von dessen Grundstück die unmittelbare Einwirkung in die Substanz der Nachbarliegenschaft ausgeht, im haftpflichtrechtlichen Sinne das Verhalten derjenigen Personen zu verantworten hat, durch die er die ungerechtfertigte Störung des Nachbargrundstücks veranlasst hat. Vielmehr genügt es, dass ihm der Eigentumseingriff im oben beschriebenen Sinne zuzurechnen ist (E. 3.5).

[7] Das Bundesgericht kommt schliesslich zum Ergebnis, für die Passivlegitimation des Beschwerdeführers genüge, dass er den Einbau der Erdnägel bis in den Untergrund des Grundstücks der Beschwerdegegner veranlasst habe. Zum einen wirkten die umstrittenen Erdnägel von seinem Grundstück aus direkt und andauernd in die Substanz der klägerischen Liegenschaften. Damit würde das Eigentumsrecht der Beschwerdegegner auf ungerechtfertigte Weise unmittelbar beeinträchtigt werden. Zum anderen bestritt er nicht, dass er zur Absicherung der Baugrube auf

seinem Grundstück die Planung und Erstellung der Spritzbetonnagelwand durch die erwähnten spezialisierten Unternehmen veranlasst hatte (E. 3.5).

[8] Im Weiteren war zu entscheiden, ob die Beschwerdegegner durch die in ihr Grundstück eingebrachten Erdnägel *in ihren Eigentümerinteressen betroffen* waren (E. 4). Das Eigentumsrecht (Art. 641 ZGB) reicht nur so weit, als ein schutzwürdiges Ausübungsinteresse besteht. Das Eigentum an Grund und Boden erstreckt sich nach oben und unten auf den Luftraum und das Erdreich, soweit für die *Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht* (Art. 667 Abs. 1 ZGB). In Bezug auf einen bestimmten Bereich im Untergrund eines Grundstücks besteht dieses Interesse nur, wenn der Eigentümer den fraglichen Raum beherrschen und darin aus dem Eigentum fließende Nutzungsmöglichkeiten ausüben kann (sog. *positives Interesse*). Weiter ist ein Interesse zu bejahen, wenn Vorkehren Dritter in diesem unterirdischen Bereich die Nutzung des Grundstücks beeinträchtigen (sog. *negatives Interesse*). Ob dies der Fall ist, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls (E. 4.1). Nach der Rechtsprechung genügt auch ein *bloss künftiges Ausübungsinteresse* unter der Voraussetzung, dass seine Verwirklichung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge in absehbarer Zukunft als wahrscheinlich erscheint. In dieser Hinsicht ist der Lage und Art des Grundstücks, der geplanten Nutzung sowie den technischen oder rechtlichen Hindernissen Rechnung zu tragen. Die tatsächlichen Voraussetzungen betreffend das Eigentümerinteresse sind vom Grundeigentümer, der den Abwehranspruch behauptet, zu beweisen. Das *Kriterium der Schutzwürdigkeit* verweist auf das richterliche Ermessen im konkreten Einzelfall (E. 4.1).

[9] Das Bundesgericht kam *in casu* zum Ergebnis, dass die Vorinstanz bei der gegebenen Ausgangslage zu Recht auf eine *Störung des Ausübungsinteresses* der Beschwerdegegner geschlossen habe (E. 4.3–4.5). Entsprechend war die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen (E. 6).

b. Klage nach Art. 641 Abs. 2 ZGB; Rechtzeitigkeit und Begründetheit eines Ausstandsgesuches (Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO)

[10] Im Rahmen des französischsprachigen *Entscheids 5A_508/2022 vom 8. Dezember 2022* hatte das Bundesgericht über eine zivilprozessuale Frage zu befinden, nämlich über die *Rechtzeitigkeit und Begründetheit eines Ausstandsgesuches bezüglich eines Richters*, der in diesem Fall vor Straf- und Zivilgericht entschied.

[11] Dem Entscheid lag der folgende *Sachverhalt* zugrunde: B.A. und A.A. hatten eine negatorische Klage (Art. 641 Abs. 2 ZGB) und eine Schadenersatzklage (Art. 41 OR) gegen C., D., H., E. und die Stiftung F. eingereicht. Sie verlangten, dass C. unter anderem zu verurteilen sei, alle Schilder zu entfernen, welche auf die Möglichkeit hinweisen, die B.A. gehörende Strasse als Wanderweg oder Schneeschuhroute zu nutzen. Am 20. Oktober 2021 beantragten B.A. und A.A., der Präsident des Zivilgerichts G. müsse in den Ausstand treten, weil dieser ein Strafverfahren präsidierte, bei dem A.A. als Beschuldigter beteiligt gewesen war. Diesem war vorgeworfen worden, mehrere Wegweiser entfernt zu haben. Der Zivilrichter hat nach Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO auch dann in den Ausstand zu treten, wenn er «aus anderen Gründen» der Befangenheit verdächtigt wird. Die Beteiligung an einem anderen Fall kann unter Umständen den *Verdacht der Befangenheit* erwecken und eine Ablehnung nach Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO rechtfertigen. Die Rechtsprechung verlangt, dass der Ausgang des Verfahrens nicht vorbestimmt, sondern in Bezug auf die Feststellung des Sachverhalts und die Lösung der Rechtsfragen noch nicht entschieden ist (E. 4.1.1).

[12] Gemäss Art. 49 Abs. 1 ZPO muss die Partei, die eine Gerichtsperson ablehnen will, dies beim Gericht beantragen, sobald sie *vom Ausstandsgrund Kenntnis* erlangt hat. Art. 49 ZPO legt keine Frist für die Beantragung des Ausstands fest, sondern bestimmt, dass der Ausstand «unverzüglich» nach Kenntnis des geltend gemachten Grundes beantragt werden muss. Die Annahme, dass das Recht, die Ablehnung zu verlangen, verwirkt ist, ist jedoch mit Zurückhaltung zu beurteilen (E. 4.1.2). Das Bundesgericht entschied entsprechend, dass die Beschwerdeführer mit ihrem Antrag auf Ablehnung des betroffenen Richters fristgerecht gehandelt hätten (E. 4.4.2).

[13] Die zusätzliche Frage, ob Art. 699 ZGB eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Nutzung der Strasse der Beschwerdeführerin als Wanderweg darstellte, war erst im Rahmen der Negatorenklage zu beantworten (E. 5.1). Mit ihrer Zivilklage wollten die Beschwerdeführer die *Entfernung der Hinweisschilder* erreichen. Der Strafrichter G. hatte festgestellt, dass die beanstandeten Übergänge keinen Schaden an den Weiden verursachten. Diese bewegten sich im Rahmen von Art. 699 ZGB. Aus dem Strafverfahren ergab sich die Rechtmässigkeit der Fussgängerwege über das Weideland, welches den Beschwerdeführern gehörte. Der Strafrichter äusserte sich teilweise zu Beschwerdepunkten, welche die Zivilklage betrafen. Eine mögliche Vorbeifassung des Richters in der Zivilsache könnte damit nicht ausgeschlossen werden, zumindest nicht unter dem Gesichtspunkt von Art. 699 ZGB (E. 5.2). Die Beschwerde wurde entsprechend gutgeheissen und das Ausstandsbegehren der Beschwerdeführer bewilligt (E. 6).

c. Öffentliche Versteigerung unter Miteigentümern; Verkehrswertschätzung einer Liegenschaft, Neuschätzung (Art. 650 Abs. 1/Art. 651 Abs. 2 ZGB; SchKG)

[14] Den Entscheiden 5A_784/2021, 5A_793/2021, 5A_794/2021 vom 27. Februar 2023 lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Die Liegenschaft xxx (Sektion yyy, Grundstück Nr. zzz), stand im hälftigen Miteigentum von A., F. sowie E. und im hälftigen Miteigentum von B., C. und D. Am 3. Mai 2017 erhoben A., F. und E. Klage beim Zivilgericht Basel-Stadt gegen B., C. und D. (sowie gegen die in der Zwischenzeit verstorbene G.) auf Aufhebung und Aufteilung des Miteigentums nach Art. 650/651 ZGB. Sie beantragten die *öffentliche Versteigerung der Liegenschaft* und die Zuweisung des Steigerungserlöses (nach Tilgung der Gebühren und Steuern) an die Miteigentümer gemäss ihren Quoten. Am 18./19. Februar 2020 teilte das Betreibungs- und Konkursamt Basel-Stadt dem A. die Verkehrswertschätzung von I.H. mit. Weiter wies das Amt darauf hin, dass für die vom Gericht angeordnete Versteigerung das kantonale Gesetz betreffend das Gantwesen vom 8. Oktober 1936 anwendbar sei. Am 2. März 2020 gelangte A. mit Beschwerde an das zuständige Zivilgericht als untere Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt. Diese Beschwerde wurde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde. Gegen dieses Urteil erhob A. erfolglos Beschwerde. Mit Eingabe vom 27. September 2021 erhob A. darauf beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen. Auch E. und F. erhoben gleichentags Beschwerde in Zivilsachen, wobei die drei Verfahren vom Bundesgericht vereinigt wurden.

[15] Vor der Vorinstanz war strittig, ob die angeordnete *öffentliche Versteigerung* der im Miteigentum stehenden Sache unter die Zwangsversteigerung nach SchKG falle oder ob auf die öffentliche Versteigerung die privatrechtlichen Regeln von Art. 229 ff. OR und das gestützt auf Art. 236 OR erlassene kantonale Gesetz betreffend das Gantwesen vom 8. Oktober 1936 massgebend sei (E. 2.1). Die Beschwerdeführerin war der Ansicht, für die Frage der Neuschätzung der gericht-

lich angeordneten Versteigerung des Miteigentums sei *nicht Zwangsvollstreckungsrecht, sondern Privatrecht* massgebend.

[16] Das Bundesgericht erinnert zunächst daran, dass gestützt auf Art. 650 Abs. 1 ZGB jeder Miteigentümer das Recht hat, die Aufhebung des Miteigentums zu verlangen (unter Vorbehalt der im Gesetz erwähnten Ausschlussgründe). Bei Uneinigkeit der Miteigentümer über die Art der Aufhebung wird die Sache nach Anordnung des Gerichts körperlich geteilt, sofern dies ohne wesentliche Wertverminderung möglich ist, oder öffentlich oder unter den Miteigentümern versteigert (Art. 651 Abs. 2 ZGB). Das Gericht hat dabei nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu entscheiden.

[17] Im vorliegenden Fall wurde mit Entscheid des Zivilgerichts des Kantons Basel-Stadt betreffend die Klage nach Art. 650 ff. ZGB als Teilungsart nach Art. 651 Abs. 2 ZGB die *öffentliche Versteigerung* bestimmt und die Schätzung der Liegenschaft durch I.H. angeordnet. Streitpunkt war vorliegend, ob die vom Teilungsgericht festgelegten Regeln der öffentlichen Versteigerung einschliesslich Schätzung verbindlich sind, oder sich die öffentliche Versteigerung nach der Zwangsversteigerung von Grundstücken nach SchKG zu richten hat. In letzterem Fall wäre auch auf eine Neuschätzung SchKG i.V.m. VZG anwendbar (E. 3.3).

[18] Das Bundesgericht verwies auf ein Urteil aus dem Jahr 1946 und stellt fest, dass die Frage, ob auf eine Versteigerung das SchKG anwendbar sei, bisher nicht Gegenstand der bundesgerichtlichen Beurteilung gewesen sei. Es erläuterte weiter, dass die öffentliche Versteigerung gemäss Art. 651 Abs. 2 ZGB nach verbreiteter Auffassung in der Lehre *nicht als Zwangsversteigerung gemäss SchKG bzw. VZG verstanden werde*, sondern dass es vielmehr in der Zuständigkeit des Teilungsgerichts liege, die Steigerungsbedingungen festzulegen. Vorausgesetzt sei lediglich, dass zwischen den Parteien keine Einigung vorliege (E. 3.4.3). Das Bundesgericht hält nun fest, dass die öffentliche Versteigerung nach Art. 651 Abs. 2 ZGB *nicht als Zwangsversteigerung zu verstehen* sei und deshalb nicht den Regeln des SchKG bzw. VZG unterstehe (E. 3.5.1). Vielmehr seien solche Fälle in erster Linie dem kantonalen Recht zuzuordnen (E. 3.5.2).

[19] Das Bundesgericht argumentierte weiter, dass bei einem *Ausschluss eines Miteigentümers* (Art. 649b ZGB) dessen Miteigentumsanteil (für den Fall der abgelaufenen Veräußerungsfrist) durch «öffentliche Versteigerung nach den Vorschriften über die Zwangsverwertung von Grundstücken» verwertet werde (Art. 649b Abs. 3 ZGB, Art. 78a VZG). Demgegenüber werde die *Aufhebung des Miteigentums* in die Hände des Teilungsgerichts gelegt, welches die Steigerungsbedingungen frei gestalten, gegebenenfalls streitige Modalitäten entscheiden, vereinbarte Modalitäten jedoch berücksichtigen könne (E. 3.5.3).

[20] Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass das Ergebnis, wonach das Betreibungsamt – mangels anderslautender Einigung der versteigernden Miteigentümer – auf den Teilungsentcheid, in welchem die Parteien die Schätzung durch I.H. vereinbart hatten, abzustellen hat und keine neue Schätzung durch Sachverständige in Anwendung von Art. 9 Abs. 2 VZG durchzuführen ist, keine Verletzung von Bundesrecht darstellt (E. 3.5.5). Somit waren die Beschwerden abzuweisen, soweit auf diese eingetreten wurde.

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

a. Nachbarrecht (Art. 670, Art. 686, Art. 741 Abs. 2 ZGB und Art. 79i EG ZGB BE)

[21] Dem zur Publikation vorgesehenen *Entscheid 5A_665/2022 vom 4. April 2023* lag der folgende *Sachverhalt* zugrunde: A. ist seit 2015 Eigentümerin des Grundstücks D. Gbbl. Nr. xxx, während E. das Nachbargrundstück D. Gbbl. Nr. yyy besitzt. Aufgrund einer Verschiebung und Verrottung einer Holzpalisadenwand zwischen den Grundstücken hat das Regionalgericht Berner Jura-Seeland, A. mit Entscheid vom 30. Juni 2020 verpflichtet, das Grundstück Nr. yyy zu sichern und die Schaltafeln zu entfernen. A. legte Berufung ein, aber das Obergericht des Kantons Bern wies diese ab. A. reichte daraufhin Beschwerde beim Bundesgericht ein. Das Obergericht stellte fest, dass die Holzpalisadenwand vor 1988 vom Rechtsvorgänger der Beschwerdeführerin erstellt worden war. Es bleibe offen, ob die Wand an oder auf der March steht (E. 2).

[22] Gemäss Art. 670 ZGB wird *Miteigentum beider Nachbarn* angenommen, wenn Vorrichtungen wie Mauern, Hecken oder Zäune entlang der Grenze zwischen zwei Grundstücken stehen (E. 3). Das Bundesgericht erinnert an Folgendes: Art. 670 ZGB erfasst Vorrichtungen, die *auf der Grenze zweier Grundstücke* stehen. Damit sind nicht nur Vorrichtungen gemeint, die allein der Abgrenzung dienen. Vielmehr ergibt sich aus der *ratio legis* dieser Bestimmung, dass sie grundsätzlich auf alle Vorrichtungen Anwendung findet, die auf der Grenze zweier Grundstücke stehen und der Nutzung beider Grundstücke dienen. Unter Vorbehalt abweichenden kantonalen Privatrechts oder Ortsgebrauchs erstreckt sich das Eigentum an einer Vorrichtung i.S.v. Art. 670 ZGB ausschliesslich auf die Vorrichtung selbst, nicht aber auf den unterliegenden Grund und Boden. Mit Bezug auf das Eigentum an einer Vorrichtung, die auf der Grenze zweier Grundstücke steht, stellt Art. 670 ZGB eine *Vermutung* auf. Mit der gesetzlichen Vermutung schliesst eine generell-abstrakte Norm, losgelöst von einer konkreten Streitlage mit dem syllogistischen «Wenn-Dann-Prinzip» von einer festgestellten Grundlage, auf ein Vermutetes. Hat der Vermutungsträger die Vermutungsbasis bewiesen, hat das Gericht in seiner Rechtsanwendung die Vermutungsfolge ohne Weiteres von Amtes wegen festzustellen, solange es nicht vom Gegenteil überzeugt, d.h. die Vermutung widerlegt worden ist. Diese Vermutung lässt sich grundsätzlich *auf zwei Arten widerlegen*: Zum einen kann ein Rechtsgeschäft zwischen den Nachbarn vorliegen (z.B. durch Bestellung eines Überbaurechts), was vorliegend unbestrittenemassen nicht der Fall war. Zum anderen kann die Vermutung durch den Nachweis entgegenstehenden Ortsgebrauchs i.S.v. Art. 5 Abs. 2 ZGB umgestossen werden. Dies gilt selbst für den Fall, dass Art. 670 ZGB nicht direkt auf diese Bestimmung verweist. Übung und Ortsgebrauch i.S.v. Art. 5 Abs. 2 ZGB bilden Vorschriften des Bundesrechts und unterliegen deshalb grundsätzlich der Überprüfung durch das Bundesgericht. Der Begriff von *Übung* und *Ortsgebrauch* stellt eine *Rechtsfrage* dar. Demgegenüber bildet die Feststellung des Bestands und des Inhalts einer Ortsübung eine *Tatfrage*. Als Ausdruck des Ortsgebrauchs gilt (namentlich) das bisherige kantonale Recht, solange nicht eine abweichende Übung nachgewiesen ist (Art. 5 Abs. 2 ZGB). Die *überwiegende neuere Lehre* vertritt den Standpunkt, dass es den Kantonen gestattet sei, tatsächlich vorhandener Übung und bestehendem Ortsgebrauch auch nach dem Inkrafttreten des ZGB durch entsprechendes kantonales Recht Ausdruck zu verschaffen. Sie könnten Übung und Ortsgebrauch im Sinne einer im Gesetzgebungsverfahren erlassenen tatsächlichen Feststellung neu umschreiben. Nach Art. 686 ZGB Abs. 1 und 2 sind die Kantone befugt, die *Abstände festzulegen*, die bei Grabungen und Bauten zu beobachten sind, wobei ihnen vorbehalten bleibt, weitere Bauvorschriften aufzustellen (E. 3 ff.).

[23] Im Rahmen des Erlasses des kantonalen Baugesetzes vom 7. Juni 1970 (aufgehoben mit dem Inkrafttreten des Baugesetzes vom 9. Juni 1985, BauG; BSG 721.0) hat der Gesetzgeber des Kantons Bern neu weitere Bauvorschriften in das EG ZGB aufgenommen (BAG 1970 d 163). Dazu gehört Art. 79i EG ZGB BE. Danach gilt eine *Stützmauer, welche auf der Grenze steht*, als Bestandteil des Grundstücks, dessen Eigentümer sie erstellt hat. Kann dies nicht festgestellt werden, so wird Miteigentum beider Nachbarn angenommen (vgl. auch E. 3.5–3.5.2).

[24] Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Befürchtungen der Beschwerdeführerin, Art. 79i EG ZGB stehe im Widerspruch zum Bundesrecht, unbegründet seien. Die Regelung gemäss Art. 670 ZGB erlaube *Abweichungen vom Akzessionsprinzip* im Zusammenhang mit Vorrichtungen, welche entlang der Grenze zweier Grundstücke stehen. Der Kanton Bern habe demnach die umstrittene Bestimmung (Art. 79i EG ZGB) gemäss Art. 686 Abs. 2 ZGB erlassen dürfen und damit den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nicht verletzt (Art. 49 BV; E. 3.5.3–3.5.4). Die Einwände der Beschwerdeführerin hinsichtlich des Dienstbarkeitsrechts, wie das Fehlen eines Überbaurechts, einer Baurechtsdienstbarkeit oder der gutgläubige Erwerb eines nicht durch Dienstbarkeiten belasteten Grundstücks, seien nicht relevant und würden daher keine weitere Berücksichtigung erfordern (E. 4).

[25] Das Bundesgericht kam schliesslich zum Ergebnis, dass die Beschwerdeführerin keine ausreichende Begründung dafür geliefert habe, weshalb Art. 741 Abs. 2 ZGB auch auf Vorrichtungen i.S.v. Art. 670 ZGB anwendbar sein sollte. Das Obergericht habe verfassungskonform entschieden, indem es nicht spezifisch auf Art. 741 Abs. 2 ZGB eingegangen war, da die Argumente der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang nicht ausreichend vorgetragen worden seien (E. 5). Das Bundesgericht wies daher die Beschwerde ab, soweit darauf einzutreten war (E. 6).

b. Überbaurecht (Art. 674 Abs. 1 ZGB)

[26] Im Urteil 5A_163/2022 vom 14. Oktober 2022 ging es um den *Fortbestand einer überragenden Baute* (Art. 674 ZGB). Dem Entscheid lag der folgende Sachverhalt zugrunde: A. (Beschwerdeführer) war seit dem Jahr 1980 Eigentümer des Grundstücks Nr. yyy. Auf dem Grundstück befindet sich ein Mehrfamilienhaus mit vier Wohnungen. B. gehört seit dem Jahr 2002 das südlich angrenzende und weitgehend unbebaute Grundstück Nr. zzz. Seit Jahren führt von der Strasse her eine Treppe zum unteren Teil der Liegenschaft von A. Diese Treppe befindet sich jedoch überwiegend auf dem Grundstück von B.

[27] Mit Klage vom 6. Mai 2020 verlangte A. erfolglos die Einräumung eines dinglichen Rechts am Überbau, eventhalter das Eigentum am Boden. Der Berufung von A. war ebenfalls kein Erfolg beschieden. A. gelangte daraufhin mit Beschwerde in Zivilsachen (und subsidiärer Verfassungsbeschwerde) ans Bundesgericht und beantragte die Einräumung des dinglichen Rechts auf den vorhandenen Überbau sowie die Festsetzung einer angemessenen Entschädigung für die Einräumung einer solchen Dienstbarkeit oder die Überlassung des Eigentums.

