

Barbara Graham-Siegenthaler

Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sachenrecht

Die vorliegende kommentierte Rechtsprechungsübersicht zum Sachenrecht zeigt die wichtigsten Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sachenrecht vom 22. Juli 2017 bis zum 21. Juli 2018. Angeknüpft wird an die Übersicht in Jusletter vom 14. August 2017. Es soll den am Sachenrecht interessierten Praktikern ein effizienter Überblick über die aktuelle bundesgerichtliche Praxis geboten werden, wobei alle in der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtentscheide publizierten Urteile wie auch einige nur im Internet zugängliche Entscheide berücksichtigt wurden.

Beitragsarten: Kommentierte Rechtsprechungsübersicht
Rechtsgebiete: Sachenrecht

Zitiervorschlag: Barbara Graham-Siegenthaler, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sachenrecht, in: Jusletter 20. August 2018

Inhaltsübersicht

1. Grundeigentum (Art. 641 ff. ZGB)
 - a. Duldung einer Baugrubensicherung (Art. 641 Abs. 2 i.V.m. 667 Abs. 1 ZGB)
 - b. Eigentumsklage und privatrechtliche Abwehransprüche (Art. 641 Abs. 2, 928/929 ZGB; sog. Skipistenfall)
2. Inhalt und Beschränkungen des Grundeigentums (Art. 667 ff. ZGB)
 - a. Anspruch auf Beseitigung eines Überbaus (Art. 641 Abs. 2, 674 ZGB)
 - b. Nachbarrecht (Art. 679 i.V.m. 684 ZGB; sog. Kompostfall)
 - c. Übermässige Einwirkungen auf das Eigentum des Nachbarn (Immissionen i.S.v. Art. 684 ZGB; sog. Kuhglockenfall)
 - d. Prioritätsordnung bei der Einräumung eines Notwegrechts (Art. 694 ZGB)
 - e. Notwegrecht und Kriterium des «genügenden Zugangs» (Art. 694 ZGB)
 - f. Notwegrecht; Voraussetzung der bestimmungsgemässen Nutzung des Grundstücks
3. Stockwerkeigentum (Art. 712a ff. ZGB)
 - a. Beschlussquorum bei Begründung eines Sonderrechts (Art. 712g Abs. 4 ZGB)
 - b. Aufhebung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümerversammlung (Art. 647b Abs. 1 i.V.m. 712g Abs. 1 ZGB)
 - c. Anfechtung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümerversammlung (Art. 712g i.V.m. 648 Abs. 2 ZGB)
 - d. Veräusserung von Stockwerkeigentumsanteilen bei Ausschluss (Art. 649b Abs. 3 ZGB)
 - e. Abberufung der Verwaltung (Art. 712r Abs. 2 ZGB)
4. Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730 ff. ZGB)
 - a. Näherbaurecht (Art. 730 ff. ZGB)
 - b. Beschränkung der Höhe von Anpflanzungen (Grunddienstbarkeit; sog. actio confessoria; Art. 730 Abs. 2 ZGB)
 - c. Löschung einer Dienstbarkeit (Art. 736 ZGB)
 - d. Fahrwegrecht, Verlegung einer Dienstbarkeit, Grundsatz der natürlichen Publizität und Untergang einer Dienstbarkeit (Art. 736 i.V.m. 742 ZGB)
 - e. Löschung eines Wegrechts (Art. 736 Abs. 1 ZGB)
 - f. Löschung einer Grunddienstbarkeit (Art. 736 Abs. 1 i.V.m. 738 ZGB)
 - g. Störung eines Fuss- und Fahrwegrechts (Art. 737 Abs. 3 ZGB)
 - h. Wegrechte und Tragweite einer Dienstbarkeit (Art. 743 ff. ZGB)
5. Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten (Art. 745 ff. ZGB)
 - a. Baurecht und Vereinbarung über den Heimfall (Art. 675, 779, 779a ff. ZGB)
 - b. Fahrnisbaute (Art. 677 ZGB; sog. Schwimmbadfall)
6. Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ff. ZGB)
 - a. Definitive Eintragung und Fristberechnung (Art. 839 Abs. 2 i.V.m. 961 Abs. 3 ZGB)
 - b. Weitere Fälle zum Bauhandwerkerpfandrecht
7. Schuldbrief (Art. 842 ff. ZGB)
8. Besitz (Art. 919 ff. ZGB)
 - a. Klage aus Besitzesentziehung (Voraussetzungen und Besitzesverlust infolge einer unerlaubten Entziehung; Art. 927 Abs. 1 ZGB)
 - b. Eigentumsklage und Besitzeschutz (Art. 641 und 714 Abs. 2 ZGB)
9. Grundbuchrecht (Art. 942 ff. ZGB)
 - a. Einsichtsrecht in das Grundbuch (Art. 970 Abs. 1 und 2 ZGB)
 - b. Eintragung eines bedingten Wohnrechts im Grundbuch (Art. 776, 746 ZGB; Art. 47 GBV)
10. Bewilligungsgesetz: Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland; wirtschaftliche Identität des Käufers (Art. 12 lit. c BewG).

1. Grundeigentum (Art. 641 ff. ZGB)

a. Duldung einer Baugrubensicherung (Art. 641 Abs. 2 i.V.m. 667 Abs. 1 ZGB)

[Rz 1] Im Entscheid 5A_245/2017 vom 4. Dezember 2017 hatte sich das Bundesgericht zu Umfang und Ausdehnung des Eigentumsrechts in vertikaler Hinsicht im Zusammenhang mit einer Baugrubensicherung zu äussern, wobei folgender Sachverhalt zu beurteilen war: Die B. AG als Eigentümerin der Parzelle Nr. 474 plante den Ersatz des Gebäudes auf ihrem Grundstück durch einen Neubau, was den Aushub einer Baugrube bedingte. Die hangaufwärts gelegenen Parzellen Nrn. 475 (mit Gebäude) und 641 des Nachbarn A. und die Parzelle mit dem geplanten Neubau befanden sich in einer bekannten Rutschmasse, weshalb für den Neubau eine Baugrubensicherung mittels temporär verspannter Verankerung erforderlich war. Hierfür sollten unter den Parzellen von A. sog. Erdanker und Bodennägel angebracht werden. Zusätzlich wurde von der Bauherrschaft ein Gutachten vorgelegt, welches zeigte, dass der Anschnitt des Hangs durch den Baugrubenaushub unproblematisch sei. A. verweigerte die Zustimmung zu den geplanten Massnahmen trotzdem und machte eine Gefährdung seiner Liegenschaft geltend.

[Rz 2] Die B. AG klagte darauf gegen A. und verlangte die Duldung der Verankerung gegen Entschädigung. Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, ob die vorgesehene Baugrubensicherung den Beschwerdeführer A. als Grundeigentümer treffe, weil unter seinen Parzellen Erdanker und Bodennägel angebracht und für die Bauzeit verspannt werden sollten (E. 3). Das Bundesgericht erinnert zunächst daran, dass nach Art. 641 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches (ZGB) der Eigentümer einer Sache das Recht hat, jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren. Gemäss Art. 667 Abs. 1 ZGB erstreckt sich das Eigentum an Grund und Boden nach unten nur soweit auf das Erdreich, als für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht. Das dabei vorausgesetzte schutzwürdige Interesse besteht in Bezug auf einen bestimmten Raum unter dem Erdboden nur, wenn der Eigentümer diesen Raum beherrschen und darin aus dem Eigentum fließende Nutzungsbefugnisse ausüben kann (*positives Interesse*), oder wenn Vorkehren Dritter die Nutzung des Grundstücks in diesem Raum beeinträchtigen würden (*negatives Interesse*; E. 3.1).

[Rz 3] Der Beschwerdeführer rügte, die Vorinstanz habe zu Unrecht das schutzwürdige Interesse verneint und Art. 667 Abs. 1 ZGB willkürlich angewendet. Er bezog sich dabei insbesondere auf den BGE 132 III 353, bei dem Erdanker in einer Tiefe von 20 bis 43 Metern betroffen waren und das Ausübungsinteresse bejaht worden war. Das Bundesgericht führte aus, dass es auf den vorliegenden Einzelfall und dessen Beurteilung ankomme und wies darauf hin, dass es für den Untergrund – wie für den Luftraum – keine bestimmte Schwelle gäbe, bis zu welcher ein Ausübungsinteresse per se angenommen würde. Zwar habe der Bundesrat einmal (gestützt auf BGE 122 II 247) die Ansicht vertreten, das Grundeigentum würde sich zumindest in eine Tiefe von 7 bis 8 Meter erstrecken, was jedoch nicht vereinbar mit der Gerichtspraxis sei. Offen liess das Bundesgericht im Folgenden die Frage, wie weit in die Tiefe sich das Eigentümerinteresse zur Nutzung der Erdwärme erstreckt (E. 3.4).

[Rz 4] Bezüglich der Widerklage war zudem zu beurteilen, ob A. der B. AG auf *ihrer* Parzelle bereits den Hanganschnitt, der für die Baugrubensicherung erforderlich war, verbieten lassen kann. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass mögliche Beeinträchtigungen durch den Hanganschnitt nach Art. 685 i.V.m. Art. 679 ZGB (Nachbarrecht) zu beurteilen seien, somit nach denjenigen Bestimmungen, die sich auf Einwirkungen direkt unter der Nachbarparzelle beziehen (E. 4.1). Das beantragte präventive Verbot i.S.v. Art. 679 ZGB setzt gemäss Bundesgericht voraus, dass der

Anschnitt bei der B. AG das Erdreich auf den Parzellen des A. in Bewegung bringt oder gefährdet oder vorhandene Vorrichtungen darauf beeinträchtigt (Art. 685 Abs. 1 ZGB). Gleich wie bei Anwendung von Art. 684 ZGB verbiete Art. 685 ZGB nur übermässige Einwirkungen (E. 4.1). Solche waren vorliegend jedoch zu verneinen. Das Bundesgericht hielt abschliessend fest, dass es bei der Einbringung der Erdanker und Bodennägel um Eigentümerinteresse nach Art. 667 Abs. 1 ZGB geht und beim Hanganschnitt dagegen eine nachbarrechtliche Einwirkung im dargelegten Sinne betroffen ist (E. 4.3).

b. Eigentumsklage und privatrechtliche Abwehransprüche (Art. 641 Abs. 2, 928/929 ZGB; sog. Skipistenfall)

[Rz 5] Im Entscheid 5A_676/2017 vom 16. Oktober 2017 hatte sich das Bundesgericht mit der Duldungspflicht eines Eigentümers, über dessen Grundstück eine Skipiste führte, zu befassen. Der Verein A. (Beschwerdeführer) betrieb auf den Grundstücken von C. eine Skipiste. Diese erstreckte sich über mehrere Grundstücke in der Landwirtschaftszone, welche von einer Skizone überlagert wurde. C. erhob dagegen Eigentumsfreiheits- und Besitzesschutzklage und beantragte ein Verbot der Befahrung seiner Grundstücke mit Pistenfahrzeugen.