[28] Das Bundesgericht legt zunächst die rechtlichen Grundlagen zum *Fortbestand einer überragenden Baute i.S.v. Art. 674 ZGB* dar: Wer Eigentümer einer Sache ist, hat das Eigentum an allen ihren Bestandteilen (Art. 642 Abs. 1 ZGB). Bauten und andere Vorrichtungen, die von einem Grundstück auf ein anderes überragen, verbleiben im Bestand desjenigen Grundstücks, von dem sie ausgehen, wenn dessen Eigentümer auf ihren Bestand ein dingliches Recht hat (Art. 674 Abs. 1 ZGB). Ist ein Überbau unberechtigt und erhebt der Verletzte nicht rechtzeitig Einspruch, so kann

(wenn es die Umstände rechtfertigen) dem Überbauenden, der sich in gutem Glauben befindet, gegen angemessene Entschädigung das dingliche Recht auf den Überbau oder das Eigentum am Boden zugewiesen werden (Art. 674 Abs. 3 ZGB). Umstritten war *in casu*, ob diese Voraussetzungen erfüllt gewesen seien (E. 3.1).

[29] Die Vorinstanz hatte die Klage des Beschwerdeführers mit einer *doppelten Begründung abgewiesen*. Damit der angefochtene Entscheid bundesrechtskonform sei, reiche es aus, dass sich zumindest eine der beiden vorinstanzlichen Begründungen als bundesrechtskonform erweise (E. 3.1–3.2). (1) Einmal habe die Vorinstanz dafürgehalten, dass der Bauherr der Treppe (Rechtsvorgänger des Beschwerdeführers) um den Grenzverlauf wusste oder diesen jedenfalls hätte kennen müssen, als er die Treppe auf dem Grundstück errichtete, das heute dem Beschwerdegegner gehört. Der Bauherr sei bei Errichtung der Treppe mithin nicht gutgläubig gewesen. Nachdem die *Ansprüche aus Art. 674 Abs. 3 ZGB* realobligatorischer Natur seien, müsse sich der Beschwerdeführer das Wissen seines Rechtsvorgängers anrechnen lassen. (2) Zum andern sei die Vorinstanz zum Schluss gelangt, die Umstände des vorliegenden Falls würden es nicht rechtfertigen, dass der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer eine Dienstbarkeit einräume oder Land abtrete, um den Fortbestand der Treppe zu sichern. Insbesondere sei der Beschwerdeführer nicht zwingend auf das Überbaurecht angewiesen, da er einerseits über eine Innentreppen verfüge und anderseits auch auf der Nordseite seines Grundstücks gegebenenfalls eine Treppe erstellen könne. Insgesamt *überwiege das Interesse des Beschwerdegegners* am Erhalt seines unbelasteten Eigentums (vgl. E. 3.2). Entsprechend wies das Bundesgericht die Beschwerde als unbegründet ab (E. 4).

[30] Das Bundesgericht erinnert in diesem Entscheid zum *Überbaurecht* nach Art. 674 Abs. 1 und 3 ZGB an seine Grundsätze: (1) Der Eigentümer eines Bauwerks, das sich auf dem Grundstück eines anderen befindet, muss sich die Kenntnis der Rechtswidrigkeit, d.h. den fehlenden guten Glauben seines Vorgängers, der das Bauwerk errichtet hat, anrechnen lassen, da die Rechte aus Art. 674 Abs. 3 *propter rem* sind (E. 3.2). (2) Darüber hinaus rechtfertigen die Umstände des vorliegenden Falles nicht, dass der Eigentümer des geschädigten Grundstücks eine Dienstbarkeit gewährt, um den Fortbestand der vom Nachbarn auf seinem Grundstück errichteten Treppe zu sichern (E. 3.2 und 3.4).

c. Selbständiges und dauerndes Baurecht; Schiedsspruch (Art. 675/779 ff. ZGB; Art. 389 ff. ZPO)

[31] Der *Entscheid 5A_425/2022 vom 23. Januar 2023* behandelte in erster Linie prozessuale Fragestellungen rund um die Gründe für eine Beschwerde gegen einen Schiedsspruch. In zweiter Linie ging es um materiellrechtliche Aspekte hinsichtlich eines selbständigen und dauernden Baurechts. Mit diesem Baurecht wurde die Möglichkeit vorgesehen, auf dem belasteten Grundstück ein Einfamilienhaus zu bauen. Dabei wird mehrfach eine Vielzahl von Gebäuden erwähnt. Der Rechtsinhaber errichtete auf dem Grundstück einen Glaspavillon.

[32] Das Bundesgericht hält fest, dass es nicht willkürlich sei, davon auszugehen, dass der Vertrag den Bau von Nebengebäuden, darunter den *streitgegenständlichen Pavillon*, erlaube (E. 3.3 und 3.4). Auch der Umstand, dass im Baurechtsvertrag Nebengebäude nicht ausdrücklich erwähnt worden seien, vermochten die aus seiner (unbestrittenen) Formulierung gezogenen Schlüsse der Vorinstanz nicht in Frage zu stellen (E. 3.3.3). Des Weiteren hielt das Schiedsgericht ohne Willkürfest, dass der Eigentümer des Baurechts den Pavillon als *Garage für Fahrräder und Motorräder* nut-

ze (E. 3.2). Zusammenfassend erwies sich die Beschwerde mit Blick auf den vom Schiedsgericht festgehaltenen Inhalt des Baurechts als unbegründet, soweit darauf einzutreten war (E. 3.4).

d. Missbrauch der Eigentumsrechte; Nachbarrecht (Art. 679 i.V.m. 684 ZGB)

[33] Das Urteil 5A_771/2021 vom 4. August 2022¹ behandelte im Wesentlichen ebenfalls prozesuale Fragestellungen. Das Bundesgericht hatte sich mit einem Sachverhalt über die *missbräuchliche Ausübung von Eigentumsrechten an Grundstücken* auseinanderzusetzen.

[34] Der Entscheid betraf den folgenden *Sachverhalt*: Der Beschwerdeführer A. ist Eigentümer eines Grundstücks in einer Gemeinde im Kanton Nidwalden, welches unmittelbar am Vierwaldstättersee liegt. Ein Landstreifen seiner Parzelle erstreckt sich dem Seeufer entlang vor dem südwestlich gelegenen Grundstück des Beschwerdegegners B. Die beiden Grundstücke trennt eine Strasse, wobei B. selbst keinen direkten Zugang zum See hat. Zwischen den beiden Parteien gab es bereits mehrfach nachbarrechtliche Streitigkeiten. A. wurde erinstanzlich verboten, auf seinem Grundstück vor dem Wohnhaus von B. im Bereich der Gebäudefront auf der ganzen Fassadenlänge Sonnenschirme aufzustellen. Des Weiteren verpflichtete es ihn unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB, Musik und Lärm jeglicher Art zu unterlassen (maximale Immissionswerte von 60 dB am Tag sowie von 50 dB in der Nacht). Auf die dagegen erhobene Berufung von A. trat die Vorinstanz nicht ein, worauf A. am 22. September 2021 mittels Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht gelangte.

[35] Das Bundesgericht führte aus, dass die Vorinstanz ihren Nichteintretentscheid damit begründete hatte, dass der Beschwerdeführer kein reformatorisches Begehrten gestellt habe (E. 3.). Selbst wenn ein solcher reformatorischer Antrag gestellt worden wäre, hätte aufgrund von dessen unzureichender Begründung nicht auf das Rechtsmittel eingetreten werden können.

[36] Nebst Sachverhaltsrügen monierte A. eine Verletzung der Begründungspflicht durch die Vorinstanz (E. 4.2). Das Bundesgericht wies diese Argumentation zurück. Da der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 679 i.V.m. Art. 684 ZGB durch die Vorinstanz nicht beanstandet hatte, war der angefochtene Entscheid nicht auf eine entsprechende Bundesrechtsverletzung hin zu überprüfen, zumal eine solche nicht geradezu ins Auge springe (E. 4.4). Das Bundesgericht hielt abschliessend fest, dass es dem Beschwerdeführer nicht gelungen sei, aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz ihr Ermessen bundesrechtswidrig ausgeübt haben solle (E. 4.5.5).

[37] Einmal mehr wird mit diesem Entscheid deutlich, dass bundesrechtliche Rechtsmittel sehr sorgfältig zu begründen sind und klare Anträge enthalten müssen. So wurde dem Beschwerdeführer zum Verhängnis, dass er keine Verletzung von bundesrechtlichem materiellem Recht, insbesondere der nachbarrechtlichen Abwehransprüche (Art. 679 i.V.m. Art. 684 ZGB), gerügt hatte.

¹ Siehe dazu LAYLA FREHNER, Missbrauch der Eigentumsrechte (Art. 679 i.V.m. Art. 684 ZGB), in: dRSK, publiziert am 9. Januar 2023.

e. Rückschnitt von Pflanzungen sowie Androhung der Ersatzvornahme; Abstände bei Anpflanzungen (Art. 684/688 ZGB)

[38] Der *Entscheid 5A_719/2022 vom 3. November 2022* betraf die Frage von *Abständen bei Anpflanzungen* nach Art. 688 ZGB. Gemäss dieser Bestimmung sind die Kantone unter anderem befugt, für Anpflanzungen bestimmte *Abstände vom nachbarlichen Grundstück* vorzuschreiben. Diese Bestimmung enthält damit einen echten *zuteilenden Vorbehalt zugunsten der Kantone* i.S.v. Art. 5 ZGB. Gestützt darauf sind diese ermächtigt, die Abstände festzulegen, welche die Eigentümer für Anpflanzungen einhalten müssen, und Sanktionen für die Verletzung entsprechender Bestimmungen zu erlassen. Halten Pflanzungen diese *kantonalrechtlichen Abstände* nicht ein, kann ihre Beseitigung ohne Nachweis übermässiger Einwirkungen verlangt werden. Beseitigungsansprüche wegen eines solchen Unterabstands darf das kantonale Recht befristen; insbesondere kann dieses eine Verjährungsfrist vorsehen. Eine Pflicht zur Befristung besteht hingegen nicht (E. 3.1).

[39] *In casu* stellte das Bundesgericht fest, dass der Kanton Thurgau von der durch Art. 688 ZGB gebotenen Möglichkeit der Gesetzgebung Gebrauch gemacht hatte. Diese Gesetzgebung sah vor, dass die Klagemöglichkeiten nicht durch eine Verjährungsfrist eingeschränkt würden. Unter diesen Umständen konnte die von den Nachbarn auf der Grundlage der kantonalen Gesetzgebung erwirkte Anordnung zum Rückschnitt nur unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs angefochten werden. Es war jedoch nicht willkürlich, das Fehlen jeglichen böswilligen Verhaltens anzunehmen, wenn die Nachbarn die *Anpflanzungen über viele Jahre hinweg toleriert* hatten, bevor sie schliesslich deren Rückschnitt verlangten. Diese Dauer hatte keine legitimen Erwartungen bei den Eigentümern der betreffenden Anpflanzungen erweckt. Nur ein tatsächlich widersprüchliches Verhalten – und somit besondere Umstände – hätten die Nachbarn davon abhalten können, ihre Rechte geltend zu machen (E. 4.3).

f. Überbau und Durchleitung (Nachbarrecht; Art. 674 Abs. 3 und 691 ZGB)

[40] Der *Entscheid 5A_452/2022 vom 11. April 2023* betraf den folgenden *Sachverhalt*: Das Grundstück Nr. qqq wurde 1989 in die Grundstücke Nr. zzz und Nr. qqq aufgeteilt. G. sel. verkaufte sein Grundstück Nr. zzz an seine Tochter H.D. sel. und deren Ehemann E.D. G. sel. teilte seine Liegenschaft Nr. qqq am 24. Januar 1996 in die Parzellen Nr. qqq, Nr. rrr, Nr. xxx und Nr. yyy auf. Am 5. Dezember 1995 erwarben B.A. und C.A. je als hälftige Eigentümer die Parzellen Nr. xxx und Nr. yyy. In der Folge entstanden Streitigkeiten bezüglich des Stalls auf der Parzelle Nr. xxx, welcher teilweise auf dem benachbarten Grundstück Nr. zzz von E.D. und F.D. stand, sowie bezüglich der gekappten Strom- und Wasserleitungen. F.D. kündigte den Abriss und die Versetzung der Stallwand an.

[41] B.A. und C.A. reichten gegen E.D. und F.D. Klage ein und beantragten die Wiederherstellung der vom Grundstück Nr. yyy zum Grundstück Nr. xxx führenden zerstörten Wasser- und Elektrizitätsleitungen. Zudem verlangten sie zugunsten der jeweiligen Eigentümer der Parzelle Nr. xxx (und zulasten der jeweiligen Eigentümer der Parzelle Nr. zzz) die *Einräumung von Überbaurechten für die Stallwand*, die Jauchegrube, den Dachstuhl und das Dach sowie für die Wasser- und Elektrizitätsleitungen. Das zuständige Kreisgericht sprach den Klägern ein Überbaurecht für die Stallwand, den Dachstuhl und das Dach des Eselstalls zu und wies das Grundbuchamt an, die

entsprechende Eintragung vorzunehmen. Schliesslich gelangten B.A. und C.A. im Juni 2022 mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht und beantragten im Hauptbegehren wiederum die vor Kreisgericht gestellten Anträge betreffend die Wiederherstellung der Wasser- und Elektrizitätsleitungen und hinsichtlich eines Überbaurechts für dieselben und für die Jauchegrube hielten sie an ihren Anträgen fest; eventualiter forderten sie die Rückweisung zur Neubeurteilung an die Vorinstanz.

[42] Gemäss Bundesgericht kann dem Überbauenden, der in gutem Glauben ist, gegen angemessene Entschädigung das dingliche Recht auf den Überbau oder das Eigentum am Boden zugewiesen werden, wenn ein Überbau unberechtigt ist und der Verletzte trotzdem nicht rechtzeitig Einspruch erhebt (Art. 674 Abs. 3 ZGB). Diese Bestimmung gilt analog, wenn beide Grundstücke, die von der grenzüberschreitenden Baute betroffen sind, ursprünglich demselben Eigentümer gehörten und später in verschiedene Hände gelangten. In solchen Fällen kann dem Eigentümer des Grundstücks, von dem die überragende Baute ausgeht, gegen angemessene Entschädigung das dingliche Recht auf den Überbau oder das Eigentum am Boden zugewiesen werden, wenn die Umstände es rechtfertigen (E. 5.1).

[43] Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, dass es die Beschwerdeführer versäumt hatten, konkret darzulegen, welche Umstände die Gewährung eines Überbaurechts rechtfertigen sollten. Die Beschwerdeführer hätten *keine wesentlichen eigenen Interessen* genannt, die die Gewährung des beantragten Überbaurechts rechtfertigen könnten. Im Gegenteil ergebe sich aus den Feststellungen der Vorinstanz, dass sie für die Eselhaltung nicht auf die Jauchegrube angewiesen seien und nicht nachgewiesen hatten, weshalb sie für den Zugang zur hauptsächlich auf ihrem eigenen Grundstück gelegenen Jauchegrube (zwecks Wartungsarbeiten und Entleerung) auf das beantragte Überbaurecht angewiesen wären.

[44] Die Beschwerdegegner ihrerseits hätten geltend gemacht, dass sie einem möglichen Grubenversagen und etwaigen Grundwassergefährdungen sowie Haftungsrisiken vorbeugen wollten. Sie sprachen sich für ein Auffüllen der Jauchegrube aus, um damit einem späteren Einbruch der Grube und allfälligen Grundwassergefährdungen oder Werkeigentümerhaftungen zuvorzukommen (E. 5.2.3). Der angefochtene Entscheid hielt entsprechend vor Bundesrecht stand (E. 5.3.2) und die Beschwerde war abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden konnte (E. 6).

g. Durchleitungsdienstbarkeit (Art. 691 ZGB)

[45] Dem *Entscheid 5A_62/2023 vom 17. April 2023* lagen Fragestellungen rund um eine Durchleitungsdienstbarkeit zugrunde. Die Klage betraf die Einräumung einer Durchleitungsdienstbarkeit i.S.v. Art. 691 ZGB, wobei es auch um eine wichtige Abgrenzung zu öffentlich-rechtlichen Fragestellungen aus dem Enteignungsrecht und Baubewilligungsverfahren ging. Betroffen war der folgende *Sachverhalt*: Das Grundstück von A. (Grundstück Nr. xxx, Grundbuch U., in V.) umgab die beiden angrenzenden Grundstücke Nr. yyy und Nr. zzz vollständig, wobei letzteres B. und C. zu hälftigem Miteigentum gehörte und mit einem Einfamilienhaus überbaut war. Da das Grundstück Nr. zzz über keinen Anschluss an die Trinkwasserversorgung verfügte, wurde zu dessen Gunsten und zulasten des Grundstücks Nr. xxx von A. (Beschwerdeführerin) im Grundbuch ein Quellenrecht eingetragen. Streitig war, ob die Quelle (bzw. ein Anteil davon) die Wasserversorgung des Grundstücks mit Haus sicherzustellen vermag. Im Jahre 2015 ersuchten B. und C. (Beschwerdegegner) die Gemeinde um Anschluss ihres Grundstücks an die Wasserversorgung, welche dem Gesuch zustimmte. Dagegen wehrte sich A. u.a. mit der Argumentation, es fehle an

einer dienstbarkeit- oder enteignungsrechtlichen Grundlage für die Verlegung einer Wasserleitung auf ihrem Grundstück.

[46] Das Bundesgericht rekapitulierte zuerst die *Voraussetzungen einer Durchleitungsdienstbarkeit* i.S.v. Art. 691 ZGB: «Gemäss Art. 691 Abs. 1 ZGB ist jeder Grundeigentümer verpflichtet, die Durchleitung von Röhren und Leitungen zur Versorgung und Entsorgung gegen vollständige Entschädigung zu gestatten, wenn ein anderes Grundstück sonst nicht oder nur mit unverhältnismässigen Kosten erschlossen werden kann. Das Recht auf Durchleitung aus Nachbarrecht kann in den Fällen nicht beansprucht werden, in denen das kantonale Recht oder das Bundesrecht auf den Weg der Enteignung verweist (Art. 691 Abs. 2 ZGB). Für die Beurteilung der Frage, ob die Leitung ohne Inanspruchnahme des mit der Dienstbarkeit zu belastenden Grundstücks nur mit unverhältnismässigem Aufwand erstellt werden kann, muss das Gericht eine Abwägung der Parteiinteressen vornehmen. Es hat die Grösse der Last, die dem Grundeigentümer durch die Durchleitung entsteht, mit dem Vorteil zu vergleichen, den der benachbarte Eigentümer daraus erlangt. Mithin steht dem Gericht ein gewisser Ermessensspielraum zu [...]. Bei Legalservi-
tuten (wie dem Durchleitungsrecht) besteht von Gesetzes wegen ein Anspruch auf Errichtung einer Dienstbarkeit. Der in Anspruch genommene Grundeigentümer ist verpflichtet, mit dem Anspruchsberechtigten einen Vertrag über die Begründung einer Durchleitungsdienstbarkeit abzuschliessen. Kommt er der Verpflichtung nicht freiwillig nach, wird diese durch ein gerichtliches Urteil ersetzt. Der gültig abgeschlossene Dienstbarkeitsvertrag oder das Urteil sind konstitutiv; sie bringen die Dienstbarkeit unmittelbar zum Entstehen. Ein Grundbucheintrag ist insoweit nicht erforderlich. Doch kann der Berechtigte die Eintragung auf seine Kosten verlangen [...].» (E. 3).

[47] Die Vorinstanz hatte festgehalten, dass es sich beim Verfahren um Einräumung einer Durchleitungsdienstbarkeit und beim Baubewilligungsverfahren um zwei voneinander losgelöste Prozesse handle (E. 4.1.1). Weiter brachte die Beschwerdeführerin vor, dass die Beschwerdegegner nicht aktiv legitimiert seien, weil die Gemeinde als Bauherrin der Wasserversorgung gelte. Wenn diese eine Wasserleitung durch Drittgrundstücke erstellen wolle und die erforderlichen Rechte nicht gütlich erworben werden könnten, gälten zudem die Vorschriften des Enteignungsgesetzes. Somit komme *in casu* Art. 691 Abs. 1 ZGB gar nicht zur Anwendung (E. 4.2).

[48] Das Bundesgericht stellte fest, dass der Einwand der mangelnden Aktivlegitimation unbegründet sei. Wie bereits die Vorinstanz festgestellt hatte, lag *in casu* keine Enteignungsmöglichkeit vor. Zudem wurde festgehalten, dass für die bestimmungsgemäss Nutzung der Liegenschaft eine ausreichende Versorgung mit Trinkwasser langfristig gewährleistet sein müsse, also nicht nur in niederschlagsreichen, sondern auch in trockeneren Zeiten. Im Ergebnis genügte das bestehende Quellenanteilsrecht der Beschwerdegegner nicht, um die Versorgung ihrer Liegenschaft mit Trinkwasser sicherzustellen (E. 6.1.1). Die Beschwerde war im Ergebnis abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden konnte (E. 9).

h. Eigentum an einer Quelle; Qualifizierung eines Wasserlaufs als Privatquelle oder als öffentliche Bach- bzw. Flussquelle (Art. 664 Abs. 2, 667 Abs. 2 und 704 Abs. 1 ZGB)

[49] In seinem zur Publikation vorgesehenen *Urteil 5A_420/2022 vom 8. Dezember 2022*² beschäftigte sich das Bundesgericht mit den Voraussetzungen, unter denen eine Quelle als privat bzw. öffentlich zu qualifizieren ist.

[50] Dem Entscheid lag der folgende *Sachverhalt* zugrunde: Die bundesgerichtlichen Beschwerdeführer A., B. und C. sind Miteigentümer einer in der Gemeinde Brig-Glis im Kanton Wallis gelegenen Parzelle. Auf dieser Parzelle entspringt die streitgegenständliche Quelle «E.». Auf erhobene Klage hin stellte das Bezirksgericht Brig fest, dass sich die *Quelle im Privateigentum* von A., B. und C. befindet. Das Kantonsgericht Wallis hiess die gegen dieses Urteil erhobene Berufung der Einwohnergemeinde Brig-Glis gut, hob den vorinstanzlichen Entscheid auf und wies die Klage ab. Das Kantonsgericht stellte fest, dass es sich bei der *Quelle um eine Bachquelle handelt*, die *im öffentlichen Eigentum* der Gemeinde Brig-Glis steht. A., B. und C. erhoben gegen dieses kantonsgerichtliche Urteil Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht. Sie forderten zusammengefasst im Hauptstandpunkt, das Urteil des Kantonsgerichts sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass es sich bei der Quelle um eine private Quelle handle, an der kein öffentliches Eigentum möglich sei. Das *Bundesgericht* hiess die Beschwerde gut, hob den kantonsgerichtlichen Entscheid auf und stellte fest, dass es sich bei der *Quelle um eine private Quelle* handelt.