[Rz 6] Der Eigentümer hat das Recht, jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren (Art. 641 Abs. 2 ZGB), und der Besitzer kann Klage erheben, wenn sein Besitz durch verbotene Eigenmacht gestört wird (Art. 928 Abs. 1 ZGB; E. 2.1). Das Bundesgericht erwog, dass der Eigentumsschutz eine ungerechtfertigte Einwirkung voraussetzt. Eine Einwirkung gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB sei darin zu erblicken, dass ein Skigebiet durch Pistenfahrzeuge präpariert und von einer Vielzahl von Skifahrern benutzt werde. Streitig sei folglich, ob die Einwirkung ungerechtfertigt sei, d.h. ob keine auf öffentlichem oder privatem Recht gründende Pflicht des Grundeigentümers zu ihrer Duldung bestehe (vgl. BGE 132 III 651). Da weder eine obligatorische noch eine dingliche Berechtigung die Grundstücke des Beschwerdegegners zu nutzen bestand, seien vorliegend gesetzliche Duldungspflichten zu prüfen (E. 2.1). Unangefochten seien die kantonalen Instanzen davon ausgegangen, dass sich der Skisport unter Einsatz von Pistenfahrzeugen auf den Grundstücken des Beschwerdegegners nicht auf das gesetzliche Zutrittsrecht gemäss Art. 699 ZGB stützen lasse (E. 2.2). Vorfrageweise prüften die Vorinstanzen, ob sich eine Pflicht aus dem öffentlichen Recht (insbesondere dem Raumplanungsrecht) ergäbe. Dabei kamen sie zum Schluss, dass die Skizone einzig der Schaffung von Freiflächen für den Skisport diene, aber keine gesetzliche Grundlage dafür abgebe, die den Grundeigentümer verpflichtet, das Befahren seiner Grundstücke mit Pistenfahrzeugen zu dulden (E. 2.3).

[Rz 7] In der Sache brachte der Beschwerdeführer vor, die Annahme sei willkürlich, der Eingriff in das Eigentum des Beschwerdegegners sei schwer. Das Befahren fremder Grundstücke mit Pistenfahrzeugen zwecks Herstellung und Unterhalts der Skipisten sei nur ein leichter Eingriff; daher hätten Skiliftbetreiber Anspruch auf Pistenpräparation auch auf fremden Grundstücken. Der Beschluss des Gemeinderats U., der das Befahren und Präparieren der Skipisten auf dem Grundstück gestattet, hätte die Qualität einer hoheitlichen Anordnung; welche für den leichten Eingriff genüge (E. 6).

[Rz 8] Das Bundesgericht führte dazu aus, dass das Kantonsgericht gerichtsnotorisch von einem schwerwiegenden Eingriff ausgegangen sei; es habe dann aber dafürgehalten, dass es offenbleiben könne, wie schwer der Eingriff sei, weil selbst ein leichter Eingriff voraussetze, dass sich eine Duldungspflicht aus einem Gesetz (und wie hier aus der Einzonung der Grundstücke in

die Skizzone) ergebe. Der Vorwurf der Willkür sei damit unberechtigt (E. 6). Der Beschwerdeführer stütze sein Eingriffsrecht auf den Beschluss des Gemeinderats von U., welcher jedoch nicht rechtskräftig war. Damit war er für die vorfrageweise Überprüfung durch das Kantonsgericht nicht massgebend. Das Kantonsgericht war zum Ergebnis gelangt, dass sich aus den Bestimmungen über die Skizzone keine gesetzliche Verpflichtung des Grundeigentümers ableiten lasse, das Befahren seiner Grundstücke mit Pistenfahrzeugen dulden zu müssen. Fehlt es an einer Duldungspflicht, durften die kantonalen Gerichte eine ungerechtfertigte Einwirkung im Sinne von Art. 641 Abs. 2 ZGB bejahen und die Klage des Grundeigentümers gutheissen (E. 6).

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

a. Anspruch auf Beseitigung eines Überbaus (Art. 641 Abs. 2, 674 ZGB)

[Rz 9] Im Entscheid 5A_891/2017 vom 12. April 2018 hatte sich das Bundesgericht mit der heiklen Frage zu befassen, wann ein unberechtigter Überbau nach Art. 674 ZGB vom Überbauenden tatsächlich zu entfernen ist und wann sich dieser wegen längerer Duldung auf Art. 674 Abs. 3 ZGB berufen kann. Das Bundesgericht hielt in seinem Urteil fest, dass ein Rechtsverlust voraussetzt, dass die berechtigte Person die Zuwiderhandlung während einer langen Zeit geduldet hat und der Störer, der inzwischen eine schützenswerte Position erlangt hat, in gutem Glauben auf die Nichtgeltendmachung des Berechtigten vertrauen durfte (E. 2.2.2). Das Bundesgericht hält sodann fest, dass die Forderung gestützt auf Art. 641 Abs. 2 ZGB alle Formen von Störungen betreffe. Ein Rechtsmissbrauch sei in diesem Kontext nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen, und im Zweifel sei das formelle Recht aus dem Eigentum zu schützen. Je absoluter das formelle Recht, desto restriktiver sei ein Rechtsmissbrauch anzunehmen. Dies gelte insbesondere für das absolute Recht des Eigentums (E. 2.2.3).

b. Nachbarrecht (Art. 679 i.V.m. 684 ZGB; sog. Kompostfall)

[Rz 10] Im Urteil 5A_774/2017 vom 12. Februar 2018 hatte sich das Bundesgericht mit folgendem Sachverhalt zu befassen: Im März 2015 stellte der Eigentümer einer Liegenschaft unweit der Gartenwirtschaft des benachbarten Restaurants einen Kompost auf. Die Aufforderung der Wirtin, den Kompost zu entfernen, ignorierte der Nachbar, so dass sich diese an das Zivilkreisgericht wenden musste, welches dem Gesuch superprovisorisch stattgab. Die Beschwerdeführerin machte nachbarrechtliche Abwehransprüche gemäss Art. 679 i.V.m. Art. 684 ZGB geltend. Der Nachbar musste den Kompostbehälter somit vorerst entfernen. Das Kantonsgericht hiess im August 2017 die Berufung des Nachbars gegen diesen Entscheid gut und hob die vorsorgliche Massnahme auf, wobei es der Ansicht Ausdruck verlieh, ein Kompost ströme nicht zwingend üble Gerüche aus. Gemäss allgemein zugänglichem Wissen entwickle ein «gut gepflegter Kompost» keine Geruchsbelästigungen. Das Bundesgericht schloss sich dieser Einschätzung an. Es weist darauf hin, dass gemäss Art. 684 Abs. 1 ZGB jedermann verpflichtet ist, bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich bei dem Betrieb eines Gewerbes auf seinem Grundstück, sich übermässigen Einwirkungen auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten. Neben den in Art. 684 Abs. 2 ZGB beispielhaft als verboten aufgezählten materiellen Immissionen (Lärm, üble Gerüche usw.) und den negativen Immissionen (Lichtentzug usw.) untersagt die Rechtsprechung auch – hier nicht zur Debatte stehende – ideelle oder immaterielle Immissionen (E. 2). Der Re-

staurantbesitzerin war es *in casu* nicht gelungen zu zeigen, dass von Kompostbehältern regelmässig nicht unerhebliche Geruchsbelästigungen ausgehen (E. 4.1.2).

c. Übermässige Einwirkungen auf das Eigentum des Nachbarn (Immissionen i.S.v. Art. 684 ZGB; sog. Kuhglockenfall)

[Rz 11] Im Entscheid 5A_889/2017 vom 20. April 2018 hatte sich das Bundesgericht zu nächtlichen Lärmimmissionen aufgrund von Kuhglockengeläute zu äussern. Es stützte sich in seinen Erwägungen auf Art. 684 Abs. 1 ZGB, wonach jedermann verpflichtet ist, bei der Ausübung seines Eigentums, sich aller übermässigen Einwirkungen auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten. Verboten sind alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen. In tatsächlicher Hinsicht war festgestellt worden, dass das Kuhglockengeläute nicht übermässig war, indem dieses auf dem Balkon vor dem Schlafzimmer zwar gut bei geschlossener Balkontüre jedoch nicht hörbar war (E. 3). Gestützt auf BGE 101 II 248 E. 6 konkretisiert das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung dahingehend, dass nicht jede unnötig störende Immission in der Nacht als übermässig zu taxieren sei (E. 5.1). Der Nachbar müsse sich auch nachts jene Immissionen gefallen lassen, welche ein durchschnittlich sensibler Nachbar als nicht übermässig wahrnehme. Somit war der Ermessensentscheid der Vorinstanz nicht zu beanstanden.

d. Prioritätsordnung bei der Einräumung eines Notwegrechts (Art. 694 ZGB)

[Rz 12] Der Entscheid 5A_777/2017 vom 29. Januar 2018 gab dem Bundesgericht die Gelegenheit, Fragen bezüglich eines Notwegrechts und der Prioritätsordnung bei der Einräumung eines solchen gestützt auf Art. 694 Abs. 2 und 3 ZGB zu klären, wobei folgender Sachverhalt zur Beurteilung stand: B. war alleiniger Eigentümer der Parzelle Nr. 2104 in der Gemeinde U., welche über keinen befahrbaren Zugang zu einer öffentlichen Strasse verfügte. Im Westen wurde das Grundstück durch die Parzellen Nrn. 3770 und 3771 vom Weg D. abgeschnitten und im Osten durch die Parzellen Nrn. 2177 und 2179 (im Miteigentum von C. und A.) vom Weg E. Es bestanden verschiedene Dienstbarkeiten zugunsten der Parzelle Nr. 2104:

[Rz 13] zwei Fusswegdienstbarkeiten zu Lasten der Parzellen Nrn. 3770 und 3771, welche am 15. Mai 1924 und 27. Januar 1933 ins Grundbuch eingetragen wurden;

[Rz 14] eine Fuss- und Fahrwegdienstbarkeit für kleine Fahrzeuge von zwei Meter Breite, welche am 28. November 1959 zu Lasten der Parzelle Nr. 2177 eingetragen wurde. Diese Dienstbarkeit erlaubte B., die angrenzende Parzelle Nr. 2177 bis an die westliche Grenze des Grundstückes Nr. 2179 zu überqueren. Diese letztere Parzelle war mit einer Wegdienstbarkeit zu Gunsten der Parzelle Nr. 2177, nicht jedoch mit einer Dienstbarkeit zu Gunsten des Grundstückes Nr. 2104, belastet.

[Rz 15] B. hatte sein Grundstück Nr. 2104 durch Schenkung von seinem Vater am 14. Dezember 2000 erworben. Ursprünglich hatten alle erwähnten Parzellen F. gehört.

[Rz 16] Am 8. November 2012 verlangte B. von den Miteigentümern C. und A., die Gewährung eines Notwegrechts auf ihrer Parzelle Nr. 2179 zu Gunsten seiner Parzelle Nr. 2104 gegen eine Entschädigung. Während A. sich nicht darauf einliess, erklärte sich C. unter gewissen zusätzli-

chen Bedingungen dazu bereit, ein solches Recht zu begründen. Als daraufhin B. die Eintragung beim Grundbuchamt beantragte, forderte A. deren Abweisung. Die erste Instanz wies den Antrag auf Eintragung ab. Die Berufung von B. wurde hingegen gutgeheissen und das Urteil im Sinne von B. korrigiert. A. beantrage darauf mittels Zivilklage und subsidiärer Verfassungsbeschwerde die Abänderung des kantonalen Entscheids.

[Rz 17] Das Bundesgericht trat wegen fehlendem Streitwert nur auf die *subsidiäre Verfassungsbeschwerde* ein. Die Beschwerdeführerin rügte eine willkürliche Anwendung von Art. 694 Abs. 2 ZGB (E. 4.3). Zunächst erinnert das Bundesgericht daran, dass sofern der Eigentümer keinen genügenden Weg von seinem Grundstück auf eine öffentliche Strasse hat, der Anspruch des Notwegrechts sich in erster Linie gegen den Nachbarn richte, dem die Gewährung des Notweges *aufgrund der früheren Eigentums- und Wegverhältnisse am ehesten zugemutet* werden könne, und im weiteren gegen denjenigen, für den der Notweg am wenigsten schädlich sei (E. 4.4.1). Diese Prioritätenordnung sei im Falle mehrerer möglicher zu belastender Grundstücke zu berücksichtigen. So werde, falls die Parzelle aufgrund der Teilung eines Grundstückes oder der Veräusserung einer angrenzenden Parzelle des gleichen Eigentümers keinen Zugang mehr zu einer öffentlichen Strasse habe, das Wegrecht auf jenem anderen Grundstück ausgeübt, welches noch über einen Zugang verfüge (E. 4.4.1).