[51] Das Bundesgericht stellt die folgenden *Erwägungen* an: Im Lichte des im Sachenrecht gelgenden Akzessionsprinzips erstrecke sich das Eigentum an einem Grundstück grundsätzlich auch auf alle Quellen, welche darauf entspringen. Quellen seien *Bestandteile der Grundstücke* und könnten nur zugleich mit dem Boden, dem sie entspringen, zu Eigentum erworben werden. Im Unterschied dazu bestehe an öffentlichen Gewässern und den daraus entspringenden Quellen unter Vorbehalt anderweitigen Nachweises kein Privateigentum (E. 3.1 und 3.2).

[52] Öffentliche Gewässer in der Form von stehenden oder fliessenden natürlichen Gewässern seien als *herrenlose Sachen* zu qualifizieren. Diesbezüglich sei es den Kantonen überlassen, von den Gewässern jene abzugrenzen, die «öffentlicht» sein sollen. Aus dem *Bundeszivilrecht* würden sich *keine Kriterien* ergeben, nach denen der Hoheit der Kantone unterstellte Gewässer als «öffentlicht» zu qualifizieren seien. Insbesondere gäbe es kein bundesrechtliches Wasserführungsminimum als Merkmal der «Öffentlichkeit» eines Gewässers. Deren Bestimmung sei Sache der Kantone (E. 3.2.1).

[53] Falls ein *Kanton* von dieser *Regelungskompetenz* Gebrauch mache, werde die «Öffentlichkeit» des Gewässers durch einen Akt des Gesetzgebers begründet und das vom (im Privateigentum stehenden) Erdboden umrandete Gewässer werde damit «öffentlicht». In Abweichung des Akzessionsprinzips würden die *Quellen* von öffentlichen Gewässern *als Teil des von ihnen gebildeten Wasserlaufs* betrachtet und nicht als Teil des Grundstücks. Dies könne dazu führen, dass nicht alle Quellen, welche einem Privatgrundstück entspringen, auch Privatquellen seien. In der Lehre und Rechtsprechung werde zwischen «*Privatquellen*» und «*öffentlichen Bach- oder Flussquellen*» unterschieden (E. 3.2.2). Das kantonale Recht regle nicht, welche Mächtigkeit bzw. Stetigkeit ein oberirdischer Wasserlauf aufweisen müsse, um als «*öffentliches Gewässer*» qualifiziert werden zu

² Siehe dazu PHILIPP EBERHARD, Eigentum an einer Quelle: Zur Qualifizierung eines Wasserlaufs als Privatquelle oder öffentliche Bach- bzw. Flussquelle, in: dRSK, publiziert am 25. April 2023.

können, womit auch gesagt sei, dass *im Kanton Wallis grundsätzlich alle Wasserläufe öffentlich* seien (E. 3.2.3).

[54] Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Wasseraustritt als öffentliche Bachquelle zu qualifizieren sei, zuerst zu prüfen, ob der Wasserausstoss (und dies unabhängig davon, ob das Wasser an einem oder mehreren Orten austritt) von Anfang an einen Wasserlauf, d.h. einen Bach, bildet. Ob dies der Fall sei, sei daran zu messen, ob er sich aufgrund der Mächtigkeit und Stetigkeit des Wasseraustritts ein Bett mit festen Ufern schaffe oder zu schaffen vermöchte, wäre er nicht gefasst worden (E. 3.3).

[55] Die vorgenannten *Kriterien der Mächtigkeit und der Stetigkeit* seien nicht, wie dies das Kantonsgericht bestimmt hätte, unabhängig vom Kriterium des Wasserlaufs bzw. des Bachbetts zu prüfen. Falls eine Quelle nicht gefasst worden sei, zeige sich deren «Mächtigkeit» und «Stetigkeit» gerade darin, ob sich von Anfang an ein Wasserlauf (d.h. ein Bett mit festen Ufern) gebildet habe (E. 4.2). Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass die streitgegenständliche Quelle gerade nicht die Mächtigkeit und Stetigkeit besessen hat, sich ein Bett mit festen Ufern zu schaffen. Die Quelle hat auch nicht von Anfang an einen Wasserlauf gebildet. Sie ist demnach als Privatquelle i.S.v. Art. 704 Abs. 1 ZGB zu qualifizieren (E. 4.4).

i. Nachbarrechtliche Streitigkeiten zwischen Stockwerkeigentümern (Art. 679 i.V.m. Art. 684 ZGB)

[56] Das *Urteil 5A_51/2023 vom 9. Mai 2023* stützte sich auf folgenden *Sachverhalt*: A. (mit einer Stockwerkeinheit im 2. OG) klagte gegen B. und C. (mit einer Stockwerkeinheit im 1. OG) wegen der Abdeckung der Lichtöffnungen über seiner Terrasse. B. und C. verlangten darauf widerklageweise u.a. die Entfernung diverser Blumen und Pflanzen, Bäume und sonstiger Gegenstände aus dem Garten der Stockwerkeigentümergemeinschaft, der Überwachungskameras sowie die Entfernung von Fahrzeugen aus der Tiefgarage. Es kam zur Gutheissung der Klage von A. durch das Bezirksgericht Zürich. Die Anträge der Widerklage von B. und C. wurden abgewiesen, soweit auf diese eingetreten wurde. Auch die Berufung von A. vor Obergericht wurde abgewiesen. Es ging rechtlich einerseits um nachbarrechtliche Abwehransprüche i.S.v. Art. 679 i.V.m. Art. 684 ZGB, aber (mit den widerklageweisen Begehren) auch um eine Beseitigung von behaupteten Persönlichkeitsverletzungen durch die aufgestellten Kameras. Das Bundesgericht stellte fest, dass vermögensrechtliche und nicht vermögensrechtliche Aspekte betroffen waren.

[57] Die Erinstanz hatte bereits ausgeführt, die reglementswidrige Nutzung einer Stockwerkeinheit mit der Abdeckung der Lichtöffnungen bewirke eine *Störung des Eigentumsrechts oder des Besitzes* einer anderen Stockwerkeigentümerin. *In casu* war eine Verdunkelung der Loggia sowie der angrenzenden Wohnräume der unteren Wohnung festgestellt worden. Somit konnten zivilrechtliche Abwehransprüche nach Eigentums- oder Besitzesrecht geltend gemacht werden. Diese Ansprüche bestehen auch im Verhältnis unter den Stockwerkeigentümern. Das Bundesgericht hatte sich jedoch kaum mit sachenrechtlichen Aspekten auseinanderzusetzen. Der Entscheid stellt vor allem ein Exempel dafür dar, wie man besser nicht prozessiert (nicht ohne anwaltliche Vertretung, nicht ohne Beachtung von prozessrechtlichen Grundsätzen) und zudem, wie man innerhalb einer Stockwerkeigentümergemeinschaft besser nicht miteinander umgeht (keine Grenzüberschreitungen, keine Überwachung mittels Kameras, kein straf- und zivilrechtliches Vorgehen gegen die Nachbarn). Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (E. 6).

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

a. **Vetorecht des nicht zustimmenden Stockwerkeigentümers bei nützlichen baulichen Massnahmen (Art. 712g Abs. 1 i.V.m. Art. 647d Abs. 2 ZGB)**

[58] Das Urteil 5A_79/2022 vom 16. November 2022³ betraf Bauarbeiten in einer Eigentumswohnung, und dabei besonders das Vetorecht des nicht zustimmenden Stockwerkeigentümers bei nützlichen baulichen Massnahmen gemäss Art. 712g Abs. 1 i.V.m. Art. 647d Abs. 2 ZGB.

[59] Dem Entscheid lag der folgende *Sachverhalt* zugrunde: B. gehörte die Stockwerkeinheit Nr. yyy der in Stockwerkeigentum aufgeteilten Liegenschaft A. (StWEG A.). Anlässlich der ordentlichen Versammlung vom 5. April 2019 beschloss die StWEG A. mit qualifizierter Mehrheit nach Köpfen und Wertquoten, einen neuen Hauptzugang mit Lift auf der Höhe des Erdgeschosses sowie einen Nebeneingang für Fahrräder im Kellergeschoss zu erstellen. B. stimmte gegen das Bauprojekt.

[60] Zu den *Erwägungen*: Umstritten war, ob die Beschwerdegegnerin B. den von der Beschwerdeführerin am 5. April 2019 beschlossenen neuen Hauseingang im Erdgeschoss samt Anbau eines Lifts gestützt auf Art. 712g Abs. 1 i.V.m. Art. 647d Abs. 2 ZGB verhindern kann (E. 3). Gemäss diesen beiden Bestimmungen können nützliche bauliche Massnahmen, die einem Stockwerkeigentümer den Gebrauch oder die Benutzung der Sache zum bisherigen Zweck erheblich und dauernd erschweren oder unwirtschaftlich machen, nicht ohne seine Zustimmung durchgeführt werden. Die *erhebliche und dauernde Erschwerung* muss objektiv sein und von einem Durchschnittsmenschen als solche empfunden werden (E. 3.1).

[61] Die Vorinstanz war zum Schluss gelangt, dass die Privatsphäre der Beschwerdegegnerin aufgrund des geplanten Umbaus stärker beeinträchtigt würde, da sich Personen, die den Hauseingang benützen, sich künftig bis auf einen Abstand von knapp einem Meter auf das Küchen- und Esszimmerfenster der Wohnung der Beschwerdegegnerin zubewegen würden. Im Falle einer Realisierung des Bauvorhabens sei insgesamt mit einer gewissen Zusatzbelastung durch Lärm zu rechnen. Ausserdem führe das Bauvorhaben zu einem *erheblichen Verlust von Aussicht und Licht* vor allem im Esszimmerbereich. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die festgestellten *Beeinträchtigungen in ihrer Gesamtheit als erheblich* i.S.v. Art. 647d Abs. 2 ZGB zu qualifizieren seien. Die Stockwerkeinheit der Beschwerdegegnerin im Erdgeschoss sei davon deutlich mehr betroffen, profitiere aber vom geplanten Lift signifikant weniger als die übrigen Stockwerkeinheiten (E. 3.2).

[62] Das Bundesgericht gelangte hinsichtlich der Rügen zu folgenden *Schlüssen*: Soweit die Beschwerdeführerin dem Kantonsgericht vorwerfe, bei der Beurteilung des Vetorechts den (seiner Meinung nach) signifikant geringeren Nutzen des geplanten Aufzugs ins Spiel zu bringen, übersehe sie, dass es diesen Nutzen nicht isoliert berücksichtigt, sondern ihn ins Verhältnis zu seiner Erkenntnis setze, dass die Erdgeschosswohnung der Beschwerdegegnerin «deutlich mehr» als die übrigen Stockwerkeinheiten von den Belastungen betroffen sei. Schliesslich sei auch nicht zu beanstanden, dass das Kantonsgericht eine Gesamtbetrachtung vornehme und in diesem Rahmen insbesondere die durch den neuen Hauseingang bedingte *Einbusse an Privatsphäre als erhebliche*

³ Siehe dazu SARINA BRUN, Zustimmungserfordernis des übermäßig beeinträchtigten Stockwerkeigentümers: Das Vetorecht des nicht zustimmenden Stockwerkeigentümers bei nützlichen baulichen Massnahmen gemäss Art. 712g Abs. 1 i.V.m. Art. 647d Abs. 2 ZGB, in: dRSK, publiziert am 9. März 2023.

und dauernde Erschwerung der Nutzung der der Beschwerdegegnerin gehörenden Stockwerkeigen-tumseinheit qualifiziere. Anders als die Beschwerdeführerin meint, seien diese Nachteile nicht gegen die Vorteile des neuen Haupteingangs und der neuen Liftanlage abzuwägen. Auch wenn dieses Bauvorhaben – wie die Beschwerdeführerin behauptet – die einzige Möglichkeit darstelle, einen barrierefreien Zugang zum Haus einzurichten, bedeute dies nicht, dass die Beschwerdegegnerin ihr in Art. 647d Abs. 2 ZGB verankertes Vetorecht verliere (E. 3.5.3). Das Bundesgericht wies die Beschwerde entsprechend ab (E. 4).

[63] *Hinweis:* Das Bundesgericht wiederholte in diesem Entscheid die massgeblichen Grundsätze. Instandsetzungs- und Umbauarbeiten, die den Wert der Sache erhöhen oder ihren Ertrag oder ihren Nutzen verbessern, werden mit der Mehrheit aller Miteigentümer beschlossen, die ausserdem mit ihren Anteilen zusammen mehr als die Hälfte der Sache vertreten. Veränderungen, die dazu führen, dass ein Miteigentümer die Nutzung oder den Genuss der Sache gemäss ihrer gegenwärtigen Bestimmung erheblich und dauerhaft beeinträchtigt oder deren Ertrag gefährdet wird, dürfen nicht ohne seine Zustimmung vorgenommen werden. Dies ergibt sich aus Art. 647d Abs. 2 ZGB. Diese Bestimmung ist *zwingender Natur*, so dass der Mit- oder Stockwerkeigentümer somit ein *Vetorecht* hat, das es ihm ermöglicht, sich gegen Lasten zu wehren, die im Vergleich zu denen der anderen Mitglieder der Gemeinschaft übermäßig sind. Solche *erheblichen und dauerhaften Belastungen* müssen objektiv sein und von einem durchschnittlichen Menschen als solche empfunden werden. Bejaht wird dies in Fällen, in denen der Gebrauch oder die Nutzung der Sache für den bisherigen Zweck unrentabel wird; d.h. die geplanten Arbeiten verschlechtern die Möglichkeit, eine Wohnung zu vermieten oder weiterzuverkaufen (E. 3.1; vgl. die Kasuistik der bisherigen Rechtsprechung).

[64] Im vorliegenden Fall war der Stockwerkeigentümer der Erdgeschosswohnung somit berechtigt, von seinem Vetorecht i.S.v. Art. 647d Abs. 2 ZGB bezüglich eines geplanten Baus eines neuen Gebäudeeingangs und eines Aufzugs Gebrauch zu machen. Entscheidend war, dass der Bau des geplanten neuen Durchgangs, der neu direkt vor der Küche und dem Esszimmer der Wohnung im Erdgeschoss verlief, somit zu einem Verlust der Privatsphäre der Stockwerkeigentümer der Erdgeschosswohnung führte und eine zusätzliche Lärmbelästigung, den Verlust einer freien Aussicht sowie einen Verlust an natürlichem Licht mit sich brachte. Zudem bestand kein Zweifel daran, dass der betroffene Eigentümer deutlich stärker betroffen war als die übrigen Stockwerkeigentümer. Die Tatsache, dass das geplante Bauprojekt die einzige architektonische Möglichkeit für den Einbau eines Eingangs mit Aufzug darstellte, wurde vom Bundesgericht als irrelevant beurteilt (E. 3.2 und 3.5.2).

b. Anfechtung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümerversammlung; Gerichtskosten in einer Stockwerkeigentümergemeinschaft; Kostenaufteilung (Art. 712h ZGB)

[65] Im *Entscheid 5A_89/2021 vom 29. August 2022*⁴ ging es um die Anfechtung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümerversammlung, insbesondere um die Kostenaufteilung unter den Stockwerkeigentümern. Die Stockwerkeigentümer B.B., C.B., D.D. und E.D. (Beschwerdegegner) zeig-

⁴ Siehe dazu CÉCILE MAAG, Anfechtung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümerversammlung, in: dRSK, publiziert am 23. März 2023.

ten sich im Rahmen der Stockwerkeigentümersammlung im März 2014 mit der Beschlussfassung über den Verteilschlüssel für die Kostenauferlegung sowie die Jahresrechnung 2013 nicht zufrieden und erhoben daraufhin Klage gegen die Stockwerkeigentümergegemeinschaft (Beschwerdeführerin) und verlangten, die Beschlüsse betreffend Verteilschlüssel der Kosten sowie Genehmigung der Jahresrechnung 2013 seien aufzuheben. Vor Bundesgericht war die *Kostentragung* (Gerichts- und Vertretungskosten i.S.v. Art. 95 ZPO) von zwei mit Vergleich vom April 2013 erledigten Verfahren strittig. Dies nahm das Bundesgericht zum Anlass, Art. 712h ZGB näher zu beleuchten. In der Lehre gilt als umstritten, ob *Prozesskosten* zu den *Kosten der gemeinschaftlichen Verwaltung nach Art. 712h ZGB* gehören. Diese Frage musste das Bundesgericht bislang nicht beantworten.

[66] Nach Art. 712h ZGB haben die Stockwerkeigentümer an die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums und die Kosten der gemeinschaftlichen Verwaltung Beiträge nach Massgabe ihrer Wertquoten zu leisten (Abs. 1). Solche Lasten und Kosten sind namentlich die Kosten der Verwaltungstätigkeit einschliesslich der Entschädigung des Verwalters (Abs. 2 Ziff. 2). Dienen bestimmte gemeinschaftliche Bauteile, Anlagen oder Einrichtungen einzelnen Stockwerkeinheiten nicht oder nur in ganz geringem Masse, so ist dies bei der Verteilung der Kosten zu berücksichtigen (Abs. 3).

[67] In der Lehre ist wie erwähnt *umstritten*, ob es sich bei *Prozesskosten* um Kosten der gemeinschaftlichen Verwaltung nach dieser Bestimmung handelt und wie solche Kosten unter den Stockwerkeigentümern zu verlegen sind. Bei Art. 712h Abs. 1 ZGB handelt es sich um eine Bestimmung dispositiver Natur, die folglich der Abänderung und Parteiaabrede zugänglich ist. *In casu* hatten die Parteien die streitbetroffenen Kosten mit Vergleich vom 24. April 2013 einer eigenständigen Regelung zugeführt und waren insofern von der gesetzlichen (dispositiven) Regelung von Art. 712h ZGB abgewichen. Die Beschwerdeführerin brachte nicht vor, es würde an den notwendigen Grundlagen für ein Abweichen von Art. 712h Abs. 1 ZGB fehlen. Damit aber war die vergleichsweise getroffene Regelung (vgl. E. 5.6) massgebend, und es brauchte auf die Tragweite der gesetzlichen Bestimmung zur Kostenverlegung nicht eingegangen zu werden. Damit war lediglich auf die Regelung im Vergleich einzugehen, und die Frage betreffend Art. 712h ZGB konnte (einmal mehr) offen bleiben (E. 5.4 f.).

[68] Unbestritten sei, dass der Vergleich vorsehe, dass die Kosten hälftig zu teilen seien und auf eine Parteientschädigung verzichtet werde. Ein Vergleich, so das Bundesgericht, sei als privatrechtlicher Vertrag nach Art. 18 OR auszulegen und der wirkliche Parteiwille oder aber (subsidiär im Rahmen der objektivierten Vertragsauslegung) der mutmassliche Parteiwille zu ermitteln. Auszugehen sei vom Wortlaut des Vergleichs, welcher bei Klarheit Vorrang vor weiteren Auslegungsmitteln habe (E. 5.6).

c. Anfechtung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümersammlung; Beschluss zur Ernennung eines Vertreters der Gemeinschaft; Postulationsfähigkeit

[69] Als ergänzender Hinweis sei angefügt: In den französischsprachigen *Entscheiden 5A_311/2022 und 5A_437/2022 vom 9. November 2022* ging es ebenfalls um die Anfechtung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümersammlung, um den Beschluss zur Ernennung eines Vertreters der Gemeinschaft und um die anwaltliche Vertretung bzw. Postulationsfähigkeit des ge-

richtlich eingesetzten Rechtsanwaltes. Prozessgegenstand bildeten vorwiegend prozessrechtliche Fragestellungen.

4. Fahrniseigentum (Art. 714 ff. ZGB)

a. Herausgabe von Eigentum; Erwerb von Fahrniseigentum («Carigiet-Bild-Fall»; Art. 641 Abs. 2, Art. 714 Abs. 1, Art. 922 Abs. 1, Art. 924 Abs. 1, Art. 933 sowie Art. 3 Abs. 1 und 2 ZGB)

[70] Beim *Entscheid 5A_71/2022 vom 14. September 2022*⁵ ging es um den Erwerb bzw. die Herausgabe eines Carigiet-Bildes. Dem Entscheid lag der folgende *Sachverhalt* zugrunde: Mit schriftlichem Vertrag vom 20. Januar 2006 schenkte C. ihrer Nichte B. ein Carigiet-Bild. Dieses befand sich im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Haus von C. Die Schenkerin behielt sich zudem die Nutzniessung am Gemälde vor, solange sie in diesem Haus wohnte. Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 27. Januar 2006 verkaufte C. ihr Haus ihrem Enkel A. Die Vertragsparteien begründeten dabei eine lebenslängliche Nutzniessung zugunsten der Verkäuferin. Ziffer IV.4 des Grundstückkaufvertrags lautete wie folgt: «Die Einrichtungsgegenstände sind Gegenstand des vorliegenden Kaufvertrages, soweit diese nicht durch Schenkungen und oder Vermächtnisse Drittpersonen zugewendet werden.» Am 3. September 2009 verfasste C. einen handschriftlichen Testamentzusatz mit dem sie ihrem Enkel A. sämtliche Möbel, Bilder, Teppiche und sämtliches Inventar vermachte. Nachdem C. am 8. März 2017 ins Altersheim zog, ersuchte B. den A., ihr das Carigiet-Bild als Eigentümerin herauszugeben. Am 13. Dezember 2017 verstarb C. B. klagte nach erfolgloser Schlichtung auf *Herausgabe des Bildes*. Mit Entscheid vom 9. Februar 2021 wurde die Klage gutgeheissen und A. verpflichtet, das Bild herauszugeben. Gegen diesen Entscheid erhob A. erfolglos Berufung beim Kantonsgericht Graubünden. Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 31. Januar 2022 wandte sich A. (Beschwerdeführer) an das Bundesgericht.

[71] In seinen *Erwägungen* erinnert das Bundesgericht daran, dass es zur Übertragung des Fahrniseigentums eines *Überganges des Besitzes* auf den Erwerber bedarf (Art. 714 Abs. 1 ZGB). Der Besitz wird übertragen durch die Übergabe der Sache selbst oder der Mittel, die dem Empfänger die Gewalt über die Sache verschaffen (Art. 922 Abs. 1 ZGB). Ohne Übergabe kann der Besitz einer Sache erworben werden, wenn ein Dritter oder der Veräusserer selbst auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses im Besitz der Sache verbleibt (Art. 924 Abs. 1 ZGB [Besitzeskonstitut], E. 3.3.1).

[72] Vor Bundesgericht war strittig, ob der Beschwerdeführer A. im Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückkaufvertrags bezüglich der Verfügungsmacht der Grossmutter über das streitbetroffene Bild *gutgläubig* war. Das Bundesgericht weist darauf hin, dass das *Dasein des guten Glaubens vermutet* wird (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Diese Vermutung greife aber nur, wenn der sich auf den guten Glauben Berufende den Nachweis dafür erbringt, den Umständen entsprechend aufmerksam gewesen zu sein (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Namentlich wenn konkrete Verdachtsgründe vorliegen sowie beim Handel mit Kunst- und mit Occasionsgegenständen trifft den Käufer eine Obliegenheit abzuklären, ob der Verkäufer auch tatsächlich befugt ist, über die Sache zu verfügen (E. 3.3.2. m.V.a. BGer 5A_962/2017 vom 29. März 2018, E. 5.1.).

⁵ Siehe dazu DAVIDE GIOIELLO, Der gute Glaube betreffend den Erwerb einer beweglichen Sache: Urteil 5A_71/2022 vom 14. September 2022, in: Jusletter 3. Juli 2023.

[73] Zwar falle gemäss Bundesgericht der streitbetroffene Kauf nicht unter die bisher vom Bundesgericht beurteilten Fällen bejahter *Erkundigungsobliegenheiten* im Kunst- und Occasionshandel, jedoch knüpfe Art. 3 Abs. 2 ZGB an die Umstände des Einzelfalles an und erfordere einen Billigkeitsentscheid (Art. 4 ZGB). Nach Ansicht des Bundesgerichts erblickte die Vorinstanz in Ziffer IV.4 des Grundstückkaufvertrages zu Recht einen Umstand, aufgrund dessen der Beschwerdeführer sich bei der Verkäuferin nach bereits erfolgten Verfügungen hätte erkundigen müssen. Wer wie der Beschwerdeführer damit einverstanden ist, dass die Verkäuferin weiterhin frei über Einrichtungsgegenstände verfügen kann, dürfe allenfalls bereits erfolgte Verfügungen nicht einfach ignorieren. Der Beschwerdeführer hätte sich entsprechend bei der Verkäuferin erkundigen müssen, ob das Carigiet-Bild bereits Gegenstand einer Schenkung oder eines Vermächtnisses gewesen ist. Eine besondere Nähe zwischen den Vertragsparteien vermag gemäss Bundesgericht nichts daran zu ändern.

[74] Im Ergebnis könne sich der Beschwerdeführer gemäss Bundesgericht *nicht auf seinen guten Glauben berufen*. Das Bundesgericht wies damit die Beschwerde in Zivilsachen ab (E. 4).

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

a. Privatrechtliche Baueinsprache; Näherbaurecht (Art. 686 Abs. 1 und 2 ZGB; Art. 738 ZGB)

[75] Dem zur Publikation vorgesehenen *Entscheid 5A_955/2022 vom 26. Mai 2023* lag der folgende *Sachverhalt* zugrunde: Die Liegenschaften U. Gbbl. Nrn. xxx, yyy und zzz gehören A.A. und B.A. je hälftig zu Miteigentum. C. ist Eigentümer der Nachbarliegenschaft U. Gbbl. Nr. qqq. Im Grundbuch ist zu Gunsten und zu Lasten der Grundstücke qqq, yyy und zzz ein Näherbaurecht eingetragen. Der öffentlich beurkundete Dienstbarkeitsvertrag vom 15. Februar 1990 umfasst das Recht, bis auf einen Meter an die gemeinsame Grenze zu bauen. Die Firsthöhe auf dem Grundstück Nr. qqq liegt bei max. 11,60 m. Am 15. Juli 2019 erhielt C. von der Gemeinde Glarus Nord die Baubewilligung für ein geplantes Mehrfamilienhaus auf seiner Liegenschaft Nr. qqq, welche rechtskräftig wurde. Das Bauprojekt sah einen Grenzabstand von 110 cm vor. A.A. und B.A. verlangten darauf gerichtlich, die Ausführung des öffentlich-rechtlich bewilligten Bauvorhabens sei zivilrechtlich zu verbieten. Damit drangen sie erstinstanzlich durch und die Ausführung des Bauvorhabens wurde untersagt. Die dagegen von C. erhobene Berufung wurde durch das Obergericht des Kantons Glarus gutgeheissen und das erstinstanzliche Urteil aufgehoben. Darauf gelangten A.A. und B.A. (Beschwerdeführer) ans Bundesgericht (und verlangten die Aufhebung des zweitinstanzlichen und die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils).

[76] Der Streit drehte sich um die Frage, ob eine auf seinem Grundstück lastende Grunddienstbarkeit den Beschwerdegegner (C.) daran hindert, ein öffentlich-rechtlich bewilligtes Bauvorhaben zu realisieren (E. 1). Umstritten war die Auslegung des im Grundbuch eingetragenen (gegenseitigen) Näherbaurechts (E. 3).

[77] Das Bundesgericht rekapitulierte zunächst seine bekannte «*Formel zur Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit*»: Danach gibt Art. 738 ZGB eine Stufenordnung vor, wobei der Grundbucheintrag den Ausgangspunkt bildet. Der Grundbucheintrag ist nach Abs. 1 dieser Bestimmung massgebend, sofern sich die Rechte und Pflichten daraus deutlich ergeben. Selbst wenn der Eintrag inhaltlich unrichtig ist, darf sich ein gutgläubiger Dritter auf einen klaren und deutlichen Eintrag verlassen. Der Rückgriff auf den Erwerbsgrund ist gemäss Bundesgericht nur zulässig, wenn der Erwerbserfolg aufgrund eines tatsächlichen Fehlers des Erwerbers bedroht ist.

sig, wenn der Wortlaut des Grundbucheintrags unklar ist (vgl. Art. 738 Abs. 2 ZGB). Vermag der Eintrag die Dienstbarkeit nicht ausreichend zu spezifizieren und sind infolgedessen die Rechte und Pflichten daraus nicht eindeutig ersichtlich, so ist ein Rückgriff auf den Erwerbsgrund notwendig, und der Schutz des guten Glaubens in den Eintrag ist dem Dritterwerber abzusprechen. Ein solcher Fall liegt vor, wenn sich ein Eintrag ohne weitere Erklärungen in der blossem Benennung erschöpft (wie bspw. «Durchleitungsrecht», «Quellenrecht» oder «Baubeschränkung»). Ist auch der Erwerbsgrund nicht schlüssig, kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit (im Rahmen des Grundbucheintrags) aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (vgl. Art. 738 Abs. 2 ZGB; E. 3.3.1).

[78] Für die *Auslegung des Grunddienstbarkeitsvertrages* gelten bekanntmassen gemäss Bundesgericht die allgemeinen obligatorischen Regeln der Vertragsauslegung, wobei die Ermittlung des übereinstimmenden wirklichen Parteiwillens im Vordergrund der Auslegung steht. Bleibt der tatsächliche Parteiwille unbewiesen, so sind die Erklärungen und Verhaltensweisen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Gemäss Bundesgericht gelten diese allgemeinen Auslegungsgrundsätze vorbehaltlos unter den ursprünglichen Vertragsparteien; im Verhältnis zu Dritten dagegen nur mit einer Einschränkung, die sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (Art. 973 ZGB) ergibt (E. 3.3.2).

[79] Bei der Auslegung des Vertrags können gegenüber Dritten, welche an der Errichtung der Dienstbarkeit nicht beteiligt waren und im Vertrauen auf das Grundbuch das dingliche Recht erworben haben, individuelle persönliche Umstände und Motive nicht berücksichtigt werden, welche für die Willensbildung der ursprünglichen Vertragsparteien bestimmend waren, aus dem Dienstbarkeitsvertrag selbst aber nicht hervorgehen und für einen unbeteiligten Dritten normalerweise auch nicht erkennbar sind. Soweit Rechte und Pflichten Dritter betroffen sind, ist die Auslegung des Erwerbstitels an die Schranken gebunden, welche sich aus dem Eintrag ergeben, da diese bei Gutgläubigkeit im Vertrauen auf die Richtigkeit des Eintrages geschützt sind. Verlangt wird somit eine Auslegung nach den objektiv erkennbaren Umständen, wodurch dem *Zweck der Dienstbarkeit* die *massgebende Bedeutung* zukommt. Der Zweck bestimmt sich dabei nach den Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks, wobei die Dienstbarkeit denjenigen Inhalt und Umfang aufweist, den sie haben muss, um ihren Zweck mit der geringst möglichen Beschränkung des Eigentums am dienenden Grundstück bestmöglich zu erreichen (E. 3.3.2).

[80] Der klare Wortlaut des Vertrages hat bei der Auslegung von Dienstbarkeitsverträgen den Vorrang, es sei denn, er erweise sich aufgrund anderer Vertragsbedingungen, dem von den Parteien verfolgten Zweck oder weiteren Umständen als nur scheinbar klar. Begleitumstände des Vertragsschlusses oder die Interessenlage der Parteien dürfen nur ergänzend berücksichtigt werden, sofern sie für Dritte erkennbar sind. Weiter ist für den Regelfall anzunehmen, dass die (ursprünglichen) Vertragsparteien eine vernünftige, sachgerechte Regelung angestrebt haben (E. 3.3.3).

[81] Beim Grundbucheintrag «Näherbaurecht» handelt es sich um das Recht, in einem geringeren als dem gesetzlichen Abstand an die Grenze des Nachbargrundstücks zu bauen, d.h. auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten. Der Eigentümer hat die Unterschreitung des gesetzlichen Mindestgrenzabstands durch den berechtigten Eigentümer auf dem Nachbargrundstück zu dulden. Bei einem gegenseitigen Näherbaurecht verpflichten sich die Grundeigentümer gegenseitig, ein Gebäude oder einen Gebäudeteil des anderen im Abstandsbe- reich zu dulden (E. 3.5).

[82] Das Bundesgericht hält nun fest, dass aufgrund von Art. 6 Abs. 1 ZGB Näherbaurechte von vornherein nur im Rahmen des öffentlich-rechtlich Zulässigen begründet werden können, weshalb *öffentlicht-rechtliche Gebäudeabstände* die beidseitige Umsetzung des Näherbaurechts ausschliessen können. Es gilt also, eine allfällige Kollision der gegenseitigen Rechte und Pflichten aufzulösen (E. 3.6).

[83] Bei einem Widerspruch zwischen dem (gegenseitigen) Näherbaurecht und baurechtlichen Gebäudeabstandsvorschriften und der damit einhergehenden Kollision der gegenseitigen Rechte und Pflichten, wird in der Lehre für deren Auflösung die Auffassung vertreten, dass *der Erstbauende vom Abstandsprivileg profitiere* und der Zweitbauende weiter von der Grenze abrücken müsse. Insofern präjudiziere der Erstbauende die baulichen Möglichkeiten des Zweitbauenden, weil er Dienstbarkeitsbelasteter und gleichzeitig Dienstbarkeitsberechtigter sei und dadurch ein ihm von der Gegenpartei eingeräumtes Recht ausübe. Das Bundesgericht folgt nun dieser Sichtweise, welche sich auf die kantonale Rechtsprechung und auf in der Lehre vertretene Meinungen abstützen lässt.

[84] Das Bundesgericht hält Folgendes fest: «Ergibt sich weder aus dem Vertragstext selber noch aus den weiteren (objektiv erkennbaren) massgeblichen Umständen, dass die Vertragsparteien mit der Einräumung eines gegenseitigen Näherbaurechts eine Abrückungspflicht in dem Sinne vorgesehen haben, dass beide gleichermaßen vom gegenseitig eingeräumten Näherbaurecht profitieren können, darf der Erstbauende von seinem Recht Gebrauch machen und kann der nichtbauende Dienstbarkeitsbelastete und -berechtigte die Realisierung der Baute nicht mit dem Argument verhindern, ihm sei wegen öffentlich-rechtlicher Gebäudeabstandsvorschriften die Nutzbarmachung «seines» Näherbaurechts verwehrt.» (E. 3.6.3). Entsprechend war die Beschwerde vom Bundesgericht abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden konnte (E. 4).

b. Gültigkeit von Bestand und Inhalt einer Grunddienstbarkeit; Wegrechtsdienstbarkeit (Art. 730 ZGB)

[85] Im Urteil *5A_997/2021 vom 2. Juni 2022* befasste sich das Bundesgericht mit der Frage, ob eine Wegrechtsdienstbarkeit aufgrund einer zwischen den Parteien vereinbarten Verpflichtung des belasteten Eigentümers, einen Weg zu erstellen, gültig errichtet worden sei.

[86] Zum *Sachverhalt*: Die A. GmbH ist Eigentümerin der Liegenschaft Nr. xxx, im Grundbuch U. Die Parzelle hat eine mehr oder weniger quadratische Form, von der die Süd-Ost-Ecke «ausgeschnitten» ist. Dieser Ausschnitt bildet die Liegenschaft Nr. yyy, deren Eigentümer B. ist. Am 31. Juli 1989 wurde zu Lasten des Grundstücks Nr. xxx im Grundbuch eine Dienstbarkeit «Fuss-, Fahrweg- und Durchleitungsrecht zugunsten Parz.-Nr. yyy» eingetragen. Diese Dienstbarkeit hatte folgenden Wortlaut: «Der jeweiligen Eigentümerin von Parzelle-Nr. yyy ist es gestattet, jederzeit zu Fuss und mit Fahrzeugen aller Art von der Quartierstrasse Parz.-Nr. zzz zu Parzelle-Nr. yyy zu gehen und fahren zu dürfen. Die Wegberechtigung ist im beiliegenden Situationsplan eingezeichnet und beträgt mindestens 5 Meter. Dieser Plan wurde von den beiden Parteien als integrierter Bestandteil dieses Vertrages anerkannt [...]. Die Erstellung und der Unterhalt dieses Weges geht zu Lasten des Belasteten.»

[87] Vor Bundesgericht war strittig, ob die 1989 eingetragene (und 2004 verlegte) Wegrechtsdienstbarkeit gültig errichtet worden war. Das Bundesgericht ging zunächst auf Art. 730 ZGB

ein, wobei Abs. 2 dieser Bestimmung unter anderem besagt, dass eine *Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen* mit der Grunddienstbarkeit nur nebensächlich verbunden sein könne (E. 3.1).

[88] Gemäss Bundesgericht ergebe sich die *Nebensächlichkeit* daraus, dass die geforderte Handlung (d.h. die Befestigung des Weges) dazu diene, die Ausübung der Dienstbarkeit zu ermöglichen, zu erleichtern oder zu sichern. Es könne vorliegend jedoch offenbleiben, ob die Verpflichtung des Eigentümers des belasteten Grundstücks *einen Weg zu erstellen* i.S.v. Art. 730 Abs. 2 ZGB nebensächlich sei (E. 3.4). Die Beschwerdeführerin räumte selbst ein, dass der am 31. Juli 1989 begründeten *Verpflichtung zur Erstellung des Weges* im aktuellen Streit keine praktische Bedeutung mehr zukomme. Das Bundesgericht führte weiter aus, dass die Verpflichtung zur Erstellung des Weges (anders als diejenige zu dessen Unterhalt) nicht nebensächlich sei und deshalb nicht mit der Grunddienstbarkeit verbunden werden könne (Art. 730 Abs. 2 ZGB). Der Bestand des Fuss-, Fahrweg- und Durchleitungsrechts stehe nur dann in Frage, wenn die (ursprünglichen) Vertragsparteien die Errichtung der Grunddienstbarkeit objektiv erkennbar auch davon abhängig gemacht hätten, dass der belastete Grundeigentümer den Weg tatsächlich erstellen werde.

[89] Der Bestand der Grunddienstbarkeit stünde somit nur dann in Frage, wenn nach dem *masslichen Willen* der Parteien, diese das Fuss-, Fahrweg- und Durchleitungsrecht ohne die Verpflichtung zur Erstellung des Weges nicht gewollt hätten (Art. 20 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 7 ZGB; s. zur *Teilnichtigkeit* etwa das Urteil 4A_450/2018 vom 3. April 2019 E. 3.3.1 m.w.H.). Eine solche *Verknüpfung von obligatorischer und dinglicher Verpflichtung* sei von der Beschwerdeführerin vorliegend jedoch nicht geltend gemacht und im kantonalen Verfahren ebenfalls nicht vorgebracht worden (E. 3.4). Erweise sich die Verpflichtung zur Erstellung einer befestigten Strassenfläche als unzulässig i.S.v. Art. 730 Abs. 2 ZGB, so sei nur die Ausgestaltung dieser Verpflichtung als Realobligation gescheitert (E. 3.4). Entsprechend kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Vorinstanz im Ergebnis kein Bundesrecht verletzt habe, wenn sie vom Bestand der Grunddienstbarkeit ausging. Die Beschwerde war entsprechend abzuweisen (E. 4)

c. Räumliche Ausdehnung des Mitbenutzungsrechts und Beseitigung von dessen Beeinträchtigung (Art. 738 i.V.m. Art. 942 und 948 ZGB)

[90] In den *Urteilen 5D_119/2022 und 5D_120/2022 vom 20. Februar 2023* ging es um Fragen der Auslegung einer Dienstbarkeit sowie deren Ausübung, konkret die *räumliche Ausdehnung des Mitbenutzungsrechts und die Beseitigung von dessen Beeinträchtigung*. Die vereinigten Verfahren betrafen die räumliche Ausdehnung einer Grunddienstbarkeit nach Art. 738 Abs. 1 und 2 ZGB bzw. die Beseitigung der Beeinträchtigung einer Dienstbarkeit nach Art. 737 Abs. 3 ZGB.

[91] Was die *Auslegung der Dienstbarkeit* betraf, wiederholte das Bundesgericht mit diesem Entscheid seine Grundsätze. Im vorliegenden Fall erlaube die Eintragung im Grundbuch es nicht, abschliessend zu bestimmen, auf welcher Fläche die Eigentümer des berechtigten Grundstücks ein Mitbenutzungsrecht am belasteten Grundstück haben. Deshalb habe sich die Vorinstanz zu Recht auf das der Dienstbarkeit zugrunde liegende Parzellierungsbegehren und den dabei erstellten Grundrissplan gestützt (E. 3.3).

[92] Was die *Ausübung einer Dienstbarkeit* betrifft, darf die Eigentümerin einer mit einer Dienstbarkeit belasteten Parzelle gemäss Art. 737 Abs. 3 ZGB nichts tun, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert. Umgekehrt kann der Dienstbarkeitsberechtigte von der Dienstbarkeitsbelasteten verlangen, dass sie Vorrichtungen entfernt, die ihn an der Ausübung der

Dienstbarkeit hindern oder deren Ausübung erschweren. Demnach war es nach Auffassung des Bundesgerichts nicht willkürlich, von der belasteten Eigentümerin die *Entfernung eines Holzgatters* zu verlangen, das zwar nicht geschlossen war, aber geschlossen werden konnte, um die Ausübung der Dienstbarkeit zu gewährleisten (E. 4.3).

[93] Der *Sachverhalt* gestaltete sich wie folgt: A., die Wohnbaugenossenschaft B., C., E. und D. sind Eigentümerinnen der Grundstücke Nr. sss, ttt, uuu, vvv und www. Zulasten des Grundstücks Nr. uuu im Eigentum von A. und zugunsten der übrigen Grundstücke besteht am teilweise gemeinschaftlich genutzten Untergeschoß ein «Mitbenutzungsrecht am Trockenraum», wobei es sich um einen über den Kellereingang offen zugänglichen Raum handelt. A. liess im Februar 2019 im Untergeschoß ihres Grundstückes eine Mauer mit Türe über die gesamte Breite einbauen und dadurch einen Teil des Trockenraumes vom Kellergang abtrennen. Wenig später liess sie ein Holzgatter im Kellergang zum Nachbargrundstück Nr. xxx anbringen.

[94] Die Wohnbaugenossenschaft B., E., C. und D. reichten darauf Klage gegen A. ein und stellten u.a. die Anträge, die Wand und die Türe zum Trockenraum sowie die Türe zum Kellereingang (Holzgatter) seien zu entfernen und das Mitbenutzungsrecht der Kläger am Trockenraum sei zu dulden. Das Kantonsgericht verpflichtete A. dazu, die erstellte Wand zur Abtrennung des Trockenraumes zu entfernen und das dinglich gesicherte Mitbenutzungsrecht am Trockenraum uneingeschränkt und dauerhaft zu dulden. A. und auch die Wohnbaugenossenschaft B., C. und D. legten Berufung ein. Die Vorinstanz stellte sich auf die Seite der Wohnbaugenossenschaft B. A. (Beschwerdeführerin) erhob darauf zwei separate, fast identische subsidiäre Verfassungsbeschwerden an das Bundesgericht, welche vereinigt wurden (Art. 24 BZP i.V.m. Art. 71 BGG; E. 1.1).

[95] Zunächst ist in Erinnerung zu rufen, dass mit der *Verfassungsbeschwerde* nur die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden kann (Art. 116 BGG). Hierfür gilt das strenge Rügeprinzip (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG; E. 2.1). Umstritten war (im Verfahren 5D_120/2022), auf welche Fläche sich das Mitbenützungsrecht der Beschwerdegegnerinnen am Grundstück der Beschwerdeführerin bezieht (E. 3). Die Vorinstanz stellte hierzu auf den Grundrissplan ab (E. 3.1). Die Beschwerdeführerin warf der Vorinstanz Willkür in der Feststellung des Sachverhalts und eine willkürliche Rechtsanwendung vor. Es sei «offensichtlich und augenfällig», dass der Grundrissplan nicht dem Parzellierungsbegehren und auch nicht dem Grundbucheintrag entspreche (E. 3.2).

[96] Gemäss dem Bundesgericht lasse sich mit dieser Argumentation jedoch *keine Willkür* dartun. Ohnehin könne der Vorinstanz auch deshalb keine Willkür vorgeworfen werden, weil diese sich an die bundesgerichtliche Rechtsprechung gehalten habe, wonach die *Auslegung einer Dienstbarkeit einer Stufenordnung* folgt: Ausgangspunkt ist der Grundbucheintrag. Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrag deutlich ergeben, ist dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Nur wenn der Wortlaut des Grundbucheintrags unklar ist, darf im Rahmen dieses Eintrags auf den Erwerbsgrund zurückgegriffen werden (Art. 738 Abs. 2 ZGB). Ist auch der Erwerbsgrund nicht schlüssig, kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (Art. 738 Abs. 2 ZGB).