[Rz 18] Die existierenden Zugangswege, welche sich jedoch hinsichtlich der aktuellen Bedürfnisse als ungenügend erwiesen, namentlich weil der Weg zu schmal und der Zugang mit einem Motorfahrzeug nicht möglich sei, würden ebenfalls berücksichtigt. Nur wenn kein Grundstück diesen Kriterien entspreche, d.h. sofern der Notzustand weder durch eine Änderung der Liegenschaftsverhältnisse noch der Zugangswege verursacht worden sei, könne das Wegrecht gegenüber demjenigen Grundeigentümer verlangt werden, für den der Notweg am wenigsten schädlich sei. Bei der Interessenabwägung sei insbesondere der durch die Errichtung der Dienstbarkeit verursachte Schaden zu berücksichtigen (E. 4.4.1).

[Rz 19] Das Bundesgericht folgert, dass dasjenige Grundstück, welches mit einem Notwegrecht zu belasten sei, nicht unbedingt jenes sein müsse, welches die *kürzeste Verbindung* zu einer öffentlichen Strasse biete, noch jenes, welches am günstigsten für den Berechtigten sei. Der frühere Zustand der Liegenschaften und der Zugangswege stehe im Vordergrund (E. 4.5). Soweit die Berücksichtigung des Kriteriums des früheren Zustandes der Zugangswege die Errichtung einer neuen Dienstbarkeit erfordere, kann gemäss Bundesgericht nicht gesagt werden, dass dieser Zugang vorgehe. Folglich liege vorliegend keine Willkür vor, indem das kantonale Gericht das Kriterium des am wenigsten schädigenden Zugangs gewählt habe (E. 4.5).

[Rz 20] Bezüglich letzterem Kriterium hielt die Vorinstanz auf der Basis des Expertenberichts fest, dass die Zugänge über Westen und Norden den physischen Zustand der überquerten Oberflächen stärker in Mitleidenschaft ziehen und Arbeiten von grösserer Tragweite verlangen würden. Die Nachteile seien viel kleiner, sofern der Zugang über die Parzelle der Beschwerdeführerin erfolge, da es sich zwischen diesem und dem Grundstück der Beschwerdegegnerin um relativ flaches Gelände handle. Hinzu komme, dass die zu belastende Parzelle bereits Gegenstand eines Wegrechtes zugunsten der Parzelle Nr. 2177 sei, weshalb das neue Wegrecht ohne Weiteres in diesem Ausmass ausgeübt werden könne.

[Rz 21] Bei dieser Entscheidung ist anzumerken, dass das Bundesgericht im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde nur zu prüfen hatte, ob die Begründung der kantonalen Vorinstanz aufgrund ihrem Abstellen auf die am wenigsten schädliche Lösung für den angebehrten Notweg – nämlich über das Grundstück der Beschwerdeführerin – als willkürlich einzustufen war. Dies

verneinte das Bundesgericht und wies u.a. auf das relativ flache Terrain und auf den Umstand hin, dass dieses Grundstück bereits mit einem anderen Notwegrecht belastet worden war (vgl. dazu insb. E. 5).

e. Notwegrecht und Kriterium des «genügenden Zugangs» (Art. 694 ZGB)

[Rz 22] Der Entscheid des Bundesgericht 5A_356/2017 vom 18. Dezember 2017 betraf ebenfalls ein Notwegrecht i.S.v. Art. 694 ZGB, wobei insbesondere die Voraussetzung des «genügenden Zugangs» zur Beurteilung stand. Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: B.B. und C.B. hatten 1981 eine Parzelle mit einer Villa gekauft. Die Villa der Eheleute befand sich etwa auf Höhe der Hälfte eines Hanges zwischen den beiden Strassen V. und W. an der Spitze der Parzelle Nr. xx. Sie war lediglich zu Fuss über eine Treppe mit 76 Stufen erreichbar. Die Anfrage von C.B., einen Teil des Grundstückes von A. zu erwerben oder ein Wegrecht darauf zu erhalten, damit er und seine Frau altersbedingt Zugang mit einem Fahrzeug bis zum Haus hätten, lehnte A. als Eigentümerin der Parzelle Nr. yy ab. Daraufhin erhoben die Eheleute Klage gegen A. auf Einräumung eines Notwegrechts zu Gunsten ihrer Parzelle Nr. xx und zu Lasten der Parzelle Nr. yy gegen eine volle Entschädigung von CHF 14'000. Im Gegensatz zur ersten Instanz hiess das Kantonsgericht die Klage teilweise gut und sprach den Eheleuten ein Notwegrecht gegen Entschädigung zu.

[Rz 23] Zunächst stellte das Bundesgericht in seinen Erwägungen fest, dass es sich bei Art. 694 Abs. 1 ZGB um einen Fall von wirklicher Notwendigkeit («*véritable nécessité*») handeln müsse (E. 3.4.1; vgl. BGE 136 III 130, E. 3.1). Eine solche liege vor, wenn die Benutzung oder Bewirtschaftung nach dem Zweck des Grundstückes verlange, dass ein Zugang zu einer öffentlichen Strasse bestehe und dieser nicht vorhanden oder stark eingeschränkt sei. Die Möglichkeit einen bestehenden Zugang zu verbessern sowie Gründe der Annehmlichkeit vermögen indes keine Wegnot zu begründen. Gemäss Rechtsprechung könne der Eigentümer eines Grundstückes in einer Wohnzone aber einen Anspruch darauf erheben, über einen Zugang zu seiner Parzelle mit einem Motorfahrzeug zu verfügen, sofern die topographischen Gegebenheiten dies erlauben (E. 3.4.1; vgl. BGE 136 III 130, E. 3.3.3).

[Rz 24] Die Gegebenheit einer Notsituation hänge grundsätzlich von den konkreten Umständen ab. *In casu* verneinte das Bundesgericht eine solche Notsituation, da die Parzelle über einen Zugang zu einer öffentlichen Strasse verfügte und die Benützung der Treppe (mit 76 Stufen und einem Höhenunterschied von ca. 12 m) als zumutbar beurteilt wurde (E. 3.5.2). Zudem ermöglichten es die konkreten Umständen, dass ein Parkplatz am Fuss der Treppe installiert werden könnte und gleichzeitig die Installation eines äusseren Lifts ohne übermässige Kosten realisierbar wäre, so dass der existierende Zugang verbessert werden könnte. Die damit verbundenen Unannehmlichkeiten bzw. Nachteile der Beschwerdegegner – wie Langsamkeit des Liftes – wurden vom Bundesgericht als tragbar erachtet, so dass unter diesen Umständen das Grundstück über einen genügenden Zugang verfügte und damit die Voraussetzungen für ein Notwegrecht i.S.v. Art. 694 Abs. 1 ZGB nicht erfüllt waren (vgl. E. 3.5.2).

f. Notwegrecht; Voraussetzung der bestimmungsgemässen Nutzung des Grundstücks

[Rz 25] Auch der Entscheid 5A_713/2017 vom 7. Juni 2018 betraf die Frage der Voraussetzung für die Einräumung eines Notwegrechts i.S. eines Fuss- und Fahrwegrechts sowie eines Viehfahrwegrechts. Nachdem das Bundesgericht die Festlegung des Streitwerts in solchen Konstellationen geklärt hatte (mit Ablehnung, dass dieser fix 10 bis 20 % des Verkehrswertes der Liegenschaft betrage; diese Prozentregel gälte nur für die Entwertung des mit dem Notwegrecht belasteten Grundstücks; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_796/2013 vom 17. März 2014, E. 1.2.3), war nur die erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu beurteilen (E. 1.4).

[Rz 26] Hinsichtlich den materiell-rechtlichen Gesichtspunkten rekapitulierte das Bundesgericht zunächst, dass die Einräumung eines Notwegrechts eine Wegnot voraussetze, die dann vorliege, wenn einem Grundeigentümer die zur bestimmungsgemässen Benutzung seines Grundstücks erforderliche Verbindung zu einer öffentlichen Strasse überhaupt fehle oder sich der vorhandene Weg als ungenügend erweise (E. 2.1.1). Welches die bestimmungsgemässe Nutzung eines Grundstücks sei, ergäbe sich vorliegend aus dem öffentlichen Recht, namentlich aus dem öffentlichen Raumplanungsrecht (vgl. Raumplanungsgesetz [RPG]; E. 2.1.2).

[Rz 27] Die Vorinstanz ging bei der Frage der bestimmungsgemässen Nutzung des Grundstücks von einer Nutzung als Ferien- bzw. Wochenendhaus aus, nicht jedoch einer Nutzung als Dauerwohnsitz (E. 2.2). Der Beschwerdeführer stellte dies in Abrede, da sein Wohnhaus aus dem Geltungsbereich des landwirtschaftlichen Bodenrechts entlassen worden sei, weshalb es sich um ein ganzjährig bewohnbares Haus handle, so dass vorliegend eine bestimmungsgemässe Nutzung vorliege und damit auch der Anspruch auf ein unbeschränktes Notfahrwegrecht bestehen würde (E. 2.3). Dem konnte nach Auffassung des Bundesgerichts nicht gefolgt werden, denn vorliegend würden landwirtschaftsfremde Personen eine Liegenschaft in der Landwirtschaftszone bewohnen, was nicht zonenkonform sei und somit auch nicht bestimmungsgemäss (E. 2.4.1). Auch die Baubewilligungen, die der Beschwerdeführer für den Aus- und Umbau der Liegenschaft erhalten hatte, könne nichts daran ändern (E. 2.4.2). Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass es nicht verfassungswidrig bzw. willkürlich erscheine, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer unter dem Gesichtspunkt der bestimmungsgemässen Nutzung und mit Blick auf die örtliche Lage der beiden Liegenschaften nur ein begrenztes Notfahrwegrecht eingeräumt habe (E. 2.5).

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

a. Beschlussquorum bei Begründung eines Sonderrechts (Art. 712g Abs. 4 ZGB)

[Rz 28] Der Entscheid des Bundesgerichts 5A_474/2017 vom 8. März 2018 betraf ein neues Reglement einer Stockwerkeigentümergeinschaft, welches mit dem doppelten Mehr an Köpfen und Anteilen verabschiedet worden war, wobei vor Bundesgericht strittig war, ob Einstimmigkeit verlangt gewesen wäre. Das Bundesgericht erinnert zunächst daran, dass von Gesetzes wegen die Stockwerkeigentümergeinschaft ihre Beschlüsse grundsätzlich mit einfachem Mehr (Art. 67 Abs. 2 i.V.m. 712m Abs. 2 ZGB) fällt, wenn nicht das qualifizierte Mehr nach Köpfen und Anteilen bzw. Wertquoten oder sogar Einstimmigkeit vorgesehen ist (vgl. BGE 143 III 537, E. 4.2.3). Das Erfordernis der Einstimmigkeit gewährt jedem Mitglied ein Vetorecht und damit ei-

nen umfassenden Minderheitenschutz (E. 2.1). Bei Verletzung einer *zwingenden Bestimmung über die Einstimmigkeit* bzw. des Vetorechts ist zu prüfen, ob der Beschluss der Stockwerkeigentümer anfechtbar oder sogar nichtig ist (Art. 712m Abs. 2 i.V.m. 75 ZGB; vgl. BGE 143 III 537, E. 4.2; E. 2.2).

[Rz 29] Betroffen war folgender Sachverhalt: Die Brüder A., C. und D. sind Stockwerkeigentümer je einer Wohnung in einem Dreifamilienhaus. Anlässlich einer Stockwerkeigentümerversammlung stimmten sie über ein neues Reglement ab, wobei A. als einziger gegen die Änderung stimmte. Gemäss Art. 11 dieses Reglements sollte insbesondere ein Sondernutzungsrecht am bisher gemeinschaftlich genutzten Garten begründet werden, indem der Garten neu der Wohnung im Erdgeschoss zugewiesen werden sollte. A. rügte, er sei direkt betroffener Stockwerkeigentümer i.S.v. Art. 712g Abs. 4 ZGB, weil er den Garten und dessen Einrichtungen nach altem Reglement habe mitbenützen dürfen, was nach neuem Reglement nicht mehr der Fall sei.