[97] Im vorliegenden Fall erlaube der Eintrag im Grundbuch keine abschliessende Aussage darüber, auf welcher Fläche den Beschwerdegegnerinnen ein Mitbenützungsrecht am Grundstück der Beschwerdeführerin zustehe. Die Vorinstanz musste deshalb in der Folge auf den Rechtsgrundausweis, d.h. das Parzellierungsbegehren und den Grundrissplan, abstehen (E. 3.3).

[98] Im zweiten Verfahren (5D_119/2022) ging es um die Frage, ob die Beschwerdeführerin die Türe (Holzgatter), welche sie beim Durchgang vom Grundstück Nr. xxx auf ihr Grundstück Nr. uuu angebracht hatte, entfernen müsse (E. 4). Die Vorinstanz hatte diesen Anspruch (der Beschwerdegegnerinnen) auf Entfernung des Holzgatters bejaht, weil diese durch das Holzgatter an der Ausübung ihres Mitbenutzungsrechts am Trocknungsraum gehindert würden. Die Vorinstanz begründete dies damit, dass die Beschwerdeführerin das Holzgatter jederzeit wieder abschliessen könnte (E. 4.1). Die Beschwerdeführerin ihrerseits warf der Vorinstanz eine willkürliche Anwendung von Art. 737 Abs. 2 und 3 ZGB vor. Die Beschwerdegegnerinnen hätten vom Gericht bloss verlangen können, dass der Zugang *nicht versperrt* werde. Ein solches Vorgehen würde der schonenden Ausübung der Dienstbarkeit gerecht werden, ohne das Eigentum der Beschwerdeführerin einzuschränken. Die Verpflichtung zur Entfernung des Holzgatters sei derart stossend, weil sie keinen Nutzen habe, aber massiv in ihr Eigentumsrecht (Art. 26 BV) eingreife (E. 4.2).

[99] In den *Erwägungen* erinnert das Bundesgericht ferner daran, dass nach Art. 737 Abs. 3 ZGB der mit einer Dienstbarkeit Belastete nichts vornehmen darf, was die *Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert*. Umgekehrt kann der Dienstbarkeitsberechtigte verlangen, dass der mit der Dienstbarkeit belastete Grundeigentümer Vorrichtungen entfernt, welche den Dienstbarkeitsberechtigten an der Ausübung der Dienstbarkeit hindert oder deren Ausübung erschwert. Davon sei die Vorinstanz beim besagten Holzgatter ausgegangen, wenn auch bloss im Sinn einer Gefährdung, d.h. der jederzeitigen Möglichkeit, das Holzgatter wieder zu verschliessen. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheine, genüge nicht zur Begründung von Willkür in der Rechtsanwendung. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) berufe, sei sie daran zu erinnern, dass Grundrechte ihre Schutzwirkung grundsätzlich nur im Verhältnis zwischen Bürger und Staat entfalten. Der Eigentumsgarantie komme keine unmittelbare Drittewirkung in den Beziehungen zwischen Privatpersonen zu (E. 4.3). Das Bundesgericht wies die (vereinigten) Verfassungsbeschwerden entsprechend ab, soweit es auf diese eintrat (E. 5).

d. Grunddienstbarkeit und Grundbuchberichtigungsklage (Art. 8, Art. 738, Art. 975 ZGB; Art. 9 BV)

[100] Dem französischsprachigen Urteil 5A_182/2022 vom 10. August 2022 lag der folgende *Sachverhalt* zugrunde: A. (Beschwerdeführer) war Eigentümer des Grundstücks Nr. 2477 in der Gemeinde U. B.B. und C.B. (Beschwerdegegner) waren Miteigentümer des Nachbargrundstücks Nr. 2497, welches sich in der Bauzone befand. Zu Gunsten dieses Grundstücks wurde im Rahmen einer Dienstbarkeit ein Fuss- und Fahrwegrecht auf den Grundstücken Nrn. 1820 (Eigentum des Ehepaars D.), 2499 (Eigentum von E.), 2477 (Eigentum des Beschwerdeführers) und 2110 (Eigentum der Gemeinde U) errichtet. Diese Dienstbarkeit ermöglichte ausserdem die Verbindung des Grundstücks Nr. 2497 mit der Kantonsstrasse.

[101] Ursprünglich bildeten diese Grundstücke (zusammen mit den weiteren Grundstücken Nrn. 2492, 2498 und 2505) eine einzige Liegenschaft. Zwischen 1992 und 2007 wurde auf dem Grundstück Nr. 2110 wegen der starken Hanglage eine Stützmauer errichtet. Dieses wurde 1992 von der Gesamtfläche ausgeschieden. Gleichzeitig erfolgte die *Errichtung einer Dienstbarkeit* (ursprünglicher Verlauf der oben erwähnten Dienstbarkeit) zum *Durchgang zu Fuss und mit allen Fahrzeugen mit einer Breite von drei Metern*, zu Lasten und zu Gunsten der aus der Teilung hervorgegangenen Grundstücke. Dieser Urkunde wurde ein Plan beigelegt, aus welchem hervorging,

dass die Dienstbarkeit stromabwärts lag, entlang der zwischen 1992 und 2007 errichteten Stützmauer. Die Stützmauer wurde auf dem Plan jedoch nicht als solche bezeichnet.

[102] Vor der öffentlichen Beurkundung unterzeichneten der Beschwerdeführer und E. am 13. Juli 2007 einen von einem technischen Büro erstellten Plan («Mutationsprojekt» genannt). Das durch die Abtrennung des Liegenschaftsanteils von E. entstandene Grundstück Nr. 1820 verkaufte E. am 29. Januar 2010 an die Eheleute D. Die am 24. September 2007 zu Lasten des Grundstücks Nr. 2477 errichtete strittige Dienstbarkeit wurde auf die Grundstücke Nrn. 1820, 2497 und 2499 übertragen. Anlässlich des Baus des Chalets der Eheleute D. wurde auf der Parzelle des Beschwerdeführers eine provisorische, unbefestigte Schotterstrasse gebaut, um zum Grundstück Nr. 1820 zu gelangen.

[103] Am 5. Dezember 2014 erwarben die Beschwerdegegner das Grundstück Nr. 2497, nordwestlich der Parzelle Nr. 1820 der Eheleute D. Am 27. März 2015 reichten diese beim zuständigen Bezirksgericht ein Gesuch um vorsorgliche Massnahme ein, wonach der Beschwerdeführer und Eigentümer des Nachbargrundstücks (Nr. 2477), zu dulden hätte, dass sie über die bestehende Strasse zu ihrem Grundstück gelangen. Das Bezirksgericht entschied, dass die Beschwerdegegner und Rechtsnachfolger berechtigt seien, die strittige Dienstbarkeit entlang des provisorischen Weges auf der Parzelle Nr. 2477 (entsprechend dem Plan des Gerichtsexperten) zu begehen und zu benutzen und dass es dem Beschwerdeführer untersagt sei, deren Ausübung zu behindern. Den Beschwerdegegnern wurde es zudem gestattet, die entsprechende Änderung im Grundbuch eintragen zu lassen. Der Beschwerdeführer erhob dagegen Berufung an das Kantonsgericht des Kantons Wallis, welches diese teilweise guthiess. Am 11. März 2022 gelangte der Beschwerdeführer schliesslich mittels Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

[104] Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass zur Ermittlung des Inhalts einer Dienstbarkeit, nach der in Art. 738 ZGB vorgesehenen Reihenfolge vorzugehen ist: Es sei daher zuerst auf die Eintragung im Grundbuch (Hauptbuchblatt) abzustellen. Nur wenn dieser GB-Eintrag unklar, unvollständig oder zu summarisch sei, müsse die Dienstbarkeit nach ihrem Begründungsakt, welcher als Beleg beim Grundbuchamt hinterlegt sei und einen integrierenden Bestandteil des Grundbuchs bilde, ausgelegt werden. Lasse sich der Inhalt der Dienstbarkeit nicht aus dem Erwerbstitel ableiten, so das Bundesgericht weiter, könne der Umfang der Dienstbarkeit aus der Art und Weise abgleitet werden, wie sie während langer Zeit unbestritten und in gutem Glauben ausgeübt worden sei (Art. 738 Abs. 2 ZGB).

[105] Bei der Interpretation des Dienstbarkeitsvertrages kommen die allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung zur Anwendung. Im Verhältnis zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien sei in erster Linie der Zweck massgebend, zu dem die Dienstbarkeit errichtet worden sei. Lasse sich diesbezüglich kein Parteiwillen feststellen, so sei der Zweck auf der Grundlage einer objektiven Auslegung nach den Bedürfnissen des herrschenden Grundstückes zum Zeitpunkt der Errichtung zu ermitteln. Im Verhältnis zu Dritten sei gemäss Bundesgericht derjenige Zweck massgebend, welcher sich aus dem Dienstbarkeitsvertrag selbst ergebe oder objektiv erkennbar sei (E. 3.1).

[106] Art. 975 Abs. 1 ZGB berechtige denjenigen, dessen dingliches Recht durch eine vorgenommene Eintragung oder ohne rechtmässigen Grund geänderte oder gelöschte Eintragung beeinträchtigt worden ist, die Löschung oder Änderung der Eintragung zu verlangen. Gemäss Bundesgericht habe die Grundbuchberichtigungsklage das Ziel, Eintragungen, die von Anfang ungerechtfertigt waren, oder ein richtiger Eintrag, der in ungerechtfertigter Weise gelöscht oder verändert worden ist, zu korrigieren, was gerade bei der Aufhebung einer Dienstbarkeit, welche jeglichen

Nutzen für das herrschende Grundstück gemäss Art. 736 Abs. 1 ZGB verloren hat, der Fall sei (E. 3.2).

[107] Gemäss Bundesgericht habe die Vorinstanz festgestellt, dass der Begründungsvertrag der Dienstbarkeit keine Angaben über deren Bemessungsgrundlage enthielt, sondern lediglich auf den beigefügten und von den Parteien unterzeichneten Plan von summarischem Charakter verwies. Dieser liess deshalb nicht eindeutig erkennen, ob die Absicht der Beteiligten darin lag, dass die Grundlage der Dienstbarkeit auf der bestehenden Stützmauer verlaufen sollte, anstatt sie zu umgehen. Der Vermerk «Mauer» auf dem Plan des Mutationsprojekts vom Juli 2007 bzw. die Stützmauer selbst konnte auf dem Plan nicht festgestellt werden. Nach Ansicht der Vorinstanz sei eine *Passage über eine Stützmauer* ungewöhnlich, da dies eine vollständige Verschiebung des Bauwerks bergwärts erfordert hätte.

[108] Der von den Beschwerdegegnern geforderte Verlauf erlaube es, den Teil der Stützmauer auf der Parzelle Nr. 2477 zu erhalten und damit so wenig wie möglich in das Grundstück des Beschwerdeführers einzugreifen. Diese Lösung wahre die Interessen des Beschwerdeführers am besten. Gestützt auf diese Ausführungen sei die Vorinstanz zum Schluss gekommen, dass der Plan, welcher der Urkunde von September 2007 zugrunde lag, nicht dem tatsächlichen Willen der Parteien entsprach. Die Grundbuchberichtigungsklage war daher gutzuheissen (E. 4).

e. Feststellung des Inhalts einer Dienstbarkeit; Ermittlung und Umfang gemäss Stufenordnung (Art. 730 und 738 ZGB)

[109] Im *Entscheid BGer 5A_451/2022 vom 28. Dezember 2022* ging es ebenfalls um die Bestimmung des Inhalts einer Dienstbarkeit (Art. 738 ZGB). In casu war eine Baubeschränkungsdienstbarkeit vorgesehen worden, wonach auf dem strittigen Grundstück nur eine freistehende Ein- oder Zweifamilienvilla mit Garage errichtet werden darf. Das Bundesgericht rekapitulierte zunächst die allgemeinen Grundsätze zur Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit. Danach kommt die *Stufenordnung nach Art. 738 ZGB* zur Anwendung. Anschliessend hält es fest: Der Begriff «*freistehend*» bedeute nach dem allgemeinen Sprachgebrauch, dass ein Haus nicht zusammen mit einem anderen Haus gebaut oder mit einem anderen Haus verbunden werde. Man dürfe es jedoch nicht bei einer wörtlichen Auslegung belassen, sondern müsse auch den *Zweck der Dienstbarkeit* berücksichtigen, insbesondere die Interessen, die bei objektiver Betrachtung aufgrund der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks wichtig erscheinen (E. 4.3.2 und 4.3.3). Das Bundesgericht hielt im vorliegenden Fall fest, dass der geplante Bau, der ein einziges Gebäude mit zwei Wohnungen vorsehe, welches die Merkmale einer Villa aufweise, dem Text der Dienstbarkeit entspreche. Entscheidend sei allein die Anzahl der Parteien, die das Gebäude bewohnten. Indem die Eigentümer des belasteten Grundstücks zwei Wohnungen vorsehen, ist die Dienstbarkeit nicht verletzt (E. 5.3). Die Beschwerde erweist sich insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist (E. 6).

f. Auslegung einer Dienstbarkeit; Wegrecht (Art. 738–739 ZGB)

[110] Das französische *Bundesgerichtsurteil 5A_697/2022 vom 20. Dezember 2022* hatte sich mit der Bestimmung des Inhalts einer Dienstbarkeit, konkret eines *Wegrechts*, auseinanderzusetzen.

[111] Das Stichwort der Dienstbarkeit im Grundbuch sei mit «passage pour tout véhicule» («Durchgang für jedes Fahrzeug») angegeben gewesen, ohne Angaben betreffend die Möglichkeit, den Weg auch zu Fuss benutzen zu können. Auch der Dienstbarkeitsvertragstext schweige sich über weitere Nutzungsmöglichkeiten (etwa zu Fuss) aus. Da keine Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass ein Durchgang zu Fuss in diesem Fall ausgeschlossen wäre, erscheine es nicht willkürlich, *a majore ad minus* davon auszugehen, dass die Dienstbarkeit auch ein Fusswegrecht (einen Durchgang zu Fuss) beinhalte. Die Nutzniesser der Dienstbarkeiten hätten den streitgegenständlichen Weg stets zu Fuss passiert. Damit hätten sie die Dienstbarkeit «in möglichst schonender Weise» ausgeübt (E. 4.3.2).

[112] Im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie hielt das Bundesgericht fest, dass Beziehungen zwischen Privatpersonen ausschliesslich dem Zivil- und Strafrecht unterliegen. Die Eigentümer des dienstbarkeitsbelasteten Grundstücks könnten sich, weil vorliegend dingliche Rechte betroffen seien, nicht direkt auf die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie i.S.v. Art. 26 BV stützen (E. 5).

g. Gerichtliche Ablösung einer Dienstbarkeit wegen Interessenverlusts (Art. 736, 738 und 973 ZGB; Art. 18 OR)

[113] Im italienischsprachigen *Entscheid 5A_525/2022 vom 14. November 2022* hatte das Bundesgericht die Gelegenheit, sich einmal mehr zur gerichtlichen Ablösung einer Dienstbarkeit wegen Interessenverlusts sowie zur Bestimmung des Inhalts einer Dienstbarkeit zu äussern.

[114] Der *Sachverhalt* betraf die Frage eines aktuellen Nutzens einer Dienstbarkeit aus dem Jahre 1913, wonach ein Nutzungsrecht für eine Anlegestelle mit zwei Bootsplätzen am Lagonersee bestand. Während das dienende Grundstück seit der Eintragung unverändert geblieben war, wurde das herrschende Grundstück parzelliert. Auf der Parzelle mit dem Zugang zur Anlegestelle befand sich nun kein Wohnhaus mehr, da dieses in die geteilte Nachbarparzelle integriert wurde.

[115] Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass eine Dienstbarkeit zur Nutzung einer Anlegestelle zugunsten einer unbewohnten Parzelle durchaus bestehen könne. Es stellte jedoch fest, dass bei einer *subjektiven Auslegung des streitgegenständlichen Dienstbarkeitsvertrages* klar werde, dass darin ausdrücklich festgehalten wurde, dass die Dienstbarkeit gewährt worden sei, um die *Erschliessung des Hauses* des herrschenden Grundstücks zu ermöglichen. Damit habe aber die Dienstbarkeit jeglichen Nutzen für das nun unbewohnte (herrschende) Grundstück verloren. Demzufolge war die Dienstbarkeit zu löschen (E. 3.5).

h. Gerichtliche Ablösung einer Dienstbarkeit (Art. 736–738 ZGB)

[116] Der *Entscheid 5A_1043/2021 vom 27. Juni 2022* betraf ebenfalls die Frage der Ablösung einer Dienstbarkeit wegen Interessenverlusts sowie die Frage der Ermittlung des Umfangs einer Dienstbarkeit.

[117] Die erste Voraussetzung der *Anwendbarkeit von Art. 736 ZGB* betreffend gerichtliche Ablösung der Dienstbarkeit wegen Interessenverlusts ist nach dem zwingenden Wortlaut der Bestimmung, dass *neue Tatsachen* eingetreten sind, seitdem die bei der Errichtung der Servitut beteiligten Parteien die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Eigentümer des berechtigten und des belasteten Grundstücks begründet haben. Ob das Interesse i.S.v. Art. 736 Abs. 1 ZGB verloren

gegangen ist, beurteilt sich nach Massgabe des *Grundsatzes der Identität der Dienstbarkeit*. Dieser besagt, dass eine Dienstbarkeit nicht zu einem anderen Zweck aufrechterhalten werden darf als jenem, zu dem sie errichtet wurde. Die rein theoretische Möglichkeit einer künftigen Veränderung der Verhältnisse genügt nicht, um die Aufrechterhaltung der Dienstbarkeit zu rechtfertigen. Will der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Löschung gestützt auf Art. 736 Abs. 1 ZGB gerichtlich durchsetzen, so hat er darzutun, dass die Dienstbarkeit für das *herrschende Grundstück jeglichen Nutzen verloren* hat (E. 3.1)

[118] Für die Ermittlung von *Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit* gibt Art. 738 ZGB bekanntermaßen eine Stufenordnung vor. Ausgangspunkt ist der Grundbucheintrag. Soweit sich die Rechte und Pflichten aus dem Eintrag deutlich ergeben, ist dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Nur wenn der Wortlaut des Grundbucheintrags unklar ist, darf im Rahmen dieses Eintrags auf den Erwerbsgrund zurückgegriffen werden (Art. 738 Abs. 2 ZGB), das heißt auf den Begründungsakt, der als Beleg beim Grundbuchamt aufbewahrt wird (E. 3.2.1).

[119] Soweit die Auslegung des Grunddienstbarkeitsvertrags in Frage steht, gelten grundsätzlich die allgemeinen obligationenrechtlichen Regeln der Vertragsauslegung. Diese allgemeinen Auslegungsgrundsätze gelten vorbehaltlos unter den ursprünglichen Vertragsparteien. Im Verhältnis zu Dritten dagegen gelten sie nur mit einer Einschränkung, die sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (Art. 973 ZGB) ergibt, zu dem auch der Dienstbarkeitsvertrag gehört (E. 3.2.2).

[120] Bei der *Auslegung des Dienstbarkeitsvertrags* können gegenüber den Eigentümern, die an der Errichtung der Dienstbarkeit nicht beteiligt waren und im Vertrauen auf das Grundbuch das dingliche Recht erworben haben, individuelle persönliche Umstände und Motive nicht berücksichtigt werden, die für die Willensbildung der ursprünglichen Vertragsparteien bestimmend waren, aus dem Dienstbarkeitsvertrag selber aber nicht hervorgehen und für einen unbeteiligten Dritten normalerweise auch nicht erkennbar sind. Soweit die *Rechte und Pflichten Dritter* in Frage stehen, ist die Auslegung des Erwerbstitels mithin an die Schranken gebunden, die sich aus dem Eintrag ergeben. Denn der gutgläubige Dritte wird im Vertrauen auf die Richtigkeit des Eintrages geschützt. Die Dienstbarkeit hat denjenigen Inhalt und Umfang, den sie haben muss, um ihren Zweck mit der geringstmöglichen Beschränkung des Eigentums am dienenden Grundstück bestmöglich zu erreichen (E. 3.2.2). Mit anderen Worten ist für die am Vertragsschluss nicht beteiligten Dritten nur der im Vertrag genannte Zweck für die Errichtung der Dienstbarkeiten und damit auch der Grunddienstbarkeit ersichtlich, und somit massgeblich. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (E. 6).

i. Grunddienstbarkeit; vorsorgliche Massnahme (Art. 261 ZPO)

[121] Im *Entscheid 5A_998/2022 vom 18. April 2023* ging es letztlich um prozessuale Fragen im Zusammenhang mit einer Grunddienstbarkeit. Der folgende *Sachverhalt* lag dem Entscheid zugrunde: A.a. C. und D. sind hälftige Miteigentümer des Grundstücks Nr. xxx, Grundbuch (GB) U. (LU). Die A. GmbH und die B. GmbH sind Eigentümerinnen des nordwestlich angrenzenden Grundstücks Nr. yyy, GB U. Sie planen auf ihrem Grundstück einen Umbau und eine Aufstockung des Wohnhauses (Gebäude Nr. zzz). Projektiert sind drei Wohnungen (Stockwerkeigentumseinheiten), verteilt auf vier Geschosse, mit Aufstockung um ein Attikageschoss. Seit Anfang 2022 führen die A. GmbH und die B. GmbH gestützt auf die rechtskräftige Baubewilligung vom 20. Mai 2019 Vorbereitungsarbeiten (Aushöhlung des Gebäudes, Abbau der Ölheizung etc.) aus.

Die Parteien sind sich uneins über den Inhalt der Grunddienstbarkeit «Grenzbaurecht für Wohnhaus» (Wortlaut des aktuellen EDV-Grundbuchs), die das Grundstück Nr. xxx belastet und das Grundstück Nr. yyy berechtigt. Im ursprünglichen Papier-Grundbuch war betreffend das Grundstück Nr. xxx am 28. Juni 1963 ein «Grenzbaurecht für ein Einfamilienhaus z.G. Nr. yyy» eingetragen worden. C. und D. verklagten die A. GmbH und die B. GmbH und verlangten, die Ausführung des Bauprojekts unter Strafdrohung zu untersagen. Das zuständige Luzerner Bezirksgericht hiess das Massnahmebegehren gut. Die beim Kantonsgesetz Luzern dagegen erhobene Berufung blieb ohne Erfolg. Dagegen erhoben die beiden Gesellschaften Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht.

[122] Der Streit drehte sich um die Frage, ob die auf dem Grundstück der Beschwerdegegner lastende Grunddienstbarkeit («Grenzbaurecht für Wohnhaus») die Beschwerdeführerinnen daran hindert, auf ihrem Grundstück ein Bauvorhaben zu realisieren, für das im Übrigen eine rechtskräftige Baubewilligung vorliegt. Der angefochtene Entscheid hat eine vorsorgliche Massnahme (Art. 261 *ZPO*) zum Gegenstand, die bis zum Abschluss des Prozesses in der Hauptsache Bestand hat (E. 1.1 f.).

[123] «Nach Art. 261 Abs. 1 *ZPO* trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist (Bst. a; *Hauptsachenprognose*) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Bst. b; *Nachteilsprognose*). Zur Glaubhaftmachung im Sinne der zitierten Norm genügt es im Allgemeinen, wenn für das Vorhandensein der behaupteten Tatsachen gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten [...]. Die Rechtslage ist grundsätzlich nur summarisch zu prüfen und vorläufig zu beurteilen, ohne die sich stellenden rechtlichen Fragen endgültig zu klären [...]. Die Verletzung im Sinne von Art. 261 Abs. 1 Bst. a *ZPO* kann insbesondere darin bestehen, dass sich der betreffende Anspruch ohne vorläufigen Rechtsschutz im Falle eines Obsiegens in der Hauptsache nicht mehr in natura durchsetzen lässt [...]. Der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil [...] ist hauptsächlich tatsächlicher Natur; er umfasst jeglichen Nachteil, ob vermögensrechtlich oder immateriell, und kann sich auch allein aus dem Zeitablauf während des Prozesses ergeben. Der Nachteil ergibt sich aus dem Umstand, dass die um vorsorglichen Rechtsschutz ersuchende Partei ohne die verlangte Massnahme in ihrer materiellen Rechtsposition verletzt wäre [...]. Es geht darum zu verhindern, dass vollendete Tatsachen geschaffen werden, deren Auswirkungen der Entscheid in Hauptsache nicht mehr vollständig beseitigen kann. Nicht leicht wieder gutzumachen sind namentlich Nachteile, die sich später nicht oder nur unter Schwierigkeiten bestimmen und ausgleichen lassen [...].» (E. 3.1).

[124] Mit Bezug auf die Hauptsachenprognose erinnerte die Vorinstanz daran, wie der *Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit* nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu ermitteln sei. Bezogen auf den konkreten Fall konstatiert sie, dass sich die Formulierung der Grunddienstbarkeit als «Grenzbaurecht für Wohnhaus» aus dem EDV-Grundbuch ergebe. Mit dessen Einführung seien die Stichwörter für die Dienstbarkeiten vereinheitlicht worden. Die textlich modifizierten Stichwörter hätten jedoch keine materielle Änderung des Inhalts der Eintragungen bewirkt. Dies erkläre, weshalb bei der Übertragung vom Papier- zum EDV-Grundbuch der ursprüngliche Eintrag «Grenzbaurecht für ein Einfamilienhaus» vom 28. Juni 1963 in «Grenzbaurecht für Wohnhaus» abgeändert worden sei, wobei allerdings gemäss Stichwortverzeichnis Code Nr. 215, «Besonderes», bei eindeutiger Beschreibung der Baute diese erwähnt werde bzw. zu erwähnen wäre.

[125] Zu Recht habe das Bezirksgericht daher festgehalten, dass der Grundbucheintrag zu rudimentär sei, als dass sich Rechte und Pflichten deutlich aus ihm ergäben. Nachdem im konkreten Fall zumindest bei der Begründung der Dienstbarkeit im Jahre 1963 auf keinen Plan verwiesen und das Haus erst im Jahre 1970 erstellt worden sei, habe das Bezirksgericht für die Bestimmung des Umfangs der Dienstbarkeit mit guten Gründen auf den *Dienstbarkeitsvertrag zurückgegriffen*. Dem angefochtenen Entscheid zu folge ergebe sich aus dem Wortlaut des Begründungsakts, dass der damalige Eigentümer der Grundstücke Nrn. xxx und yyy dem Käufer des Grundstücks Nr. yyy das Recht einräumte, auf diesem Grundstück ein Einfamilienhaus mit Flachdach zu bauen, das bis an die gemeinsame Grenze der Grundstücke Nr. xxx und Nr. yyy gestellt werden durfte.

[126] Dieses *Grenzbaurecht sei offenbar nicht gegenseitig eingeräumt* worden, wie dies etwa bei Reihenhäusern oder Doppelinfamilienhäusern auf angrenzenden Grundstücken üblich und erforderlich sei. Anders als in solchen Konstellationen habe das hier vereinbarte einseitige Grenzbaurecht den Eigentümer des herrschenden Grundstücks berechtigt, nicht jedoch verpflichtet, bis an die Grenze zu bauen. Vor diesem Hintergrund erscheine die Folgerung des Bezirksgerichts, das vereinbarte Grenzbaurecht beinhalte in diesem Sinne auch ein Näherbaurecht, keineswegs abwegig. Wie es sich mit dem (mutmasslichen) Willen der ursprünglichen Vertragsparteien verhält, werde im Hauptsacheverfahren zu entscheiden sein; von Willkür könne jedenfalls nicht die Rede sein (E. 3.2). Die Beschwerde wurde vom Bundesgericht als unbegründet abgewiesen.

6. Bauhandwerkerpfandrecht

a. Glaubhaftmachung der Berechtigung beim Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 ff. und 961 Abs. 3 ZGB)

[127] Im *Entscheid 5A_280/2021 vom 17. Juni 2022* ging es um die Frage, was als *hinreichende Glaubhaftmachung der Berechtigung des Handwerkers* gelten kann. Mithin ging es um die hinreichende Substantiierung des Gesuchs um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts.

[128] Dem Entscheid lag der folgende *Sachverhalt* zugrunde: Mittels Gesuchs vom 29. September 2020 stellte die A. AG (Beschwerdeführerin) das Begehren, es sei auf dem Grundstück Kat. Nr. xxx für eine Pfandsumme von CHF 115'273.40 nebst Zins zu 5% vorsorglich bzw. superprovisorisch ein Bauhandwerkerpfandrecht einzutragen. Eigentümerin des Grundstücks ist die B. AG (Beschwerdegegnerin). Die Beschwerdeführerin begründete ihr Gesuch damit, dass sie im Rahmen eines Bauvorhabens als Subunternehmerin auf der Grundlage eines Werkvertrages zwischen ihr und der D. AG auf der besagten Liegenschaft pfandberechtigte Arbeiten erbracht habe. Die Vorinstanz kam zur Erkenntnis, dass die Beschwerdeführerin weder die vertraglich vereinbarten Arbeiten noch den Bestand und die Höhe ihrer Vergütungsforderung hinreichend substantiiert dargelegt habe (E. 3).

[129] Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB können Handwerker oder Unternehmer am Grundstück, auf dem sie entsprechende Bauleistungen erbracht haben, für ihre Forderungen ein gesetzliches Grundpfandrecht errichten lassen. Das Gericht bewilligt die Vormerkung der *vorläufigen Eintragung* des Bauhandwerkerpfandrechts, nachdem der Ansprecher seine *Berechtigung glaubhaft gemacht* hat (Art. 961 Abs. 3 ZGB). Für die Angelegenheit gilt das *summarische Verfahren* (Art. 249 Bst. d Ziff. 5 ZPO). An die Glaubhaftmachung, wie sie Art. 961 Abs. 3 ZGB verlangt, werden

weniger strenge Anforderungen gestellt, als es diesem Beweismass sonst entspricht. Nach Art. 55 Abs. 1 ZPO haben unter der Geltung der Verhandlungsmaxime die Parteien dem Gericht diejenigen Tatsachen darzulegen, auf die sie ihre Begehren stützen, und sie haben die Beweismittel anzugeben.

[130] Der *Behauptungslast* ist Genüge getan, wenn die Parteien die Tatsachen, die unter die massgeblichen Normen zu subsumieren sind, in allgemeiner, den Gewohnheiten des Lebens entsprechender Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen benennen. Ein dergestalt vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet. Besteitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantierungslast. Diesfalls sind die Vorbringen nicht nur in ihren Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann. Sieht das Gericht den Sachvortrag einer solchen Partei als nicht hinreichend substantiiert an, so gilt der Tatsachenvortrag der Gegenseite als anerkannt, und zwar in der Regel, ohne dass ein Beweisverfahren durchgeführt wird (E. 3.1).

[131] Das Gericht bewilligte die Vormerkung der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, nachdem der Ansprecher seine *Berechtigung glaubhaft gemacht* hatte. Aufgrund der besonderen Interessenlage darf die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkpfandrechts nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen.

[132] In *casu* war die *funktionale Einheit* zwischen dem Nachtrag betreffend die Erstellung eines Balkons und dem ursprünglichen Werkvertrag bestritten (E 3.4.2). Allein sinngemäss zu behaupten, die funktionale Einheit liege angesichts der Natur der Arbeiten auf der Hand, genügte nicht (E. 3.4.2.). Im Ergebnis erwies sich die Beschwerde als unbegründet und war deshalb abzuweisen (E. 4).

b. Definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3, Art. 839 Abs. 1 ZGB)

[133] Dem *Urteil 5A_109/2022 vom 15. September 2022* lag der folgende *Sachverhalt* zugrunde: A. (Beschwerdeführer) ist Inhaber der Einzelunternehmung A's Bauunternehmen in U. Gestützt auf eine Offerte vom 3. Mai 2018 beauftragte ihn B. mit der Renovation der Fassade des Wohn- und Geschäftshauses auf dem in seinem Eigentum stehenden Grundstück. Ausserdem wurde A. mit der Sanierung des Daches desselben Gebäudes beauftragt.

[134] Am 19. Februar 2019 beantragte A. beim zuständigen Bezirksgericht im Zusammenhang mit der Fassadenrenovation die *provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts* für die Pfandsumme von CHF 40'669.21 (nebst Zins). Das Bezirksgericht setzte A. eine Frist bis 14. Oktober 2019, um dem zuständigen Grundbuchamt den Ausweis vorzulegen, dass sich die Parteien über die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts geeinigt haben, oder den Anspruch auf definitiven Eintrag des Bauhandwerkerpfandrechts gerichtlich geltend zu machen. Mit Klage vom 14. Oktober 2019 beantragte A. dem Bezirksgericht, B. sei zu verpflichten, ihm den Betrag von CHF 27'089.95 (nebst Zins) sowie den Betrag von CHF 213.95 zu bezahlen und auf dem Grundstück Nr. xx/GB V. sei zu seinen Gunsten das provisorisch eingetragene Bauhand-

werkerpfandrecht definitiv einzutragen und das Grundbuchamt sei anzuweisen, den beantragten Eintrag vorzunehmen. Das Bezirksgericht trat mangels Vorliegens einer Klagebewilligung auf die Forderungsklage nicht ein und wies die Klage auf definitive Eintragung des provisorisch eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts ab, weil A. den Beweis nicht erbracht hatte, dass nach dem 20. Oktober 2018 (d.h. innert vier Monaten vor der superprovisorischen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts am 20. Februar 2019) noch Verrichtungen, die Gegenstand der Offerte vom 3. Mai 2018 bildeten, ausgeführt wurden und dass es sich dabei um Vollendungsarbeiten gehandelt hat. Vor Bundesgericht beantragt A., «die Streitsache [sei] unter Feststellung der Einhaltung der Viermonatsfrist zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts an die Vorinstanz(en) zurückzuweisen zur ordnungsgemäßen Durchführung eines Beweisverfahrens und zur Neubeurteilung im Sach- bzw. Kostenpunkt».

[135] Das Bundesgericht erwägt: Gemäß Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB können Handwerker oder Unternehmer am Grundstück, auf dem sie Bauleistungen erbracht haben, für ihre Forderungen ein gesetzliches Grundpfandrecht errichten lassen, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechtigte Person zum Schuldner haben. Als Bauleistungen gelten die Lieferung von Material und Arbeit oder Arbeit allein und zwar zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen. Außerdem gelten Leistungen und Lieferungen des gleichen Handwerkers oder Unternehmers, die teils pfandberechtigt, teils nicht pfandberechtigt sind, in ihrem ganzen Umfang als pfandgeschützt, wenn nichts Abweichendes vereinbart worden oder die Ausscheidung unterblieben ist (E. 2.1).

[136] Weiter erinnert das Bundesgericht hinsichtlich der *Fristen* an Folgendes: Das Pfandrecht der Handwerker und Unternehmer kann von dem Zeitpunkt an, da sie sich zur Arbeitsleistung verpflichtet haben, in das Grundbuch eingetragen werden (Art. 839 Abs. 1 ZGB). Die Eintragung hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Die zuletzt zitierte Norm knüpft den Beginn des Fristenlaufs an die *Vollendung der Arbeit*. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten die Arbeiten des Bauhandwerkers oder Unternehmers dann als vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden, ausgeführt sind. Nicht in Betracht fallen dabei geringfügige oder nebensächliche, rein der Vervollkommenung dienende Arbeiten oder Ausbesserungen wie der Ersatz gelieferter, aber fehlerhafter Teile oder die Behebung von Mängeln. Leistungen, die nicht kraft des Werkvertrages und des Baubeschriebs auszuführen sind, sondern die zusätzlich bestellt wurden, ohne dass angenommen werden könne, dass sie in den erweiterten Rahmen des Vertrages fallen, gehören nicht zur Vollendung der Arbeiten. Das gleiche gilt für geringfügige oder nebensächliche Arbeiten, die vom Handwerker oder Unternehmer absichtlich aufgeschoben wurden (E. 2.2). Die Vorinstanzen seien zum Ergebnis gelangt, dass der Beschwerdeführer nicht nachgewiesen habe, Unternehmensleistungen innert der gesetzlichen Viermonatsfrist noch im Zusammenhang mit der Fassadenreinigung erbracht zu haben (E. 2.3 ff.). Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es auf diese eintrat (E. 6).

c. Bauhandwerkerpfandrecht: Quantifizierung der «hinreichenden Sicherheit» bezüglich Verzugsszinse (Art. 839 Abs. 3 ZGB)

[137] Im *Entscheid 5A_323/2022 vom 27. Oktober 2022* ging es um die Frage, was als genügende Sicherheit gelten kann. Der Sachverhalt bot dem Bundesgericht die Gelegenheit zu präzisieren,

in welchem *quantitativen Umfang eine hinreichende Sicherheit* zur Ablösung eines provisorisch im Grundbuch eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts zu leisten ist.

[138] Die Vorinstanz hatte in ihrem Entscheid festgehalten, dass die von den Grundeigentümern geleistete Sicherheit im Umfang der Forderung des Unternehmers zuzüglich 5% Zins für eine Dauer von 10 Jahren den quantitativen Anforderungen einer hinreichenden Sicherheit genüge und daher das provisorisch im Grundbuch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen sei. Mit diesem Entscheid war die Vorinstanz von der *früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung* abgewichen, gemäss welcher die Verzugszinsen zeitlich unlimitiert sichergestellt werden müssen. Das Bundesgericht stützte diesen Entscheid der Vorinstanz und hielt fest, dass der Entscheid des Kantonsgerichts Genf vom 29. März 2022 nicht willkürlich sei.

[139] Ein Grundeigentümer kann die provisorische oder definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts verhindern, wenn er eine *hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB* leistet. Diese Sicherheiten können *persönlicher Natur* (Bankgarantie, Bürgschaft, andere auf dem Obligationenrecht beruhende Garantie) oder *dinglicher Natur* (Hinterlegung eines Betrags oder Verpfändung anderer Werte) sein. Um als «*hinreichend*» zu gelten, muss die Sicherheit die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung vollständig abdecken. Sie muss also *in qualitativer und quantitativer Hinsicht* die *gleiche Deckung* wie das Bauhandwerkerpfandrecht bieten. In quantitativer Hinsicht bietet das Bauhandwerkerpfandrecht dem Gläubiger Sicherheit für die Kapitalforderung und die Verzugszinsen sowie gegebenenfalls für die Vertragszinsen. Da die Verzugszinsen zeitlich nicht begrenzt sind, hielt das Bundesgericht bis anhin fest, dass die Sicherheiten, die anstelle der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts treten, auch eine unbegrenzte Sicherheit für die Verzugszinsen bieten müssen (E. 3.3–3.3.2).

[140] Diese *in der Lehre kritisierte Rechtsprechung* führte zu einem gesetzgeberischen *Revisionsverfahren*, das die durch die hinreichende Sicherheit nach Art. 839 Abs. 3 ZGB gedeckten *Verzugszinse auf zehn Jahre begrenzt* (E. 3.3.2.2). Das Bundesgericht erwog, dass in bestimmten Fällen eine solche laufende Gesetzesrevision bei der Auslegung einer Norm berücksichtigt werden kann (E. 3.3.3).

[141] Im vorliegenden Fall umfasste der Betrag der von den Eigentümern hinterlegten Sicherheit neben der Kapitalforderung auch die *Verzugszinsen über einen Zeitraum von zehn Jahren*. Das Bundesgericht stufte den Entscheid der Vorinstanz nicht als willkürlich ein (E. 3.4).

d. Recht auf Eintragung eines Pfandrechts nach der Vertragsauflösung (Art. 839 Abs. 1 ZGB)

[142] Im französischsprachigen *Urteil 5A_378/2022 vom 17. November 2022* ging es um die Frage des Rechts auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts, und dabei insbesondere im Zusammenhang mit einer Auflösung des Werkvertrages. Das Pfandrecht von Handwerkern und Unternehmern kann von dem Tag an eingetragen werden, an dem sie sich verpflichtet haben, die versprochene Arbeit oder das versprochene Werk zu verrichten. Der Anspruch auf Eintragung des Pfandrechts hängt also nicht davon ab, ob der Handwerker oder Unternehmer seine *Leistung tatsächlich erbracht oder mit der Ausführung begonnen* hat. Der Zweck der Eintragung des gesetzlichen Pfandrechts von Handwerkern und Unternehmern besteht nicht darin, deren Zahlungsanspruch als solches festzulegen, sondern nur den Betrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, d.h. den Pfandbetrag oder, mit anderen Worten, den Umfang der hypothekarischen Sicherung. Die Höhe

der vertraglich vereinbarten Vergütung kann somit als solche im Grundbuch eingetragen werden, wobei die Frage, ob die Arbeiten bereits ausgeführt wurden oder noch ausgeführt werden müssen, nur für die Erfüllung des Pfandrechts selbst entscheidend ist.

[143] Das Pfandrecht an *noch auszuführenden Arbeiten* kann hingegen nur so lange eingetragen werden, wie diese noch geschuldet werden. Angenommen, die Leistungspflicht des Handwerkers oder Unternehmers endet (z.B. aufgrund einer vorzeitigen Vertragsauflösung), so sind die Arbeiten nicht mehr geschuldet. Die hypothekarische Sicherheit für diese Arbeiten ist daher nicht mehr gerechtfertigt (E. 3.3).

e. Bauhandwerkerpfandrecht: Frist für die Einreichung des Gesuchs um definitive Eintragung (Art. 839 Abs. 2, Art. 961 ZGB; Art. 76 GBV; Art. 263 ZPO)

[144] Der italienischsprachige *Entscheid 5A_355/2021 vom 16. Februar 2023* setzte sich mit der Einhaltung der Frist für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts auseinander (Art. 839 Abs. 2 ZGB, Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB; Art. 76 Abs. 3 GBV). Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid die Grundsätze der Fristehaltung zusammengefasst (E. 2).

[145] Mit Bezug auf die *Frist für die Einreichung des Gesuchs um definitive Eintragung* stellte das Bundesgericht Folgendes fest: Die Dauer der provisorischen Eintragung kann auf zwei Arten bestimmt werden. Das Gericht kann entweder eine bestimmte Gültigkeitsdauer festlegen oder dem Handwerker (Unternehmer) eine Frist zur Einreichung einer definitiven Eintragungsklage einräumen und damit die Gültigkeit der provisorischen Eintragung bis zum Endentscheid verlängern (E. 2). Das Bundesgericht stellte fest, dass die Klage nach Ablauf der massgebenden Fristen eingereicht wurde und somit verspätet war (E. 3.3).

[146] Das Bundesgericht rief sodann BGE 143 III 554 E. 2.5.1 in Erinnerung, worin bestätigt wurde, dass die Frist zur Einreichung einer Klage auf Proseguierung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts eine *Verwirkungsfrist des materiellen Rechts* darstellt. Diese ist in Art. 961 Abs. 3 ZGB und nicht in Art. 263 ZPO geregelt.

f. Provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3, Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)

[147] Dem *Entscheid 5A_822/2022 vom 14. März 2023* lag der folgende *Sachverhalt* zugrunde: Das Grundstück GB U. Nr. xxx stand im Eigentum der Stiftung B (Beschwerdegegnerin) mit Sitz in W. Der auf diesem Grundstück bestehende Supermarkt D. wurde von C. betrieben. Die Eigentümerin und Bauherrin des Supermarktes D. beauftragte für dessen Umbau die Generalplanerin E. AG, welche am 13./18. Oktober 2021 mit der F. GmbH einen Werkvertrag über die Erbringung von Baumeisterarbeiten abschloss. Die F. GmbH schloss wiederum am 6./10. Januar 2022 mit der A. GmbH (Beschwerdeführerin) als Subunternehmerin einen Werkvertrag über Baumeisterarbeiten für das Projekt «C., Supermarkt D., U.» mit einem Werklohn von CHF 31'500 ab.

[148] Das Bundesgericht erläutert zunächst, dass Gesuche um Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts i.S.v. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB im *summarischen Verfahren* durchzuführen sind. Art. 253 ZPO sieht für das summarische Verfahren vor, dass das Gericht der Gegenpartei Gelegenheit gibt, mündlich oder schriftlich Stellung zu nehmen. Grund-

sätzlich findet nur ein Schriftenwechsel statt und der Aktenschluss tritt nach einmaliger Äusserung ein (vgl. E. 3.3.6.1). Für diejenige Partei, welche die Vormerkung einer vorsorglichen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts beantragt, tritt der Aktenschluss im Regelfall mit der Einreichung ihres Gesuches ein. Danach ist die Möglichkeit, neue Tatsachen und Beweismittel in das Verfahren einzubringen, eingeschränkt. Für die Beschwerdeführerin war der Aktenschluss vorliegend somit mit der Einreichung des Gesuches eingetreten (E. 3.3.6.2). Das Bundesgericht beurteilte die Rüge der Beschwerdeführerin auf Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das Handelsgericht daher als unbegründet (E. 3.4).