[Rz 30] Das Bundesgericht führte aus, dass für die Begründung eines Sondernutzungsrechts an gemeinschaftlichen Teilen von Gesetzes wegen das Beschlussquorum nach Köpfen und Anteilen gemäss Art. 712g Abs. 3 ZGB erforderlich ist. Erst für die Änderung oder Aufhebung eines reglementarischen Sondernutzungsrechts bedürfe es neben des erwähnten Beschlussquorums auch der Zustimmung des direkt betroffenen Stockwerkeigentümers (E. 3.1.3). Da A. jedoch über kein Sondernutzungsrecht verfügte, konnte das Vetorecht i.S.v. Art. 712g Abs. 4 ZGB keine Anwendung finden (E. 3.1.3).

b. Aufhebung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümerversammlung (Art. 647b Abs. 1 i.V.m. 712g Abs. 1 ZGB)

[Rz 31] Beim Entscheid BGE 144 III 19 (= Urteil des Bundesgerichts 5A_521/2017 vom 27. November 2017) stand folgender Sachverhalt zur Beurteilung: A. (Beschwerdeführerin) war Eigentümerin von zwei Stockwerkeinheiten D2 und D4, welche intern verbunden und zusammen eine 8 1/2 Zimmer-Wohnung bildeten. Im Mai 2014 vermietete A. die Wohnungseinheit an die D. GmbH zur Nutzung für altersgerechtes begleitetes Wohnen. Daraufhin beschloss die Stockwerkeigentümerversammlung im September 2014, dass die Stockwerkeinheiten von A. *nicht umgenutzt* werden dürfen und A. den Mietvertrag aufzulösen habe. A. verlangte vor Bezirksgericht die Aufhebung dieses Beschlusses. Sowohl erst- als auch zweitinstanzlich wurde das Begehren abgewiesen. Die beiden Vorinstanzen gingen von einer reglementswidrigen Nutzung aus. Das Reglement bestimmte, dass die Stockwerkeinheiten nur zu den im Begründungsakt und im Reglement umschriebenen Zwecken verwendet werden dürfen. Die Tätigkeit der D. GmbH sei gewinnorientiert, weshalb die Vorinstanzen feststellten, die Nutzung sei *nicht mit dem Wohnzweck vereinbar*. Die vorliegende Art der Nutzung mit der Eingehung von Beherbergungs- und Betreuungsverträgen stelle eine gemischte Nutzung dar, die gegen das Reglement verstosse (E. 2).

[Rz 32] Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, ob die konkrete Nutzung mit der reglementarisch umschriebenen Widmung bzw. Nutzungsart vereinbar sei (E. 4). Es hielt zunächst fest, dass Stockwerkeigentümer in der Verwaltung, Benutzung und baulichen Ausgestaltung der im Sonderrecht stehenden Räume frei sind (Art. 712a Abs. 2 ZGB). Eingeschränkt werden könne diese Freiheit, wo der Aus- oder Umbau oder die Nutzung der Sonderrechtsteile die Zweckbestimmung oder die Benutzungsweise der gemeinschaftlichen Liegenschaft betreffe (E. 4.1; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_632/2011 vom 8. November 2011, E. 3.1). Zu unterscheiden sei die **Änderung der Benutzungsweise** einer Stockwerkeinheit von der geänderten Benutzungsweise einer

Stockwerkeinheit, die den **Gesamtcharakter der Liegenschaft verändere**. Während ersteres die doppelte Mehrheit nach Köpfen und Wertquoten bedarf, benötigt letzteres die Zustimmung aller Stockwerkeigentümer (E. 4.1). Da es sich vorliegend um ein Wohnhaus handle, könne der im Reglement umschriebene Zweck «Wohnen» sowohl als Widmung des Gebäudes als auch als *Umschreibung der zulässigen Nutzung* für die einzelnen Stockwerkeinheiten gelten.

[Rz 33] Mangels anderer Vorbringen war vom Bundesgericht einzig zu beurteilen, ob die Mieterin die Wohnung zu Wohnzwecken angemietet hat bzw. ob die konkrete Nutzung im Einklang mit der reglementarisch umschriebenen Nutzungsart steht (E. 4.2). Das Bundesgericht argumentiert wie folgt: Relevant für die Beurteilung der Nutzungsart sei, wie die Stockwerkeinheit insgesamt genutzt werde. Nur die Stockwerkeigentümer seien an das Reglement gebunden, woraus ihre Verpflichtung folge, die Stockwerkeinheiten reglementskonform zu nutzen und auch reglementskonform an Dritte zu überlassen (E. 4.4). Im strittigen Fall werde die Wohnung zum Betrieb eines Pflegeheimes genutzt, wobei dieses von einer darauf spezialisierten GmbH kommerziell betrieben werde. Dies gehe weit über den Begriff der Wohnungsnutzung hinaus, da die *Beherbergung von Dritten eine vom «Wohnen» abweichende Nutzung darstelle*. Eine solche Nutzung hätte sogar einen Einfluss auf den Gesamtcharakter des Gebäudes. Beim Betreuungs- und Pflegevertrag als Innominatkontrakt stehe die Betreuung und Pflege im Alter im Vordergrund. Die D. GmbH biete ein Dienstleistungspaket an, wobei der mietrechtliche Aspekt in den Hintergrund trete (E. 4.4). Daraus ergebe sich, dass der Betrieb eines Pflegeheims mit dem Wohnzweck der Liegenschaft nicht vereinbar sei und deshalb *in casu* eine unzulässige Nutzung vorliege (vgl. PHILINE GETZMANN, *Umnutzung einer Stockwerkeinheit*, in: dRSK, publiziert am 28. März 2018).

c. Anfechtung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümerversammlung (Art. 712g i.V.m. 648 Abs. 2 ZGB)

[Rz 34] Beim Entscheid BGE 143 III 537 ff. (= Urteil des Bundesgerichts 5A_79/2017 vom 17. November 2017) ging es um folgende Fragestellung: Gemäss neuem Stockwerkeigentümerreglement benötigte eine gültige Beschlussfassung der Stockwerkeigentümerversammlung die Anwesenheit der Hälfte aller Mitglieder, jedoch zumindest zwei, welche zusammen mindestens die Hälfte der Sache vertreten. Entschieden wurde nach Kopfstimmprinzip. Anlässlich einer späteren ausserordentlichen Stockwerkeigentümerversammlung, bei welcher alle Miteigentumsanteile vertreten waren, wurde diese Bestimmung geändert, und das Kopfstimmrecht wurde zu einem Stimmrecht pro Anteil. Diese Änderung wurde mit 11 Stimmen (zu einem Anteil von 832/1'000) zustimmend und 7 Stimmen (150/1'000) ablehnend mit einer Enthaltung angenommen. An einer weiteren ausserordentlichen Versammlung wurde über den Plan zu diversen Änderungen am Grundstück abgestimmt. Die Miteigentümer wurden darüber informiert, dass die Abstimmung pro Anteil erfolge, wogegen sich ein Teil der Miteigentümer vergeblich wehrte. Ihnen wurde entgegengehalten, dass dieser Abstimmungsmodus so im Grundbuch vermerkt sei. Dagegen erhoben die betroffenen Stockwerkeigentümer Klage. Vor Bundesgericht war streitig, ob die Entscheidung, von einem Kopfstimmrecht zu einem Stimmrecht pro Anteil überzugehen, infolge Verletzung einer zwingenden Quorumsbestimmung *als nichtig zu gelten* habe.

[Rz 35] Das Bundesgericht hielt fest, dass sich die Beurteilung nach den vereinsrechtlichen Regeln, d.h. nach Art. 75 i.V.m. 712m Abs. 2 ZGB, richte (E. 4.2.1). *Die Entscheidung unterliege grundsätzlich der Anfechtbarkeit und nur unter restriktiven Voraussetzungen der Nichtigkeit*. Anwendungsbeispiele der Nichtigkeit seien Entscheidungen, welche gegen die grundsätzliche Struktur des

Stockwerkeigentums verstossen oder Bestimmungen zum Schutze Dritter, namentlich Gläubiger, verletzen (E. 4.2.1). Die Frage der Rechtsfolge einer Verletzung von zwingenden Quorumsbestimmungen galt in Lehre und Rechtsprechung bisher als strittig (E. 4.2.1 m.z.H.). Die Stockwerkeigentümer können im Rahmen der dispositiven Normen die Anforderungen an die Mehrheiten ändern (E. 4.2.3). Zudem können sie ohne Weiteres die Berechnung der einfachen Mehrheit ändern und ein Stimmrecht pro Anteil anstatt pro Kopf vorsehen (Art. 67 Abs. 2 i.V.m. 712m Abs. 2 ZGB), wobei diese Änderung jedoch einstimmig erfolgen muss. Die vorliegende Änderung erfolgte mit einer qualifizierten Mehrheit, nicht jedoch mit Einstimmigkeit (E. 4.2.3 *in fine*). Dies hat gemäss Bundesgericht aber nicht die Nichtigkeit zur Folge. Die Möglichkeit pro Anteil abzustimmen sei zulässig. Die Rechtssicherheit fordere grundsätzlich, dass von einer Anfechtbarkeit auszugehen sei (E. 4.2.4). Schliesslich hielt das Bundesgericht fest, dass die Begründung von Stockwerkeigentum vor der Erstellung des Gebäudes zulässig sei (vgl. bereits BGE 134 III 597, E. 3.3.1; E. 4.3.1 m.z.H.).

d. Veräusserung von Stockwerkeigentumsanteilen bei Ausschluss (Art. 649b Abs. 3 ZGB)

[Rz 36] Im Entscheid des Bundesgerichts 5A_351/2017 vom 12. Dezember 2017 ging es darum, dass A. (Beschwerdeführer) aus der Stockwerkeigentumsgemeinschaft ausgeschlossen werden sollte, wobei er sich mittels Vergleichs zur Veräusserung seiner Anteile verpflichtet hatte. Da er dieser Veräusserungspflicht anschliessend nicht nachkam, verlangte B. die Verwertung der Liegenschaften. Das Betreibungsamt veranlasste darauf die Verkehrswertschätzung der betroffenen Grundstücke und ersuchte um *Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung* auf den zur Verwertung anstehenden Grundstücken von A. Letzterer verkaufte darauf seine Anteile, wobei er einen Teil davon an die C. AG veräusserte, welche er selber beherrschte. Streitig war darauffolgend die Löschung der Verfügungsbeschränkungen infolge der Veräusserungen, wogegen sich B. wehrte. A. beantragte anschliessend vor Bundesgericht die Aufhebung der Verfügungsbeschränkung auf den Grundstücken der C. AG.

[Rz 37] Das Bundesgericht hält fest, dass bei Ausschluss eines Miteigentümers aus der Gemeinschaft das Gericht den Miteigentümer zur Veräusserung seines Anteils verurteilt und für den Fall, dass der Anteil nicht binnen der angesetzten Frist veräussert wird, dessen öffentliche Verwertung nach den Vorschriften über die Zwangsverwertung von Grundstücken anordnet (Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken [VZG]; Art. 649b Abs. 3 ZGB). Diese Bestimmung finde auch beim Stockwerkeigentum als qualifiziertes Miteigentum Anwendung (E. 3.1). Das Betreibungsamt sei von Amtes wegen verpflichtet, im Rahmen der Pfandverwertung die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch anzumelden, wobei diese der Sicherung streitiger oder vollziehbarer Ansprüche gegenüber einem späteren dinglichen Recht am Grundstück diene (Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB; E. 3.2.1). Bei der Verwertung infolge Ausschlusses des Miteigentümers handle es sich um eine Form von privater Enteignung, deren Rechtfertigung in einem gemeinschaftsfeindlichen Verhalten liege (E. 3.1.1 und 3.2.2).

[Rz 38] Die Vorinstanz war zum Schluss gelangt, der Kaufvertrag an die C. AG verletze Art. 2 ZGB, was zum *Durchgriff auf den tatsächlichen Erwerber* führe, der mit A. identisch sei, weshalb eine Löschung der Verfügungsbeschränkung nicht in Frage komme. Gemäss Bundesgericht war entscheidend, ob ein Tatbestand vorliegt, der eine Löschung der vorgemerkten Verfügungsbeschränkung rechtfertigt (vgl. E. 3.3). Das Betreibungsamt dürfe keine Löschung der Vormer-

kung im Grundbuch veranlassen, solange nicht klar sei, ob die Verwertung nicht doch weitergeführt werden müsse. Das Betreibungsamt sei nach Art. 649b Abs. 3 ZGB zur Vollstreckung des Ausschlussurteils verpflichtet. Da zwischen den Parteien strittig war, ob A. seiner Verpflichtung gemäss der gerichtlich genehmigten und zu vollstreckenden Vereinbarung nachgekommen sei, bestehe keine Veranlassung, die Löschung der Verfügungsbeschränkung vorzunehmen (E. 3.4.3).

e. Abberufung der Verwaltung (Art. 712r Abs. 2 ZGB)

[Rz 39] Beim Entscheid des Bundesgerichts 5A_521/2016 vom 9. Oktober 2017 stand folgender Sachverhalt zur Beurteilung: A.A. und B.A. sowie C.C. und D.C. (Beschwerdeführer) sind Mitglieder der Stockwerkeigentümergeinschaft E. (Beschwerdegegnerin). Mit der Verwaltung wurde die F. AG betraut. Zwischen den Parteien entbrannte ein Streit u.a. aufgrund einer Fussgängerbrücke, die sich auf dem Flachdach des Stockwerkeigentums befand. Die Brücke wurde ohne Stockwerkeigentümerbeschluss versetzt, sodass sie neu im Sichtbereich der Oberlichter der Stockwerkeinheit der Beschwerdeführer zu liegen kam. Diese forderten die Verwaltung daraufhin erfolglos auf, die Brücke an den ursprünglichen Platz zurückzusetzen. Aufgrund der Untätigkeit der Verwaltung und weiteren Pflichtverletzungen verlangten die Beschwerdeführer schliesslich klageweise die Absetzung der Verwaltung.

[Rz 40] Das Bundesgericht stellte fest, dass Pflichtverletzungen der Verwaltung dann die gerichtliche Abberufung rechtfertigen, wenn das *Vertrauensverhältnis zwischen der Verwaltung und den Stockwerkeigentümern zerstört* und einem Stockwerkeigentümer die *Fortsetzung des Verwaltungsverhältnisses nach Treu und Glauben unzumutbar* sei (E. 2.4). Einzelne betrachten möge es sich dabei um leichte Verstösse handeln, in ganzheitlicher und umfassender Würdigung können sie dennoch eine Abberufung rechtfertigen, wenn ersichtlich sei, dass die Verwaltung ihrer Funktion nicht genügend nachgekommen und die erforderliche Neutralität nicht gewahrt worden sei (E. 2.4).

[Rz 41] *In casu* wurde als *schwere Pflichtverletzung* gewertet, dass die Verwaltung trotz Beanstandungen über die Versetzung der Brücke untätig geblieben war. Die Verwaltung hätte auf erste Anzeige hin gegen das eigenmächtige und unbefugte Versetzen der Brücke einschreiten müssen. Das Bundesgericht erinnert daran, dass das Dach ein elementarer Gebäudeteil gemäss Art. 712b Abs. 2 Ziff. 2 ZGB darstelle und deshalb zwingend und ungeachtet der tatsächlichen Nutzung im gemeinschaftlichem Eigentum stehe, weshalb die Errichtung von Bauten auf Dachterrassen immer eines Stockwerkeigentümerbeschlusses bedürfen (E. 3.1.4). Dass die Verwaltung Prozesskosten aus dem Vergleich zwischen den Parteien als Verwaltungskosten verbuchte und diese so indirekt den Beschwerdeführern auferlegt habe, sei im konkreten Fall hingegen nicht als schwere Pflichtverletzung zu werten (E. 3.2). Hinsichtlich der Aushändigung der Schlüssel sei die Verwaltung überdies nicht neutral vorgegangen, indem sie die Stockwerkeigentümer ungleich behandelt und die Beschwerdeführer benachteiligt habe, was als schwere Pflichtverletzung gewertet wurde, da aufgrund dieses Verhaltens die Neutralität und Objektivität der Verwaltung hinsichtlich deren künftigen Tätigwerden fraglich erschien (insb. E. 3.3.4).

[Rz 42] Zusammengefasst hält das Bundesgericht fest, dass *die Verwaltung den gestellten Anforderungen an eine sachliche und neutrale Vertretung nicht genügt*, weshalb es gerechtfertigt erscheine, die Verwaltung aus wichtigen Gründen abzurufen. Das Untätigbleiben der Verwaltung gegenüber unbefugten Eingriffen in das Eigentumsrecht eines Stockwerkeigentümers, die Weigerung vergleichsweise begründete Rechte und Pflichten gegenüber allen Stockwerkeigentümern objektiv und neutral umzusetzen und ferner die Vereitelung der Erteilung von verlangten Informatio-

nen zu den Fertigstellungskosten erachtete das Bundesgericht für sich genommen – aber auch in ihrer Summe – als schwere Pflichtverletzungen. Entsprechend wurde das Begehren auf Abberufung der Verwaltung gutgeheissen.

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

a. Näherbaurecht (Art. 730 ff. ZGB)

[Rz 43] Der Entscheid 5A_377/2017 vom 27. Februar 2018 betraf folgenden Sachverhalt: Im Jahre 1933 wurde im Grundbuch zugunsten des Grundstücks q (und zulasten des Grundstücks p) ein Näherbaurecht eingetragen, wonach der Grenzabstand für den auf dem Grundstück q in Ausführung begriffene Saalbau auf 3.5 m herabgesetzt wurde. Gleichzeitig wurde festgelegt, dass eine Erweiterung des Grenzabstandes auf 5 m zu erfolgen habe, sofern eine Erhöhung des Saalbaus oder die Erstellung eines mehrstöckigen Neubaus erfolgen sollte. Das Näherbaurecht wurde später abgeändert, wobei weiterhin vorgesehen war, dass der Eigentümer des berechtigten Grundstücks das Recht hat, seinen einstöckigen Saalbau bis auf 3.5 m an die gemeinsame Grenze zu bauen. Zusätzlich wurde ihm das Recht eingeräumt, das Gebäude um 2 m aufzustocken, worauf der Saalbau um ein Vollgeschoss aufgestockt wurde.

[Rz 44] Nachdem die neuen Eigentümer des Grundstücks q (Beschwerdegegner) den Saalbau – unter Einhaltung der gesetzlichen Grenzabstände und der öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften – um ein Attikageschoss aufgestockt hatten, erhob der Grundeigentümer des Grundstücks p (Beschwerdeführer) im Jahre 2014 Klage gegen die Beschwerdegegner und beantragte, diese seien zu verpflichten, die realisierte Aufstockung zu beseitigen; eventualiter die Verschliessung des Dachausganges an der Ostfassade vorzunehmen; subeventualiter ein Nutzungsverbot sowie ein Verbot ein Geländer zu errichten.

[Rz 45] Das Bundesgericht legt zunächst dar, dass der Grundbucheintrag «Näherbaurecht» das Recht umfasse, in einem geringeren als dem gesetzlichen Abstand an die Grenze des Nachbargrundstücks zu bauen. Fraglich sei, ob darüber hinaus auch vertragliche Bestimmungen über Inhalt und Umfang des Baurechts mit verbindlicher Wirkung für jeden Erwerber vom Näherbaurecht erfasst werde (E. 2.3.2). Nach umfangreicher Auseinandersetzung mit seiner bisherigen Rechtsprechung kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass funktionelle Beschränkungen eines Näherbaurechts dem jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstücks Pflichten in der baulichen Gestaltung oder in der Benützung des Näherbaus auferlegen können, wobei diesen Beschränkungen somit *dingliche Wirkung* zukämen (E. 2.3.4). Allerdings könne der Auffassung des Beschwerdeführers, wonach die Bauhöhenbeschränkung von 2 m auf die ganze Fläche des berechtigten Grundstücks anwendbar sei – und nicht bloss auf den Flächenbereich des überschrittenen Grenzabstandes – nicht gefolgt werden. Eine Bauhöhenbeschränkung, die praktisch die gesamte Grundstücksfläche belaste, habe mit dem Grundbucheintrag «Näherbaurecht» nichts gemein und sprengte den Rahmen einer funktionalen Beschränkung des Näherbaurechts. Wäre von den Parteien eine ganzflächige Bauhöhenbeschränkung vorgesehen worden, so hätten sie diese als Last auf dem Blatt des näherbauberechtigten Grundstücks im Grundbuch eintragen müssen (E. 2.4.2). Im Übrigen ergäben auch die Grundbuchbelege *in casu* nichts anderes (E. 2.4.3). Entsprechend habe die Vorinstanz das Begehren auf Beseitigung des errichteten Attikageschosses zu Recht abgewiesen (E. 2.5).

[Rz 46] Bezüglich der Eventualbegehren hält das Bundesgericht fest, dass die Beschwerdegegner als Eigentümer über ihr Grundstück in den Schranken der Rechtsordnung nach ihrem Belieben verfügen können (Art. 641 Abs. 1 ZGB). Schranken können sich aus beschränkten dinglichen Rechten oder der funktionellen Beschränkung einer Dienstbarkeitsberechtigung ergeben. Letztere liege *in casu* jedoch – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – keine vor, zumal der Dienstbarkeitsvertrag die Benutzung weder in einem positiven noch in einem negativen Sinn regle. Entsprechend sei der Grundsatz der Eigentumsfreiheit zu beachten (E. 3.3), womit die Beschwerde vom Bundesgericht abzuweisen war (E. 4).

b. Beschränkung der Höhe von Anpflanzungen (Grunddienstbarkeit; sog. *actio confessoria*; Art. 730 Abs. 2 ZGB)

[Rz 47] Im Entscheid des Bundesgerichts 5A_221/2017 vom 22. Januar 2018 war eine Bau- und Pflanzungsbeschränkung Gegenstand, die zu Lasten eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen war. Laut Grundbuchbeleg durften Bäume nicht mehr als 8 m hochgezogen werden. Das belastete Grundstück war mit einem Einfamilienhaus überbaut und mit mehreren Bäumen bepflanzt. Gemäss kantonalem Bau- und Zonenreglement war der eingreifende Rückschnitt ab einem Stammumfang von 80 cm (gemessen in 1 m Höhe ab Boden) bewilligungspflichtig. Die Kläger sind Stockwerkeigentümer auf dem berechtigten Grundstück und fühlten sich durch die auf dem benachbarten Grundstück stehenden Bäume in ihrer Aussicht beeinträchtigt. Sie klagten gegen die Dienstbarkeitsbelasteten auf Verpflichtung, die Bäume auf eine Höhe von 8 m zurückzuschneiden und unter der Schere zu halten. Das Bezirksgericht hiess die Klage gut.

[Rz 48] Vor Bundesgericht rügten die Dienstbarkeitsbelasteten insbesondere Willkür, weil das Kantonsgericht sie als Dienstbarkeitsbelastete (anstelle der Beschwerdegegner) zur Stellung des Rückschnittgesuchs verpflichtet hatte. Als Dienstbarkeitsbelastete seien sie zwar zur Duldung verpflichtet, nicht aber zu einem Tun. Das Bundesgericht führte dazu aus, die Pflanzungsbeschränkung schliesse die Verpflichtung ein, über die festgesetzte Höhe emporwachsende Pflanzen unter der Schere zu halten. Wird in Gutheissung der Dienstbarkeitsklage der Rückschnitt der Pflanzen angeordnet, könne der Dienstbarkeitsbelastete zu einem entsprechenden Handeln gerichtlich verurteilt werden (E. 5.3).