[149] Das Bundesgericht legte zunächst die Voraussetzungen der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB dar. Dazu führte das Bundesgericht aus, dass nicht jede Arbeitsleistung als eine Arbeit im Sinne dieser Bestimmung qualifiziert werden kann. Vielmehr liegt eine solche nur vor, wenn die *Arbeitsleistung objektspezifisch* ist bzw. sich *mit dem Werk auf dem Grundstück verbindet*. Nicht objektspezifische Arbeiten berechtigen nur dann zu einem Baupfandrecht, wenn sie zusammen mit pfandberechtigten Bauarbeiten von ein und demselben Unternehmer erbracht worden sind und entweder mit den pfandberechtigten Arbeiten eine funktionelle Einheit bilden oder insgesamt gesehen, nebensächliche Leistungen darstellen (E. 4.1).

[150] Die Eintragungsfrist bis spätestens *vier Monate nach Vollendung der Arbeit* gilt gemäss Bundesgericht für Arbeitsleistungen, die unter einen Werkvertrag fallen, grundsätzlich als *einheitliche Eintragungsfrist*. Ausnahmen sind in denjenigen Fällen möglich, in denen die Arbeitsleistungen bautechnisch nicht zusammengehören bzw. nicht zusammenhängen. Hat ein Unternehmer aufgrund mehrerer Verträge gearbeitet, so beginnt die Frist von Art. 839 Abs. 2 ZGB grundsätzlich für jeden Vertrag gesondert von der Beendigung der Arbeiten zu laufen, auf die sich der Vertrag bezieht. Dies gilt unabhängig davon, ob die Verträge an verschiedenen Tagen oder gleichzeitig geschlossen wurden. Sind die Arbeiten, die Gegenstand der verschiedenen Verträge darstellen, derart miteinander verknüpft, dass sie ein Ganzes bilden, so ist nach Auffassung des Bundesgerichts anzunehmen, dass nur eine spezifische Arbeit vorliegt, sodass der Unternehmer berechtigt ist, das gesetzliche Pfandrecht für den ganzen ihm geschuldeten Betrag nach Abschluss der Gesamtheit der Arbeiten eintragen zu lassen (E. 4.1).

[151] Aufgrund der besonderen Interessenlage darf die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfall ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung dem ordentlichen Richter zu überlassen (bspw. in Fällen unklarer oder unsicherer Rechtslage; E. 4.2).

[152] Bei einem Gesuch um Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist der Unternehmer nach Beendigung der Arbeiten für jene Tatsachen beweisbelastet, die den Rechtsgrund der pfandberechtigten Forderung konstituieren (Vertragsschluss; gelesene Arbeiten); die den Umfang der Forderung bestimmen; aus denen sich die Inhaberschaft an der pfandberechtigten Forderung ergeben; aus welchen folgt, dass und wie sich die Bauarbeiten auf ein Grundstück ausgewirkt haben; die die Bauarbeiten ihrer Art nach als baupfandberechtigt ausweisen («Material und Arbeit oder Arbeit allein») und aus denen sich der Zeitpunkt der Arbeitsvollendung ergibt. Außerdem ist der Unternehmer in Bezug auf das Grundstück, zugunsten dessen die Bauarbeiten erfolgt sind, sowie das Eigentum der beklagten Partei am Grundstück, beweisbelastet (E. 4.3). Müssen behauptete Tatsachen wegen des reduzierten Beweismasses nicht strikte bewiesen, sondern lediglich i.S.v. Art. 961 Abs. 3 ZGB glaubhaft gemacht werden, folgt

daraus nicht, dass überhaupt keine Beweisabnahme stattfindet. Nach der Verkehrsauffassung und dem allgemeinen Sprachgebrauch möge es zwar zutreffen, dass «Baumeisterarbeiten» zu pfandberechtigten Leistungen zählen. Auf jeden Fall hätte *in casu* aber darlegt werden müssen, bis zu welchem Zeitpunkt unter den Werkvertrag fallende Arbeiten ausgeführt worden seien (E. 5.3). Das Bundesgericht wies die Beschwerde als unbegründet ab, soweit darauf eingetreten wurde (E. 7).

g. Bauhandwerkerpfandrecht; vorläufige Eintragung als vorsorgliche Massnahme (Art. 837 ff. ZGB; Art. 55 ZPO; Art. 98 BGG)

[153] Im Entscheid *5A_188/2022 vom 4. Juli 2022* ging es um die Zulässigkeit einer Beschwerde ans Bundesgericht. Entscheide im Zusammenhang mit der vorläufigen Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten sind als vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 98 BGG zu qualifizieren. Vorliegend konnte demzufolge die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte rügen (E. 2.1). Die Ausführungen der Beschwerdeführerin seien *ungenügend substantiiert* gewesen und hätten nicht als Willkürürgen aufgefasst werden können. Die Beschwerdeführerin hätte gestützt auf die angefochtene Subsumtion detailliert erläutern müssen, inwiefern sie – entgegen den Schlussfolgerungen des Obergerichts – ihrer Behauptungs- und Substanziierungslast nachgekommen sei. In diesem Zusammenhang hätte sie dartun müssen, dass sie ihre Vorbringen in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar dargelegt habe, dass darüber Beweis abgenommen und dagegen der Gegenbeweis hätte angetreten werden können und vor diesem Hintergrund *der angefochtene Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leide*. Das habe die Beschwerdeführerin nicht getan, weshalb auf diese Begründungslinie nicht eingetreten werden könne (E. 2.2, 3.3). Nachdem auf die gegen die eine der beiden Begründungen erhobenen Rügen nicht eingetreten werden könne, *erweise sich der angefochtene Entscheid insgesamt als willkürlich* (E. 4). Insgesamt trat das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht ein (E. 5).

h. Bauhandwerkerpfandrecht; zur Eintragung eines gesetzlichen Grundpfandrechts berechtigende Arbeiten (Art. 837 ff. ZGB)

[154] Im französischen, zur Publikation vorgesehenen *Entscheid 5A_689/2022 vom 6. April 2023* setzte sich das Bundesgericht mit den Arbeiten, die zur Eintragung eines gesetzlichen Grundpfandrechts berechtigen, auseinander.

[155] In diesem Zusammenhang hält das Bundesgericht fest, dass die Lieferung von Baumaterialien nur dann vom gesetzlichen Grundpfandrecht erfasst wird, wenn diese Materialien explizit für das entsprechende Gebäude produziert bzw. besonders bestimmt wurden. Der Transport entsprechender Materialien allein ist davon jedoch nicht betroffen. Der Abtransport bzw. die Entsorgung von Bauabfällen berechtige grundsätzlich nicht, die Eintragung eines gesetzlichen Grundpfandrechts zu verlangen: Eine Ausnahme von dieser Grundregel liege jedoch dann vor, wenn diese Leistungen (Abtransport/Entsorgung) eine *funktionale Einheit* mit denjenigen Arbeiten bildeten, die von demselben Unternehmen für die Errichtung des entsprechenden Bauwerks getätigten würden (E. 5.2.6).

[156] Zur *funktionalen Einheit* zwischen den Leistungen hält das Bundesgericht fest, dass von einer Einheit zwischen verschiedenen Leistungen dann auszugehen sei, wenn diese so miteinander verbunden seien, dass sie *ein Ganzes bildeten*. Nicht entscheidend seien bspw. die rechtliche Qualifikation oder die Anzahl der Verträge. Rechtsprechungsgemäss würden bspw. mehrere konsekutive Bestellungen von Beton für die gleiche Baustelle eine solche Einheit bilden. Wird ein Unternehmen erst ex post mit Arbeiten unterschiedlicher Art beauftragt, liege keine Einheit im genannten Sinn vor (E. 6.2.2). Das Bundesgericht erblickt in der vorliegenden Konstellation keine funktionale Einheit zwischen den während der Bauphase getätigten Grab- bzw. Aufschüttungsarbeiten und dem Material- bzw. Aushubtransport. Keine funktionale Einheit besteht sodann zwischen den Arbeiten an der Zufahrtsrampe (beschränkt auf einen bestimmten Teil des Gebäudes) und dem Material- und Aushubtransport (die während der gesamten Bauphase ausgeführt wurden; E. 6.2.3). Die Beschwerde war abzuweisen (E. 7).

7. Besitzesrecht (Art. 919 ff. ZGB)

a. Vorsorgliche Massnahmen im Rahmen der Klage auf Besitzesentziehung (Art. 927 Abs. 1 ZGB)

[157] Im vorliegenden *Urteil 5A_826/2022 vom 24. Februar 2023* stellte das Bundesgericht klar, dass bei der Klage auf Besitzesentziehung (Art. 927 Abs. 1 ZGB) und insbesondere auch bei vorsorglichen Massnahmen, die im Rahmen einer solchen Klage erhoben werden, nicht auf das Recht auf den Besitz, sondern lediglich auf die *Herrschaft an der Sache vor der unrechtmässigen Aneignung* abzustellen sei. Die Frage der Möglichkeit, vorsorgliche Massnahmen im Rahmen der possessorischen Klage zu beantragen, konnte vom Bundesgericht weiterhin offengelassen werden.

[158] Dem Entscheid lag der folgende *Sachverhalt* zugrunde: Die F. AG ist Eigentümerin der Parzelle Nr. xxx in der Gemeinde U., auf welcher das Gebäude G. errichtet wurde. Es handelt sich um eine Gesellschaft von Mieteraktionären. Der Besitz von Aktien der Gesellschaft verleiht das Recht, bestimmte Räumlichkeiten des Gebäudes G. gegen Zahlung von Miet- und Pachtgebühren zu mieten. Als Sohn und Tochter des verstorbenen C.B., machten B.B. und D.D. geltend, nun Inhaber des Aktienzertifikats Nr. 538 zu sein, welches das Recht vermittelte, die Wohnung Nr. 538 im Obergeschoß zu mieten. A. ist Inhaberin der Aktienzertifikate, die ihr das Recht zur Miete der Wohnungen Nr. 539, 540 und 541 verleihen, die an die Wohnung Nr. 538 angrenzen. Die Parteien stritten sich über die Nutzung eines kleinen Flurs im Norden der Wohnung Nr. 538, der in den Hauptflur des Obergeschoßes mündet: Während B.B. und das Ehepaar D. der Meinung waren, es handle sich dabei um einen gemeinsamen Teil, behauptete A. ihr exklusives Recht daran. Eine durch A. eingebaute Zugangstür zum kleinen Flur, wofür B.B. und das Ehepaar D. keinen Schlüssel besasssen, verunmöglichte es ihnen, zu ihrer Wohnung Nr. 538 zu gelangen.

[159] Am 10. Februar 2022 reichten deshalb B.B. und das Ehepaar D. Klage gegen A. beim zuständigen Bezirksgericht ein. Sie verlangten im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme insbesondere, dass A. anzuweisen sei, die von ihr eingebaute Tür sofort zu entfernen oder, falls dies nicht möglich sei, ihnen mindestens zwei Schlüssel für diese Tür auszuhändigen, um den Zugang zur Wohnung Nr. 538 sofort wieder herzustellen. Das Bezirksgericht hiess dieses Gesuch um vorsorgliche Massnahme gut. A. legte dagegen Berufung ein, die jedoch vom Kantsgericht abgewiesen wurde. Am 26. Oktober 2022 reichte A. (Beschwerdeführerin) beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen ein und beantragte in der Hauptsache, der kantonale Entscheid sei dahingehend ab-

zuändern, dass die von B.B. und dem Ehepaar D. (Beschwerdegegner) beantragten vorsorglichen Massnahmen abgewiesen bzw. aufgehoben würden. Die Beschwerdeführerin A. bestritt zunächst den Besitz der Beschwerdegegner an der Wohnung Nr. 538 sowie am streitgegenständlichen Korridor (vgl. E. 3.1).

[160] Das Ziel der possessorischen Klage von Art. 927 Abs. 1 ZGB, die sog. *Klage aus Besitzesentziehung*, führt nicht zu einem Urteil über die Rechtmässigkeit dieses Zustandes. Der Richter muss die Frage des Rechts auf den Besitz der Sache nur prüfen, wenn er mit der petitorischen Klage auf Wiederherstellung des Besitzes angerufen wird. Bei der Klage aus Besitzesentziehung muss der Kläger zwei Voraussetzungen beweisen: Erstens, dass er im Besitz der Sache war, und zweitens, dass er deren Besitz infolge einer Handlung aus verbotener Eigenmacht verloren hat. Die eigenmächtige Handlung entzieht dem Besitzer seinen Besitz an der Sache. Sie ist rechtswidrig, wenn sie weder durch Gesetz noch aufgrund von Zustimmung des Besitzers gerechtfertigt ist. Da es sich bei der Klage auf Besitzesentziehung um eine possessorische (und nicht um eine petitorische) Klage handelt, kann sich der Beklagte nicht auf sein besseres Recht an der Sache berufen. Er kann nur die unrechtmässige Aneignung bestreiten, indem er sich auf die Zustimmung des Klägers oder eine aus dem Gesetz abgeleitete Rechtfertigung beruft. Art. 927 Abs. 2 ZGB behält eine Ausnahmesituation vor, in der der Beklagte sofort ein vorgehendes (dingliches oder vertragliches) Recht nachweist, das ihn dazu berechtigen würde, die Sache vom Kläger zurückzuverlangen (E. 3.1.1). Im Ergebnis war die Klage abzuweisen, soweit auf diese einzutreten war (E. 5).

[161] Zusammenfassend kann festgestellt werden: Die Besitzesentziehung (Art. 927 ZGB) ist eine Besitzesschutzklage, deren Zweck darin besteht, den Missbrauch des Besitzes zu verhindern und damit den öffentlichen Frieden zu schützen. Sie dient der Besitzeswahrung als solche und bezweckt die rasche Wiederherstellung des früheren Zustandes. Sie führt nicht zu einem Urteil über die Rechtmässigkeit der bestehenden Sachlage. Sie gewährt dem Antragsteller nur vorläufigen Schutz.

8. Grundbuchrecht (Art. 942 ff. ZGB)

a. Klage auf Vormerkung eines Mietverhältnisses (Art. 959 ZGB; Art 261b OR; Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO)

[162] Das Bundesgericht entschied im zur Publikation vorgesehenen Urteil 4A_199/2022 vom 20. September 2022,⁶ dass Streitigkeiten über die Vormerkung von Mietverhältnissen an Wohn- und Geschäftsräumen im Grundbuch (Art. 261b OR) entsprechend der weitgefassten bundesgerichtlichen Rechtsprechung unter den Begriff des «Kündigungsschutzes» i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO fallen, weshalb das vereinfachte Verfahren ohne Rücksicht auf den Streitwert zur Anwendung gelangte.

[163] Das Urteil betraf den folgenden Sachverhalt: Die A AG war Mieterin von Geschäftsräumlichkeiten der Stiftung B. Der vom 18. Dezember 2018 datierende Mietvertrag wurde für eine Dauer von 10 Jahren abgeschlossen. Im Jahr 2021 entschied die Stiftung B, das Grundstück per Januar 2026 an die C AG zu verkaufen. Aus diesem Grund kündigte sie das mit der A AG bestehende

⁶ Siehe dazu MARTINA FRISCHKOPF, Verfahrensart bei Klage auf Vormerkung des Mietverhältnisses, in: dRSK, publiziert am 9. Januar 2023; PHILIPP EBERHARD, Vormerkung einer Geschäftsmiete im Grundbuch, in: ius.focus 11/2022, Nr. 275.

Mietverhältnis «ausserordentlich» per 31. Dezember 2025. Am 16. Februar 2022 klagte die A AG beim Handelsgericht des Kantons Zürich mit dem Hauptbegehren, die Beklagte sei zu verurteilen, den Mietvertrag nach Art. 261b OR bzw. Art. 959 ZGB im Grundbuch für die vertraglich vorgesehene feste Mietdauer bis zum 31. Dezember 2029 in der Rubrik «Vormerkungen» eintragen zu lassen. Die A AG stützte sich dabei auf eine Klausel im Mietvertrag, welche ihr «das Recht auf eine solche Vormerkung» zwecks Verhinderung der Kündigung wegen Eigenbedarfs einräumte. Mit Beschluss vom 6. April 2022 trat das Handelsgericht auf die Klage mangels Zuständigkeit nicht ein. Dagegen führte die A AG Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht.

[164] Vor Bundesgericht umstritten war, ob die auf Art. 261b OR i.V.m. Art. 959 ZGB gestützte Klage betreffend die *grundbuchliche Vormerkung eines Mietverhältnisses* den Kündigungsschutz gemäss Art. 243 Abs. 1 lit. c ZPO betreffe (E. 3). Das Bundesgericht stellte fest, der Begriff des «Kündigungsschutzes» sei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung weit zu verstehen. Er umfasse nicht nur jene Tatbestände, die im Obligationenrecht im mit «Kündigungsschutz» betitelten Abschnitt geregelt seien (vgl. E. 3.1).

[165] Da das Mietverhältnis gemäss Mietrecht ohnehin *ipso iure* auf die Erwerberin übergehe, bestehe Sinn und Zweck der realobligatorisch wirkenden *Vormerkung nach Art. 261b OR* im Wesentlichen darin, die auf Art. 261 Abs. 2 OR gestützte Eigenbedarfskündigung der neuen Eigentümerin zu verunmöglichen. Die Vormerkung sei damit im Kern ein Institut des (vorsorglichen) Kündigungsschutzes geworden. So verhalte es sich namentlich im konkreten Fall, indem es das Ziel der Beschwerdeführerin darstelle, eine allfällige Eigenbedarfskündigung des Mietvertrags durch die das Grundstück per 2026 übernehmende C AG zu unterbinden (E. 3.3.2). Zwar komme der Vormerkung auch *sachenrechtliche Wirkung* zu; das Mietverhältnis gehe mittels Vormerkung jedem später am Grundstück erworbenen Recht vor (E. 3.3.3). Es entspreche der weitgefassten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass eine Streitigkeit über die *grundbuchliche Vormerkung eines Mietverhältnisses* den Kündigungsschutz i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO betreffe. Zusammenfassend sei somit festzuhalten, dass Streitigkeiten über die Vormerkung von Mietverhältnissen an Wohn- und Geschäftsräumen im Grundbuch nach Art. 261b OR unter den Begriff des «Kündigungsschutzes» i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO fallen.

9. Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB)

a. Widerruf einer Bewilligung; Anspruch auf rechtliches Gehör; unzulässige neue Tatsache (Art. 71 BGBB; Art. 29 BV; Art. 99 BGG)

[166] Im französischen *Entscheid 2C_783/2021 vom 7. September 2022* ging es um den Widerruf einer gestützt auf das BGBB ergangene Bewilligung. In diesem Zusammenhang waren Fragen im Zusammenhang mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör bzw. das Vorbringen (unzulässiger) neuer Tatsachen zu erörtern.

[167] Werde ein Kaufvertrag i.S.v. Art. 70 BGBB für nichtig erklärt, habe diejenige Partei, welche das Eigentum an den entsprechenden Liegenschaften verloren habe, kein berechtigtes Interesse mehr daran, einen Entscheid über die Unterstellung dieser Liegenschaften unter das BGBB zu verlangen. Die Vorinstanz hätte nicht über die Frage entscheiden müssen, ob die Vertragsobjekte dem Geltungsbereich des BGBB zu unterstellen gewesen seien, sodass *der Anspruch auf rechtliches Gehör derjenigen Partei, welche das Eigentum verloren habe, auch nicht verletzt worden sei* (E. 4.4). Die vorgebrachte, sich auf Art. 71 Abs. 2 BGBB stützende Rüge beruhe auf einer Tatsache (Datum

der Eintragung der Urkunde im Grundbuch), die vor der Vorinstanz nicht vorgebracht und für welche keine offensichtlich unrichtige bzw. unvollständige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht worden sei. Auf diese Rüge trat das Bundesgericht nicht ein (E. 5).

[168] Im Zusammenhang mit dem *Widerruf der Bewilligung zum Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks* (Art. 71 Abs. 1 BGBB) erinnerte das Bundesgericht daran, dass der Widerruf zwei kumulativen Bedingungen unterliegen würde: (1) Der Erwerber müsse falsche Angaben über Tatsachen machen, die für die Erteilung der Bewilligung ausschlaggebend seien; (2) Die Genehmigung müsse «erschlichen» worden sein. Von einer «Erschleichung» sei dann auszugehen, wenn der Erwerber die Unrichtigkeit seiner Angaben kenne oder kennen müsse und sie in der Absicht tätige, die Bewilligung zu erhalten, die ihm sonst nicht erteilt würde. Wenn jedoch der Erwerber im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung bereits wisse, dass er die entsprechenden Grundstücke nicht selbst bzw. nur für eine kurze Zeit bewirtschaften werde und er diese Tatsache im Bewilligungsverfahren verschweige, *föhre er die Bewilligungsbehörde i.S.v. Art. 71 Abs. 1 BGBB in die Irre* (E. 6.2.3).

[169] *In casu* habe der Erwerber die Grundstücke nie bewirtschaftet, er habe auch nie die Absicht gehabt, dies zu tun. Der Erwerber habe mit falschen Angaben die Bewilligungsbehörde in die Irre geführt, nur um die streitgegenständliche Bewilligung zu erhalten (E. 6.4). Die Beschwerde wurde abgewiesen (E. 8).

b. Bewilligung für den Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks (Art. 61 ff. BGBB)

[170] Der französische *Entscheid 2C_601/2021 vom 11. Oktober 2022* hatte die Bewilligung für den Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks zum Gegenstand.