[Rz 49] Da das Zurückschneiden von Bäumen und das Betreten des Grundstücks zu diesem Zweck einen Eingriff in das Eigentum bedeutet, verlangte die zuständige Behörde stets die Unterschrift des Grundeigentümers. Nicht ausgeschlossen sei, dass eine andere Person als der Grundeigentümer das Gesuch um Rückschnitt stelle. Es liege damit im Ermessen des Gerichts, wen es verpflichte, das Rückschnittgesuch zu stellen. Da nach materiellem Recht der Dienstbarkeitsbelastete verpflichtet sei, über die festgesetzte Höhe emporwachsende Pflanzen zurückzuschneiden und unter der Schere zu halten, sei es grundsätzlich auch an ihm, alles Notwendige vorzukehren, damit er seiner Verpflichtung nachkommen könne, also beispielsweise eine Gartenbaufirma zu beauftragen oder eben auch die dafür nötige behördliche Bewilligung einzuholen. Das Bundesgericht erachtete die gesetzliche Anordnung somit als nicht willkürlich.

c. **Löschung einer Dienstbarkeit (Art. 736 ZGB)**

[Rz 50] Der BGE 144 III 88 (= Urteil des Bundesgerichts 5A_698/2017 vom 7. März 2018) betraf die Frage der Löschung einer Dienstbarkeit nach Art. 736 ZGB, die sachenrechtliche Typenfixierung im Streit um den Verlust des Interesses an der Grunddienstbarkeit sowie die Erheblichkeit einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung. Auf dem berechtigten Grundstück, welches ursprünglich als Hotel betrieben wurde, war ein *Parkplatzbenutzungsrecht als Grunddienstbarkeit* eingetragen. Im Jahre 1977 wurde diese Dienstbarkeit vertraglich abgeändert. Im Jahre 2008 wurde vom berechtigten Grundstück ein Teil abparzelliert und auf dem abparzellierten Teil ein Mehrfamilienhaus errichtet. Die Dienstbarkeit über das Benutzungsrecht des Parkplatzes wurde dabei nicht auf die abparzellierte Liegenschaft übertragen und verblieb auf dem Stammgrundstück. Noch vor der Abparzellierung wurde jedoch auf dem Stammgrundstück im Grundbuch eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung angemerkt. Gemäss dieser musste die verbleibende Freifläche auf dem berechtigten Grundstück als Erholungs- und Kinderspielfläche dienen und zudem müsse dem Mehrfamilienhaus stets mindesten acht Besucherparkplätze zur Verfügung stehen. Die Eigentümer des belasteten Grundstücks verklagten darauf die Eigentümer des berechtigten Grundstücks (Beschwerdeführer) auf Löschung des Parkplatzbenutzungsrechts.

[Rz 51] Vor Bundesgericht argumentierte die Beschwerdeführerin, dass sie wegen des baurechtswidrigen Zustandes ohne die Dienstbarkeit die Bewilligungsaufgaben nicht erfülle und ihr daher eine Ersatzabgabe drohe. Ausserdem hätte sie die Mietverträge der Parkplätze einzuhalten und würde bei Löschung der Dienstbarkeit keine Mieteinnahmen mehr generieren können. Daraus ergebe sich ein *«berechtigtes Interesse an der Aufrechterhaltung der Dienstbarkeit»*. Gemäss Grundbucheintrag sei die Ausübung der Grunddienstbarkeit nicht an einen Zweck gebunden und eine Weiterentwicklung nicht ausgeschlossen worden.

[Rz 52] Das Bundesgericht erinnert in dieser Entscheidung an seine Grundsätze zur Löschung von Dienstbarkeiten:

[Rz 53] Die Löschung einer Dienstbarkeit kann verlangt werden, wenn das berechnigte Grundstück alles Interesse an der Dienstbarkeit verloren hat (Art. 736 Abs. 1 ZGB).

[Rz 54] Ist ein Interesse noch vorhanden, aber im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung, so kann die Dienstbarkeit gegen Entschädigung ganz oder teilweise abgelöst werden (Art. 736 Abs. 2 ZGB).

[Rz 55] Nach dem Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit darf eine Dienstbarkeit nicht zu einem anderen Zweck aufrechterhalten werden, als dem ursprünglichen Errichtungszweck. Zu prüfen ist, ob der Eigentümer des berechtigten Grundstücks noch ein Interesse daran hat, die Dienstbarkeit zum ursprünglichen Zweck auszuüben, und wie sich dieses Interesse zu jenem verhält, das anlässlich der Begründung der Dienstbarkeit bestand (E. 4).

[Rz 56] Die Interessenlage des Eigentümers des berechtigten Grundstücks ist dabei *nach objektiven Kriterien* zu prüfen. Massgeblich für den Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit ist der Grundbucheintrag. Bei unklarem Wortlaut ist auf den Erwerbsgrund resp. den Begründungsakt zurückzugreifen (Art. 738 Abs. 2 und Art. 948 Abs. 2 ZGB). Ist auch dieser 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; vgl. BGE 130 III 554, E. 3.1; E. 4).

[Rz 57] Das Bundesgericht prüfte den ursprünglichen Zweck der Dienstbarkeit und kam zum Schluss, dass gemäss den Vertragsabreden ein *«unentgeltliches Benützungrecht»* des Parkplatzes

vereinbart worden sei. Der ursprüngliche Zweck habe somit darin bestanden, eine *unentgeltliche «Parkierungsmöglichkeit»* zu schaffen, weshalb kein über diese Parkierungsmöglichkeit hinausgehendes Recht begründet wurde. Die Vermietung der Parkplätze gehe über die blossе Benutzung hinaus. So berufe sich die Beschwerdeführerin auf *«ein wirtschaftliches Interesse»* und beabsichtige damit, die Grunddienstbarkeit nach Art einer Nutzniessung auszuüben. Dabei verkenne sie die Prinzipien der Typengebundenheit und der Typenfixierung, wonach eine Dienstbarkeit, die ihrem Inhalt nach eine Nutzniessung darstelle, nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein könne (vgl. BGE 88 II 331 E. 6; E. 5.2).

[Rz 58] Das Recht zur Parkplatzbenutzung sei direkt mit dem herrschenden Grundstück verknüpft und könne deshalb nur zusammen mit diesem Grundstück auf andere Personen übertragen werden. Darin liege das wesentliche Unterscheidungsmerkmal der Grunddienstbarkeit gegenüber der Personaldienstbarkeit, wie die Nutzniessung eine darstelle. Auch die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung vermöge daran nichts zu ändern und könne die Typenfixierung nicht aufheben. So könne die Beschwerdeführerin die als Parkplatzbenutzungsrecht ausgestaltete Grunddienstbarkeit auch nicht unter Berufung auf die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung an Drittpersonen übertragen, als wäre es eine Nutzniessung (E. 5.3).

[Rz 59] Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass die Eigentümerin des herrschenden Grundstücks sich der Löschung des als Grunddienstbarkeit eingetragenen Parkplatzbenutzungsrechts nicht mit dem Argument widersetzen kann, dass sie die Parkplätze gegen Entgelt Dritten zur Verfügung stellen will (*Prinzip der Typenfixierung*; E. 5.2). Daran ändert nichts, dass das herrschende Grundstück mit einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung belastet ist, wonach auf dem dienenden Grundstück für ein anderswo gelegenes Mehrfamilienhaus eine Anzahl Besucherparkplätze zur Verfügung stehen muss (E. 5.3).

d. Fahrwegrecht, Verlegung einer Dienstbarkeit, Grundsatz der natürlichen Publizität und Untergang einer Dienstbarkeit (Art. 736 i.V.m. 742 ZGB)

[Rz 60] Dem Bundesgerichtsurteil 5A_361/2017 vom 1. März 2018 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Im Jahre 1997 wurden vom Grundstück Nr. 1350 zwei Grundstücke (Nrn. 2839 und 2842) abparzelliert. Diese beiden abparzellierten Grundstücke wurden dabei ebenfalls mit dem (zulasten des Grundstücks Nr. 1350) bestehenden Fahrwegrecht belastet, welches zugunsten des Grundstücks Nr. 965 bestand. Im Jahre 2014 beantragte die Eigentümerin des Grundstücks Nr. 965 (E.), die Eigentümer der beiden neu entstandenen Parzellen (die Ehegatten A. und Ehegatten C.) seien zu verpflichten, das Fahrwegrecht zu gewährleisten.

[Rz 61] Das Bundesgericht hatte zunächst zu klären, ob das Fahrwegrecht im Rahmen der Parzellierung zu Recht auf den Grundstücken Nrn. 2839 und 2842 eingetragen wurde. Dabei setzte sich das Bundesgericht insbesondere mit dem von der Grundeigentümerin des Grundstücks Nr. 1350 damals in Bezug auf das Fahrwegrecht gestellten Parzellierungsbegehren auseinander, welches wie folgt lautete: *«Die Dienstbarkeit [...] durchquert neu die Neuparzellen Nr. 2839, 2842 und den südlich der Neuparzelle Nr. 2842 befindlichen Wegteil der Parzelle Nr. 1350; gestützt hierauf bleibt diese Dienstbarkeit auf der Stammparzelle Nr. 1350 unverändert eingetragen und ist auch auf die Neuparzellen Nr. 2839 und 2842 zu übertragen [...]»* (E. 2.4.2).

[Rz 62] Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass (entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer) die Wendung «unverändert eingetragen» nicht auf den Inhalt und Umfang des Fahrwegrechts bezogen sei, sondern lediglich auf den Eintrag auf dem Grundbuchblatt des Grundstücks Nr. 1350 (E. 2.4.3). Nach dem klaren Wortlaut des Parzellierungsbegehrens ergebe sich, dass die Grundeigentümer das Fahrwegrecht auf die zwei neu gebildeten Grundstücke übertragen wollten. Somit habe aufgrund der Parzellierung (unbestrittenermassen) eine Verlegung der Dienstbarkeit i.S.v. Art. 742 ZGB stattgefunden (E. 2.4.4). Demnach belaste das Fahrwegrecht die Grundstücke der Beschwerdeführer zu Recht, so dass *kein ungerechtfertigter Grundbucheintrag* vorliege (E. 2.4.5). Auch die örtliche Lage des Fahrwegrechts ergebe sich hinreichend bestimmt aus dem Parzellierungsbegehren und dem Inhalt der Dienstbarkeit (E. 2.5.2).

[Rz 63] Zu den widerklageweise geltend gemachten Löschungsvoraussetzungen des Fahrwegrechts wird vom Bundesgericht folgendes ausgeführt: Bei Wegrechten bedeutet der *Grundsatz der natürlichen Publizität* insbesondere, dass dort, wo für die Ausübung der Dienstbarkeit nach aussen in Erscheinung tretende bauliche Anlagen erforderlich sind, diese in der Regel auch den Inhalt und den Umfang der Dienstbarkeit bestimmen würden (E. 3.4.1). Eine solche Konstellation liege *in casu* nicht vor, indem die Pflanzen und Errichtungen auf dem Fahrweg lediglich die Benutzung des Wegrechts hindern würden, es sich dabei jedoch nicht um Anlagen handle, die für die Ausübung der Dienstbarkeit erforderlich seien. Entsprechend genüge dieser äussere Zustand nicht, um den guten Glauben der Beschwerdegegnerin zu erschüttern, so dass sich gestützt auf den *Grundsatz der natürlichen Publizität keine Löschung der Dienstbarkeit rechtfertige* (E. 3.4.2).

[Rz 64] Des Weiteren stellt das Bundesgericht fest, dass auch *kein konkludenter Verzicht* auf die Dienstbarkeit vorliege. Die Nichtausübung eines Rechts während längerer Zeit könne nur dann als *Verzichtserklärung* aufgefasst werden, wenn die Umstände unzweideutig auf diese Absicht hinweisen würden und eine andere Auslegung ausgeschlossen oder zumindest höchst unwahrscheinlich sei (E. 3.5.1). Der fehlende Widerspruch gegen die Pflanzen bzw. die errichteten Bauten und Anlagen auf der Fahrwegrechtsfläche begründe keinen solchen Verzicht (E. 3.5.2).

[Rz 65] Abschliessend hatte sich das Bundesgericht mit den Tatbeständen von Art. 736 ZGB zu befassen, wonach die Löschung der Dienstbarkeit verlangt werden kann, wenn sie für das berechnete Grundstück alles Interesse verloren hat (Abs. 1) bzw. gegen Entschädigung eine Ablösung erfolgen kann, wenn das Interesse im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung ist (Abs. 2). Diesbezüglich wurde festgestellt, dass sich der Zweck der Dienstbarkeit vorliegend aus dem Parzellierungsbegehren ergäbe, zumal mit der Verlegung einer Dienstbarkeit auf ein anderes Grundstück desselben Eigentümers mit der Zustimmung des Berechtigten rechtlich eine neue Dienstbarkeit begründet werde. Zweck der (neuen) Dienstbarkeit sei die Erschliessung des berechtigten Grundstücks (E. 4.3.2). Entsprechend bestehe weiterhin ein Interesse daran, über eine Erschliessung nach Süden zu verfügen, so dass das Obergericht die Löschung i.S.v. Art. 736 Abs. 1 ZGB zu Recht verweigert habe (E. 4.4.2). Im Übrigen sei eine Ablösung der Dienstbarkeit nach Art. 736 Abs. 2 ZGB zwar auch dann möglich, wenn das nach wie vor vorhandene Interesse des Berechtigten durch eine entsprechende Zunahme der Belastung auf der anderen Seite unverhältnismässig gering geworden ist (E. 4.5.2). Eine solche Anwachsung der Belastung dürfe jedoch nicht auf Gründe zurückzuführen sein, die *vom Eigentümer des belasteten Grundstücks* selbst herbeigeführt wurden. Dies sei *in casu* der Fall, zumal die Beschwerdeführer im Wissen um das Fahrwegrecht die Wegrechtsfläche mit Pflanzen und Vorrichtungen verschiedenster Art zu verstellen begonnen hatten (E. 4.5.3). Damit sei ein Recht auf Ablösung gegen

Entschädigung zu Recht verneint worden (E. 4.5.3), womit die Beschwerde vom Bundesgericht abzuweisen war (E. 5).

e. Löschung eines Wegrechts (Art. 736 Abs. 1 ZGB)

[Rz 66] Der Entscheid des Bundesgerichts 5A_372/2017 vom 2. November 2017 betraf ebenfalls die streitige Löschung einer Wegdienstbarkeit. Das Bundesgericht hält in diesem Entscheid einmal mehr fest, dass gemäss Art. 736 Abs. 1 ZGB der belastete Eigentümer die Löschung einer Dienstbarkeit verlangen könne, welche für das berechnigte Grundstück alles Interesse verloren habe. Gemäss Rechtsprechung bestimme sich dies nach dem *Interesse des begünstigten Eigentümers*, die Dienstbarkeit gemäss ihrem Zweck und Inhalt weiterhin auszuüben, wobei der Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit zu beachten sei, wonach die Aufrechterhaltung zu einem anderen als dem ursprünglichen Zweck nicht zulässig sei (vgl. BGE 132 III 651, E. 8; E. 5.2.1).

[Rz 67] Um den Inhalt einer Dienstbarkeit zu bestimmen, sei in der Reihenfolge von Art. 738 ZGB vorzugehen. Zunächst habe der Richter den Eintrag im Grundbuch zu beachten und erst wenn dieser nicht klar sei, werde die Dienstbarkeit aufgrund der Errichtungsurkunde interpretiert. Der Dienstbarkeitsvertrag sowie der Plan bzgl. des Umfanges der Dienstbarkeit sind dabei entscheidend (Art. 942 Abs. 2 ZGB); sofern diese nicht den Inhalt der Dienstbarkeit ergeben, sei ihr Umfang nach der Art zu bestimmen, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden sei. Die Dokumente sind wie jede Willenserklärung nach Art. 18 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR) auszulegen (E. 5.2.2). Gegenüber Dritten, welche nicht Partei des Errichtungsvertrages waren, werden diese Interpretationsgrundsätze allerdings durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches begrenzt (Art. 973 Abs. 1 ZGB; E. 5.2.2).

[Rz 68] Gemäss Bundesgericht ist es bei der Bestimmung des *subjektiven Willens* nicht angezeigt, die Umstände und persönlichen Beweggründe, welche für die Willensbildung entscheidend waren, zu berücksichtigen; sofern sich diese nicht aus dem Errichtungsakt ergeben, können sie Dritten nicht entgegengehalten werden (vgl. BGE 130 III 554, E. 3.1; E. 5.2.2). *In casu* ergaben sich aus dem Grundbucheintrag keine Hinweise auf den Zweck der Dienstbarkeit. Folglich seien die Beweisurkunden zu konsultieren (E. 5.3). Das kantonale Gericht habe nicht willkürlich gehandelt, indem es festgestellt habe, dass die Umstände bei Vertragsschluss keine Rolle spielten, da sie nicht Inhalt des schriftlichen Vertrages geworden seien und folglich Dritten gegenüber nicht entgegengehalten werden können.

f. Löschung einer Grunddienstbarkeit (Art. 736 Abs. 1 i.V.m. 738 ZGB)

[Rz 69] Auch der Entscheid 5A_924/2016 vom 28. Juli 2017 betraf die Löschung einer Grunddienstbarkeit. Der Sachverhalt präsentierte sich wie folgt: Der Eigentümer E.A. liess von seinem Grundstück Nr. sss ein Grundstück Nr. ttt abtrennen. Zugunsten und zulasten beider Grundstücke begründete E.A. gegenseitige Fuss- und Fahrwegrechte, welche am 27. November 1980 im Grundbuch eingetragen wurden. Im Februar 1981 verkaufte E.A. das abparzellierte Grundstück Nr. ttt an B. (Beschwerdegegner). Das Grundstück Nr. sss ging im Jahre 1981 zufolge Erbgangs auf A.A. (Beschwerdeführer) über. Unter den Parteien war in der Folge streitig, ob das Fahrwegrecht zu Gunsten des Grundstücks Nr. ttt (und zu Lasten des Grundstücks Nr. sss) zwischenzeitlich das berechnigte Interesse verloren hatte.

[Rz 70] Ursprünglich wurde das Fahrwegrecht begründet, weil ein Birnbaum die Zufahrt zum Grundstück Nr. ttt von nordöstlicher Richtung her verhinderte. Der Birnbaum wurde jedoch im Jahre 2000 gefällt. Weil das Fahrwegrecht zur C. Strasse in der Folge nicht mehr beeinträchtigt war, wollte der Beschwerdeführer das Fahrwegrecht mangels Interesses des berechtigten Grundstücks löschen lassen. Der Birnbaum sei gemäss Belegprotokoll Bedingung für die Errichtung des Fahrwegrechts gewesen, und mit der Fällung sei jegliches Interesse daran untergegangen.

[Rz 71] Das Bundesgericht hielt dem entgegen, für den Inhalt einer Dienstbarkeit nach Art. 738 Abs. 1 ZGB sei der Eintrag im Grundbuch massgebend. Mangels nachgewiesenem Vorbehalt im Grundbucheintrag müsse sich, wer in gutem Glauben auf den Eintrag im Grundbuch das Eigentum am berechtigten Grundstück erworben habe, kein durch einen Birnbaum *bedingtes Wegrecht* entgegenhalten lassen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_740/2014 vom 1. Februar 2016; E. 3). Der Beschwerdeführer war hingegen der Auffassung, bereits *aus dem Erwerbsgrund* ergebe sich, dass mit der Beseitigung des Birnbaums auch das Interesse am Wegrecht entfalle. Das Wegrecht sei nur errichtet worden, weil der Wegrechtsbegründer den Birnbaum nicht hatte fällen oder zurückschneiden wollen (E. 4).

[Rz 72] Das Bundesgericht führt dazu aus, dass sich der Inhalt der Dienstbarkeit gemäss Art. 738 Abs. 2 ZGB im Rahmen der Einträge aus dem Erwerbsgrund ergebe. Erwerbsgrund sei vorliegend die errichtete Eigentümerdienstbarkeit und die dazu protokollierten Erklärungen gewesen. Der Beleg sei unstreitig nach dem Dienstbarkeitsvertrag auszulegen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_617/2009 vom 26. Januar 2010; E. 4.2), d.h. nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien; wenn ein tatsächlicher Wille nicht ermittelt werden könne, dann nach dem Vertrauensgrundsatz. Diese *Auslegungsgrundsätze* gälten im Verhältnis zu Dritten allerdings nur mit Einschränkung, die sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (Art. 973 ZGB) ergäben. Gegenüber Dritten, die an der Errichtung der Dienstbarkeit nicht beteiligt waren und im Vertrauen auf das Grundbuch das dingliche Recht erworben hatten, können individuelle persönliche Umstände und Motive nicht berücksichtigt werden, die für die Willensbildung der ursprünglichen Vertragsparteien bestimmend waren, aus dem Dienstbarkeitsvertrag aber nicht hervorgehen und für einen Unbeteiligten nicht erkennbar sind (vgl. BGE 108 II 542, E. 2; E. 4.2).

[Rz 73] Der Wortlaut des Belegprotokolls sehe die Sicherstellung der Erschliessung des Grundstücks Nr. ttt von Südwesten zur Hauptachse vor. Fraglich sei, ob der Bedarfsfall lediglich den Birnbaum oder auch die Unmöglichkeit der Benutzung der Nordostzufahrt erfassen sollte (E. 4.4.2). Das Obergericht stützte sich auf die Annahme, das Fahrwegrecht im Südwesten entfalle nicht bereits, wenn der Birnbaum gefällt sei, da nicht nur die Interessenlage des Wegrechtsbegründers, sondern der Gesamtzusammenhang entscheidend sei (E. 4.4.3). Der Begründer der Wegrechte hätte unterschiedliche Regelungen betreffend der Löschung des Fahrwegrechts getroffen, welche gewollt erschienen. So sei dem Eigentümer des belasteten Grundstücks Nr. sss *kein Recht eingeräumt worden*, das Fahrwegrecht löschen zu lassen, wenn der Birnbaum gefällt würde. Dem Eigentümer des belasteten Grundstücks Nr. ttt sei jedoch das Recht auf Löschung vorbehalten worden, wenn dieses nicht mehr benötigt würde. Das angebliche Motiv des Begründers der Wegrechte sei für den Beschwerdegegner nicht erkennbar gewesen und könne diesem deshalb nicht entgegengehalten werden (E. 4.5).