[171] Gestützt auf Art. 64 Abs. 1 BGBB werde einem Erwerber, der nicht Selbstbewirtschafter sei, die Bewilligung für den Erwerb unter der Voraussetzung erteilt, dass er nachweise, dass *ein wichtiger Grund für den Erwerb* vorliege. Beim «wichtigen Grund» in diesem Zusammenhang handle es sich um einen *unbestimmten Rechtsbegriff*, den es entsprechend zu konkretisieren gelte (E. 4.2). Falls eine der in Art. 64 Abs. 1 lit. a–g BGBB angeführten Sachlagen vorlägen, sei die Bewilligung zu erteilen und die Bewilligungsbehörde habe diesbezüglich keinen Ermessensspielraum (E. 4.4). *In casu* würden die landwirtschaftlichen Grundstücke auch *landwirtschaftlich bewirtschaftet* und es würden *Tiere einer bestimmten Art*, welche einer Stiftung gehörten, darauf weiden. Die steuerrechtlich anerkannte *Gemeinnützigkeit der Stiftung* sei im Zusammenhang mit der BGBB-Prüfung wichtig: *Eine solche Anerkennung könne nämlich einen «wichtigen» Grund gemäss Art. 64 Abs. 1 BGBB darstellen* (E. 4.5). Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass der Erwerb der Grundstücke durch die Stiftung einen «wichtigen Grund» i.S. der Generalklausel von Art. 64 Abs. 1 BGBB darstellt und dass der Stiftung zu Recht die Erwerbsbewilligung erteilt worden ist (E. 4.6). Die Beschwerde wurde abgewiesen (E. 5).

c. Betrieb einer Kiesgrube in einem Landwirtschaftsgebiet

[172] In seinem französischen, zur Publikation vorgesehenen *Urteil 2C_255/2022 vom 7. Februar 2023*⁷ hatte das Bundesgericht die Frage zu klären, ob ein in der Landwirtschaftszone gelegenes Grundstück im Zeitpunkt des Inkrafttretens eines Abbauplans oder im Zeitpunkt des tatsächlichen Betriebs der Kiesgrube nicht mehr vom Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) erfasst werde. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab und hält fest, dass das landwirtschaftliche Grundstück trotz Inkrafttreten des Abbauplans weiterhin dem Geltungsbereich des BGBB unterstellt bleibt.

[173] Zum *Sachverhalt*: Das streitgegenständliche, in der Landwirtschaftszone gelegene Grundstück einer im Kanton Genf gelegenen Gemeinde wird im Miteigentum gehalten, umfasst eine Fläche von 16'733 m² und ist mit einem Gebäude von 86 m² bebaut. Seit dem 30. Oktober 2013 ist das Grundstück in einem vom Conseil d'Etat de la République et canton de Genève verabschiedeten Kiesabbauplan («plan d'extraction de gravière») enthalten. Gestützt auf diesen Sondernutzungsplan kann auf dem Grundstück frühestens ab dem Jahr 2054 eine Kiesgrube betrieben werden. Die beiden Miteigentümer des Grundstücks schlossen im Mai 2021 mit der Erwerberin, einer im Kanton Genf domizilierten Aktiengesellschaft, ein beurkundetes Verkaufs- und Kaufversprechen für das Grundstück zum Preis von CHF 2'400'000 ab. Das Geschäft enthielt u.a. folgende Suspensivbedingung: Vorliegen einer rechtskräftigen Verfügung der Commission foncière agricole de la République et canton de Genève, wonach der Erwerb des Grundstücks durch die Käuferin bewilligt wird, oder alternativ eine Feststellungsverfügung betreffend Nichtunterstellung unter das BGBB. Auf das Gesuch der Erwerberin betreffend Nichtunterstellung entschied die Commission foncière agricole im Juli 2021, dass das Grundstück, welches sich im Perimeter des rechtskräftigen Kiesabbauplans befindet, bis zum Ende des Kiesabbaus vom Geltungsbereich des BGBB ausgenommen ist. Die vom kantonalen Amt für Landwirtschaft gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wurde im Februar 2022 gutgeheissen und der Entscheid der Vorinstanz aufgehoben. Die Erwerberin beantragt mittels Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor Bundesgericht zusammengefasst im Hauptstandpunkt die Aufhebung des Entscheids vom Februar 2022 und die Bestätigung des Entscheids vom Juli 2021.

[174] Zu den *Erwägungen*: Einleitend legte das Bundesgericht dar, dass die Beschwerdeführerin und die Commission foncière agricole sich auf den Standpunkt stellten, dass das Inkrafttreten des Abbauplans zur Folge habe, dass das Grundstück dem Geltungsbereich des BGBB entzogen werde. Die Cour de Justice, das Office cantonal sowie das Office fédéral de l'agriculture und das Office fédéral de la justice hätten hingegen die Ansicht vertreten, dass das Grundstück erst im Zeitpunkt, in welchem die Kiesgrube betrieben werde bzw. die entsprechende Abbaubewilligung in Kraft trete, nicht mehr vom BGBB erfasst werde (E. 3). Im vorliegenden Zusammenhang sei zwischen dem territorialen (örtlichen) und dem sachlichen Geltungsbereich des BGBB zu unterscheiden (E. 4 f.). Um die Frage zu klären, ob ein Grundstück vom BGBB erfasst werde, sei in einem ersten Schritt zu klären, ob das betreffende Grundstück in einer Zone gelegen sei, die grundsätzlich als Bauzone (vgl. Art. 15 RPG) oder Nichtbauzone (vgl. Art. 25 Abs. 2 RPG) einzustufen sei. Die Einstufung als Bauzone erfolge ausschliesslich gestützt auf Bundesrecht. Werde

⁷ Siehe dazu PHILIPP EBERHARD, Betrieb einer Kiesgrube in der Landwirtschaftszone, in: dRSK (im Publikationsvorgang).

ein in der Landwirtschaftszone gelegenes Grundstück neu der Bauzone gemäss Art. 15 RPG unterstellt, habe dies zur Folge, dass es automatisch dem BGBB entzogen werde (E. 4.3).

[175] Nutzungspläne ordneten die zulässige Nutzung des Bodens und würden Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen (Art. 14 Abs. 1 und 2 RPG) unterscheiden. Bauzonen (vgl. Art. 15 RPG), Landwirtschaftszonen (vgl. Art. 16 RPG) und Schutzzonen (vgl. Art. 17 RPG) würden durch das Bundesrecht definiert. Das kantonale Recht könne gestützt auf Art. 18 Abs. 1 RPG weitere als die vorgenannten Nutzungszenen vorsehen. Diese anderen Zonen gemäss Art. 18 Abs. 1 RPG könnten jedoch eine Bau- oder Landwirtschaftszone überlagern. Das Bundesgericht habe eine Pflicht zur Nutzungsplanung für grosse Abbau- und Deponieprojekte erlassen (E. 4.4.2). Gestützt auf Art. 18 RPG neu definierte Zonen würden insbesondere dann eine «Geeignetheit» aufweisen, wenn in Nichtbauzonen ein besonderes Nutzungsbedürfnis («un besoin spécifique d'affectation») oder in Bauzonen ein besonderes Schutzbedürfnis («un besoin particulier de protection») bestehe. Für besondere Bedürfnisse ausserhalb der Bauzonen bestimmte «weitere Nutzungszenen» gemäss Art. 18 RPG (wie bspw. Abbauzonen) gelte, dass diese aufgrund ihrer Zweckbestimmung grundsätzlich auf den im Nutzungsplan vorgesehenen Ort beschränkt seien: Sie seien ausserhalb der Bauzonen (Art. 15 RPG) gelegen und würden (ihre besondere Zweckbestimmung vorbehalten) den für Nichtbauzonen anwendbaren Grundsätzen unterstehen. Die Einstufung als (echte) Bauzone könne nur dann erfolgen, wenn das entsprechende (Abbau-)Gebiet anschliessend für Siedlungszwecke genutzt werde (E. 4.4.3).

[176] Dem Sachverhalt des angefochtenen Urteils lasse sich entnehmen, dass das streitgegenständliche Grundstück primär in der Landwirtschaftszone gelegen sei und im heutigen Zeitpunkt landwirtschaftlich genutzt werde. Zudem sei das Grundstück im Perimeter des in Kraft getretenen und zeitlich befristeten Kiesabbauplans gelegen. Die zeitliche Befristung resultiere aus der Tatsache, dass die vom Perimeter umfassten Grundstücke nach Beendigung der Abbautätigkeit wieder landwirtschaftlich genutzt werden könnten. Der Abbauplan («plan d'extraction») stelle einen Sondernutzungsplan i.S.v. Art. 18 RPG dar: Das von diesem Sondernutzungsplan erfasste Gebiet könne jedoch nicht als Bauzone i.S.v. Art. 15 RPG eingestuft werden (E. 4.6). Das Inkrafttreten des Abbauplans hätte keinen Einfluss auf das Vorliegen der Bedingungen von Art. 2 Abs. 1 BGBB gehabt (E. 4.7, 4.8). Hingegen werde der Betrieb der Kiesgrube dazu führen, dass das Grundstück (für die Dauer des Betriebs) dem sachlichen Geltungsbereich des BGBB nicht mehr unterstellt sein werde (E. 5). Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab (E. 11).

d. Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks (Art. 61 ff. BGBB); Beschwerdelegitimation (Art. 83 Abs. 3 BGBB)

[177] Im Urteil 2C_130/2022 vom 7. März 2023 ging es um die Bewilligung für den Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks.

[178] Zum Sachverhalt: Die Ortsgemeinde der im Kanton St. Gallen gelegenen Gemeinde S. ist Eigentümerin des Grundstücks Nr. xxxx, Grundbuch S. Am 29. März 1995 schloss sie mit C. eine als «Baurechts- und Gebäudekaufvertrag mit Pachtvertrag» bezeichnete Vereinbarung ab. Darin wurde C. ein selbständiges und dauerndes Baurecht (Nr. yyyy) an einer Teilfläche von 10'000 m² des betreffenden Grundstücks eingeräumt. Zudem erwarb er die Gebäude auf dem Baurechtsgrundstück (d.h. Wohnhaus, Scheune und Remise) zum Preis von CHF 190'000. Schliesslich verpachtete ihm die Ortsgemeinde 14.62 ha Wies- und Ackerland des Grundstücks Nr. xxxx. Baurecht und Pacht wurden für eine Dauer von fünfzig Jahren vereinbart. Sie sind vererblich und übertrag-

bar. Deren Übertragung unterliegt der Genehmigung durch die Grundeigentümerin. Die Führung, Beteiligung oder Mitwirkung des Pächters an einer Betriebsgemeinschaft, Betriebszweiggemeinschaft oder ähnlichen Verbindungen bedarf der Zustimmung der Ortsgemeinde. Am 1. März 2008 gingen C. und A. einen Vertrag über die Errichtung einer Betriebszweiggemeinschaft und am 20. September 2008 eine einfache Gesellschaft mit dem Zweck ein, ihre Landwirtschaftsbetriebe samt Inventar und Pachtland gemeinsam zu bewirtschaften. Die Zusammenarbeit wurde weder vom Landwirtschaftsamt als Betriebs(zweig)gemeinschaft anerkannt noch stimmte ihr die Ortsgemeinde zu. Am 17. März 2009 verkaufte C. das Baurecht zum Preis von CHF 287'500 an A. Die Ortsgemeinde S. übte am 29. April 2009 ihr Vorkaufsrecht aus. Das Landwirtschaftsamt bewilligte den Erwerb durch die Ortsgemeinde mit der Begründung, die Handänderung führre faktisch und wirtschaftlich den vorzeitigen Heimfall herbei, für den, weil kein Erwerb stattfinde, keine Erwerbsbewilligung erforderlich sei. Der vereinbarte Preis sei nicht übersetzt. Gegen die Bewilligung des Erwerbs erhob C. Beschwerde bei der Verwaltungsrekurskommission. Am 9. März 2010 verstarb C. Weil die nächsten Erben die Erbschaft ausschlügen, wurden am 20. September 2010 die konkursamtliche Liquidation des Nachlasses von C. sel. und am 26. Januar 2011 das summarische Konkursverfahren angeordnet.

[179] Die Verwaltungsrekurskommission wies das von C. sel. gegen die Bewilligung des Erwerbs durch die Ortsgemeinde S. erhobene und von der Konkursverwaltung übernommene Rechtsmittel ab. Auf die dagegen von A. erhobene Beschwerde trat das Verwaltungsgericht nicht ein. Das Bundesgericht wies mit Urteil 2C_964/2012 vom 10. Juni 2013 die von A. gegen den Nichteintretentscheid erhobene öffentlich-rechtliche Beschwerde ab. Am 24. Februar 2014 teilte die amtliche Konkursverwaltung der Ortsgemeinde S. mit, sie werde den Kaufvertrag vom 17. März 2009 nicht erfüllen, da mittlerweile B. CHF 350'000 geboten habe. Die dagegen von der vorkaufsberechtigten Ortsgemeinde S. erhobenen Rechtsmittel blieben erfolglos (vgl. Urteil 5A_640/2015 vom 24. November 2015). Die Konkursverwaltung teilte den Gläubigern am 10. April 2018 mit, es liege für das Baurecht ein Angebot zum Preis von CHF 701'000 vor. Daraufhin unterbreitete die Ortsgemeinde S. ein Kaufangebot von CHF 950'000. Am 8. Mai 2018 boten A. und B. CHF 716'000.

[180] Das Landwirtschaftsamt bewilligte den Erwerb durch die Ortsgemeinde S. im Wesentlichen mit der Begründung, die Ortsgemeinde S. sei zwar nicht Selbstbewirtschafterin, jedoch könne eine *Ausnahmebewilligung* erteilt werden, weil *mit der Handänderung* faktisch und wirtschaftlich der (*vorzeitige*) *Heimfall* herbeigeführt werde. Für den Heimfall wäre keine Erwerbsbewilligung erforderlich, weil dabei kein Erwerb stattfinde, sondern lediglich die dingliche Trennung von Boden und Bauten aufgehoben werde. Das Landwirtschaftsamt verwies zudem auf das unbeschränkt geltende gesetzliche Vorkaufsrecht des mit dem Baurecht belasteten Grundeigentümers. Schliesslich wäre es treuwidrig, der Ortsgemeinde S. die Begründung eines Baurechts zu bewilligen und ihr später bei der Ausübung des Vorkaufsrechts fehlende Selbstbewirtschaftung vorzuhalten. Die bodenrechtlichen Preisvorschriften seien in einem Zwangsvollstreckungsverfahren unbeachtlich.

[181] A., dem das Landwirtschaftsamt die Verfügung «vorsorglich» zugestellt hatte, erhob zusammen mit B. Beschwerde bei der Verwaltungsrekurskommission mit dem Antrag, die Bewilligung sei aufzuheben und der Ortsgemeinde S. sei der Erwerb zu verweigern. Die Verwaltungsrekurskommission trat auf die Beschwerde nicht ein. Die dagegen von A. und B. erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen ab.

[182] A. und B. legten mit Eingabe vom 1. Februar 2022 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein und beantragten im Hauptstandpunkt zusammengefasst, den Entscheid des

Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen aufzuheben und die Sache zur Behandlung ihrer Beschwerde an die Vorinstanzen (Verwaltungsgericht, eventualiter Verwaltungsrechtskommision) zurückzuweisen. Eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Bewilligung zum Erwerb des Baurechtsgrundstücks-Nr. yyyy, lastend auf dem Grundstück Nr. xxxx, T., Grundbuchkreis S., durch die Beschwerdegegnerin zu verweigern.

[183] *Zu den Erwägungen:* Die Vorinstanz hätte ihren Entscheid damit begründet, dass die Beschwerdeführer weder als Pächter noch als Kaufs-, Vorkaufs- oder Zuweisungsberechtigte i.S.v. Art. 83 Abs. 3 BGBB zur Erhebung der Beschwerde gegen die Erteilung der Erwerbsbewilligung an die Ortsgemeinde S. legitimiert seien (E. 3.1). Art. 83 Abs. 3 BGBB würde die Legitimation zur Beschwerde gegen Entscheide über Bewilligungen nach Art. 61 ff. BGBB wie folgt regeln: «Gegen die Verweigerung der Bewilligung können die Vertragsparteien, gegen die Erteilung der Bewilligung die kantonale Aufsichtsbehörde, der Pächter sowie Kaufs-, Vorkaufs- oder Zuweisungsberechtigte bei der kantonalen Beschwerdeinstanz (Art. 88) Beschwerde führen.» Diese Bestimmung gehe als *lex specialis* der allgemeinen Legitimationsbestimmung von Art. 89 Abs. 1 BGG vor (E. 3.2). Nach dem Wortlaut von Art. 83 Abs. 3 BGBB seien die Beschwerdeführer gar nicht zur Beschwerde legitimiert gewesen (E. 3.5). Die Vorinstanz hätte im Anschluss die Legitimation der Beschwerdeführer auch über den Wortlaut von Art. 83 Abs. 3 BGBB hinaus geprüft und insbesondere untersucht, ob die Beschwerdeführer als Parteien des Kaufvertrags oder als selbstbewirtschaftende Kaufinteressenten beschwerdeberechtigt gewesen wären (E. 4).

[184] Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei die Aufzählung in Art. 83 Abs. 3 BGBB nicht abschliessend: Über den Gesetzeswortlaut hinaus sei zur Beschwerde legitimiert der vertragliche Käufer, der sich gegen die Erteilung der Bewilligung an einen Dritten wehrt, der ein Vorkaufsrecht geltend macht (E. 4.1 m.H. auf die einschlägige Rechtsprechung). Bei den Beschwerdeführern handle es sich *nicht um Parteien des Kaufvertrages* im Sinne der Rechtsprechung. Ein Erwerb des Grundstücks gestützt auf den Kaufvertrag vom 17. März 2009 sei für den Beschwerdeführer 1 somit nicht mehr möglich und er könne aus diesem Vertrag keine Beschwerdelegitimation für sich ableiten (E. 4.2). Ein Dritter, welcher im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. f BGBB ein Angebot als Selbstbewirtschafter gemacht habe, sei zur Beschwerde gegen die Erteilung der Bewilligung mit der Begründung legitimiert, der Käufer sei nicht Selbstbewirtschafter. Diese Erweiterung gegenüber dem Gesetzeswortlaut sei indessen nur sehr restriktiv zu handhaben. Nicht legitimiert sei bspw., wer, ohne Selbstbewirtschafter zu sein, das Grundstück kaufen möchte, auch dann nicht, wenn er sich auf Art. 64 Abs. 1 lit. f BGBB berufe und geltend mache, der Erwerber, der die Bewilligung erhalten habe, sei gar nicht Selbstbewirtschafter. Art. 64 Abs. 1 lit. f BGBB wolle nicht den Erwerber schützen, der nicht Selbstbewirtschafter sei, sondern den *landwirtschaftlichen Veräusserer* (E. 4.3).

[185] Nach Art. 64 Abs. 1 lit. f BGBB sei die Bewilligung bei fehlender Selbstbewirtschaftung nur zu erteilen, wenn trotz öffentlicher Ausschreibung zu einem nicht übersetzten Preis kein Angebot eines Selbstbewirtschafters vorliege. Eine solche öffentliche Ausschreibung erfolge, wenn dem Angebot des verkaufswilligen Landwirts keine Nachfrage eines Selbstbewirtschafters gegenüberstehe. Die Beschwerdelegitimation des Selbstbewirtschafters schliesse an die öffentliche Ausschreibung an, in welcher er ein Angebot eingereicht habe. Vorliegend hätte jedoch gar keine öffentliche Ausschreibung i.S.v. Art. 64 Abs. 1 lit. f BGBB stattgefunden, sondern die *Veräusserung des Baurechts hätte im Rahmen der konkursamtlichen Liquidation stattgefunden*, weil die nächsten gesetzlichen Erben die Erbschaft ausgeschlagen hätten (E. 4.4). Das Verwaltungsgericht habe den Beschwerdeführern zu Recht die Legitimation zur Beschwerde nach Art. 83 Abs. 3 BGBB abgespro-

chen (E. 4.8). In den Augen des Bundesgerichts erwies sich die Beschwerde als unbegründet und war daher abzuweisen (E. 5).

e. Beschwerdelegitimation gemäss Art. 83 Abs. 3 BGBB

[186] Im französischen *Entscheid 2C_926/2022 vom 13. Juni 2023* hatte sich das Bundesgericht u.a. mit Fragen im Zusammenhang mit der *Beschwerdelegitimation nach Art. 83 Abs. 3 BGBB* auseinanderzusetzen. Im Zusammenhang mit seinen vorgebrachten Rügen habe der Beschwerdeführer eine *Verletzung seines rechtlichen Gehörs* geltend gemacht, wobei eine solche nicht habe festgestellt werden können (E. 4 ff.). Im Weiteren habe der Beschwerdeführer eine *unrichtige Sachverhaltsfeststellung* gerügt, wobei auch diese Rüge ins Leere gegangen sei (E. 5 ff.). Der Beschwerdeführer habe sodann geltend gemacht, die Vorinstanz hätte Art. 83 Abs. 3 BGBB verletzt, indem sie ihm die Beschwerdelegitimation abgesprochen habe (E. 6). Das Bundesgericht rekapitulierte die Grundsätze des Erwerbs von landwirtschaftlichen Grundstücken bzw. Gewerben und die Rechtsprechung bezüglich den damit zusammenhängenden Beschwerdelegitimierungen (E. 6.1.1 ff.). Rechtsprechungsgemäss habe der Verkäufer keine Beschwerdelegitimation in Anwendung von Art. 83 Abs. 3 BGBB gegen die Erteilung einer Erwerbsbewilligung, wenn der entsprechende Kaufvertrag über ein landwirtschaftliches Grundstück oder Gewerbe durch die entscheidkompetente Behörde gebilligt worden sei; in Ermangelung eines rechtlich geschützten Interesses komme ihm keine Beschwerdelegitimation zu (E. 6.1.3. m.H. auf die Rechtsprechung). Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass die Vorinstanz Art. 83 Abs. 3 BGBB nicht verletzt hat, indem sie dem Beschwerdeführer die Beschwerdelegitimation im vorliegenden Fall abgesprochen hat (E. 6.3). Die Beschwerde wurde abgewiesen (E. 7).

[187] Als Hinweis sei angefügt, dass sich das Bundesgericht in einem weiteren französischen Entscheid, *Urteil 2C_752/2022 vom 16. Mai 2023*, ebenfalls mit der Beschwerdelegitimation nach Art. 83 Abs. 3 BGBB auseinanderzusetzen hatte.

Prof. Dr. iur. BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER, LL.M., Konsulentin in einer Anwaltskanzlei 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 von Prof. Barbara Graham-Siegenthaler, welcher im Rahmen der Express-Fortbildung für Anältinnen und Anwälte am 14. Juni 2023 organisiert durch die «Weiterbildung Recht» an der Universität Luzern gehalten und zusätzlich als Live-Stream und Webinar aufgeschaltet wurde, wobei in der nun vorliegenden Fassung noch gewisse zusätzliche Bundesgerichtsentscheide berücksichtigt werden konnten.