[Rz 74] Der Beschwerdeführer machte weiter geltend, bei der Zufahrt aus dem Südwesten handle es sich um eine Art **Notrecht**, das seine Existenzberechtigung verlöre, sobald die *Wegnot behoben* sei – *in casu* durch die Fällung des Birnbaumes. Gemäss Bundesgericht muss sich der Wille der Parteien zur Begründung eines Notwegrechts jedoch *aus dem Grundbucheintrag* und

dem Dienstbarkeitsvertrag ergeben, um gutgläubigen Dritterwerbenden entgegengehalten werden zu können. Es genüge nicht, dass eine Grunddienstbarkeit allein ihrem Entstehungsgrund nach ein (vertraglich begründetes) Notrecht sei. Erscheint die Dienstbarkeit aus dem Hauptbucheintrag nicht als Legalservitut, so begründet der **Wegfall der Wegnot für sich** allein deshalb noch keinen Lösungsanspruch (E. 5.2). Entsprechend wurde die Beschwerde abgewiesen (vgl. PHILINE GETZMANN, Lösungsanspruch eines Wegrechts gemäss Art. 726 Abs. 1 ZGB, in: dRSK, publiziert am 18. Dezember 2017).

g. Störung eines Fuss- und Fahrwegrechts (Art. 737 Abs. 3 ZGB)

[Rz 75] Der Entscheid 5A_770/2017 vom 24. Mai 2018 basierte auf folgendem Sachverhalt: Im Jahr 1927 wurden auf den Grundstücken der Parteien sowie auf den benachbarten Parzellen gegenseitige Fuss- und Fahrwegrechte eingeräumt. Beschwerdeführer A. erstellte und markierte später auf seinem Grundstück fünf Parkplätze. Zwei von diesen Parkplätzen lagen gänzlich auf der Dienstbarkeitsfläche und einer teilweise. B. und die C. AG waren der Auffassung, dass dadurch ihr Fuss- und Fahrwegrecht eingeschränkt werde und verlangten klageweise die Nutzung der Dienstbarkeitsflächen als Parkplätze zu untersagen sowie die Entfernung der Markierungen. A. verlangte widerklageweise die Löschung der Dienstbarkeit, zumal das Interesse der Berechtigten weggefallen sei. Sowohl die erste als auch die zweite Instanz schützten die Klage von B. und der C. AG und wiesen die erhobene Widerklage ab. A. erhob daraufhin Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht.

[Rz 76] Das Bundesgericht beurteilte zunächst die Frage, ob die drei Parkplätze auf dem Grundstück des Beschwerdeführers das Fuss- und Fahrwegrecht überhaupt beeinträchtigen (vgl. Art. 737 Abs. 3 ZGB; E. 3). Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit ergäben sich nach Auffassung der Vorinstanz im vorliegenden Fall eindeutig aus dem Grundbucheintrag (vgl. Art. 738 Abs. 1 ZGB). Aus dem im Grundbuch eingetragenen Situationsplan gehe nämlich aufgrund der gelb eingezeichneten Flächen, welche das Fuss- und Fahrwegrecht umrahmen, klar hervor, dass die drei betreffenden Parkplätze ganz bzw. teilweise auf der Dienstbarkeitsfläche situiert seien (E. 3.4). Im Übrigen sei der Wortlaut des Dienstbarkeitsvertrags klar, indem den Beschwerdegegnern ein «*jederzeit ungehinderte[s]*» Fuss- und Fahrwegrecht zu[stehe], das «*zum Zwecke des unbehinderten Verkehrs im Hofe [...] immer frei und offen bleiben (müsse)*». Somit würde bereits dann eine Beeinträchtigung vorliegen, wenn die Dienstbarkeitsberechtigten auf der vorgesehenen Strecke um die parkierten Fahrzeuge herum gehen müssen. Fest stand, dass die Dienstbarkeitsberechtigten die betreffenden Parkflächen nicht mehr begehen bzw. befahren konnten, wenn diese belegt waren. Vorliegend sei das Fuss- und Fahrwegrecht somit – nach Auffassung des Bundesgerichts – objektiv beeinträchtigt; ob sich die Berechtigten auch subjektiv «gestört fühlten» sei dabei unerheblich.

[Rz 77] Auch die Tatsache, dass die Dienstbarkeitsberechtigten die Dienstbarkeit über Jahre hinweg unbeanstandet genutzt hätten, würde an der objektiven Beeinträchtigung ihres Rechts nichts ändern. Der Beschwerdeführer könne daraus *keinen Rechtsverzicht* ableiten, und es bestehe ohnehin kein Raum, die bisherige Ausübung des Fuss- und Fahrwegrechts zu berücksichtigen, zumal der Wortlaut des Dienstbarkeitsvertrags klar sei. Schliesslich würde auch Art. 737 Abs. 2 ZGB, wonach der Dienstbarkeitsberechtigte sein Recht möglichst schonend auszuüben habe, nichts an der Beurteilung ändern; die Anwendung dieser Norm dürfe nicht zu einer inhaltlichen Verengung des Dienstbarkeitsrechts führen (E. 3.4). Entsprechend kommt das Bundesgericht zum Schluss, eine Beeinträchtigung i.S.v. Art. 737 Abs. 3 ZGB sei zu Recht angenommen worden (E. 3.6).

[Rz 78] Anschliessend beschäftigte das Bundesgericht sich mit der Frage, ob das Interesse der Dienstbarkeitsberechtigten an ihrem Fuss- und Fahrwegrecht wegen langer Duldung der Parkplätze weggefallen (bzw. unverhältnismässig geringer geworden) sei, so dass der Verpflichtete eine partielle Löschung der Dienstbarkeit verlangen könnte (vgl. Art. 736 ZGB). Die Vorinstanz hatte festgehalten, dass nach wie vor ein Interesse an der Dienstbarkeit bestehe (E. 4.1.1). Der Beschwerdeführer brachte dagegen vor, die Vorinstanz habe dabei verkannt, dass nach Auffassung der Lehre nach Ablauf einer zehnjährigen Frist, während welcher die Dienstbarkeit nicht ausgeübt wurde, eine tatsächliche Vermutung für den Wegfall des Interesses bestehen würde. Eine solche Situation würde *in casu* vorliegen, zumal die Berechtigten die Parksituation auf der Liegenschaft 26 Jahre lang nicht beanstandet hätten. Das Bundesgericht widersprach dieser Auffassung, indem es festhielt, dass die Vorinstanz mittels eigenen Erhebungen unter Berücksichtigung der geltenden Rechtsprechungsgrundsätze positiv festgestellt hätte, dass die Berechtigten heute immer noch ein Interesse an der Ausübung der Dienstbarkeit auf den Parkflächen hätten. Liege wie hier ein positives Beweisergebnis vor, genüge es nicht, sich auf eine gegenteilige tatsächliche Vermutung zu berufen, um das Beweisergebnis umzustossen. Damit würde lediglich ein einziges Element der Beweiswürdigung beanstandet und die anderen unangefochten belassen. Mangels ausreichenden Sachverhaltsrügen seien die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz daher für das Bundesgericht verbindlich (E. 4.1.2) und entsprechend war ein Anspruch auf Löschung gestützt auf Art. 736 Abs. 1 ZGB zu Recht verneint worden.

[Rz 79] Schliesslich hielt das Bundesgericht fest, dass auch keine Ablösung i.S.v. auf Art. 736 Abs. 2 ZGB erfolgen könne, zumal die behauptete Verminderung des Interesses der Berechtigten auf einer Parksituation beruhe, die der Beschwerdeführer als Dienstbarkeitsbelasteter selber geschaffen hatte. So könne es nicht sein, dass es in der Hand des Belasteten liege, das für die Ablösung der Dienstbarkeit erforderliche Missverhältnis selber zu schaffen, und im Übrigen ergebe sich auch aus der langjährigen Duldung der Parkplätze keine relevante Verminderung des Interesses der Beschwerdeführer an der Dienstbarkeit (E. 4.2.2).

h. Wegrechte und Tragweite einer Dienstbarkeit (Art. 743 ff. ZGB)

[Rz 80] Der Entscheid 5A_211/2017 vom 24. Juli 2017 betraf folgenden Sachverhalt: Der Zugang von der öffentlichen Strasse zu den Parzellen der Eigentümer B., C., D. und E. erfolgte über das Grundstück Nr. 8707 (früher Nr. 145c) und anschliessend über die Parzelle Nr. 8708 (früher Nr. 146) im Eigentum von A. Ursprünglich war im Jahre 1960 ein Wegrecht zulasten der Parzelle Nr. 146 (später Nr. 8708) zugunsten mehrerer Parzellen begründet worden. Anschliessend an die Dienstbarkeitsbegründung kam es zu diversen Eigentümerwechsel und zudem wurde das Grundstück Nr. 146 in die drei Parzellen Nrn. 145b, 145c und 146 aufgeteilt. Dabei wurde die Dienstbarkeit nicht mehr ins Grundbuch aufgenommen. Als A. im Jahre 2003 die Parzelle Nr. 8708 kaufte, enthielt der Vertrag die folgende Klausel: «*Das Grundstück wird verkauft (...) mit den obengenannten Wegrechten, welche dem Käufer zur Kenntnis gebracht wurden*». Die Parzelle Nr. 8708 war ursprünglich unbebaut, bevor auf ihr ein Chalet errichtet wurde, was eine Verschiebung des Zugangswegs nach Süden bedingte.

[Rz 81] C., D., B. und E. erhoben Klage gegen A. und beantragten die Eintragung eines Wegrechts zulasten der Parzelle Nr. 8708, welche gutgeheissen wurde. Dagegen erhob A. Beschwerde ans Bundesgericht. Bezüglich der Frage der Dienstbarkeitsbegünstigten stellte das Bundesgericht zunächst fest, dass verschiedene Eigentümer (u.a. der Grundstücke Nrn. 8724, 8725 und 8726

sowie Nr. 8723) sich *freiwillig gegenseitige Wegrechte* auf ihren Parzellen gewährten. Es wäre nun an ihnen gewesen, diese Wegrechte durch entsprechenden Dienstbarkeitsvertrag sowie den Eintrag ins (kantonale) Register abzusichern. Das Bundesgericht erinnert daran, dass nach Art. 743 Abs. 1 ZGB Dienstbarkeiten bei Teilung eines Grundstücks auf allen neuen Grundstücken weiterbestehen. Sofern die Dienstbarkeit unbefristet ist oder ihre Ausübung nicht geteilt werden kann – wie dies beim Wegrecht der Fall ist –, könne der Begünstigte des Wegrechts sein Recht auf allen Grundstücken, welche aus der Teilung hervorgegangen sind, ausüben (E. 3.3.3).

5. Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten (Art. 745 ff. ZGB)

a. Baurecht und Vereinbarung über den Heimfall (Art. 675, 779, 779a ff. ZGB)

[Rz 82] Der Entscheid 5A_178/2017 vom 12. Januar 2018 betraf die Feststellung der Heimfallentschädigung beim Untergang eines Baurechts (vgl. Art. 675, 779 und 779a ff. ZGB), wobei folgender Sachverhalt zu beurteilen war: G. klagte auf Feststellung, dass die im Grundbuch vorgezeichnete vertragliche Regelung bezüglich entschädigungslosem Heimfall der errichteten Bauten bei Ablauf des abgeschlossenen Baurechtsvertrags nur für einen beschränkten Teil des Grundstücks – nämlich jener Fläche für die das Baurecht vor seiner flächenmässigen Ausdehnung im Jahre 2005 bestand – gälte und bezüglich den übrigen Flächen des dauernden und selbstständigen Baurechts die gesetzlichen Bestimmungen bezüglich des Heimfalls i.S.v. Art. 779c und 779d ZGB gelten würden.

[Rz 83] Das Bundesgericht hielt vorweg fest, dass die Rechtslage betreffend Vereinbarungen über den Heimfall für die *in casu* zu prüfenden Fragen trotz erfolgter Gesetzesrevision inhaltlich unverändert geblieben sei (E. 4.3). Anschliessend befasste sich das Bundesgericht mit der *Vormerkung auf dem Grundstück* über das selbstständige und dauernde Baurecht und auf dem baurechtsbelasteten Grundstück (vgl. E. 6.3). Die vorliegende Heimfallvereinbarung sei standardisiert verfasst und nehme keinerlei Bezug auf die konkrete Umschreibung der Baurechtsdienstbarkeit, bei deren Beendigung sie gelte (E. 6.3). Von ihrem offenen Wortlaut her schliesse sie ihre Anwendung auf eine spätere Änderung des Baurechts – namentlich bei Ausdehnung der Baurechtsfläche – nicht aus. Die Heimfallvereinbarung umfasse somit alle Veränderungen des Baurechts in den Grenzen des belasteten Grundstücks. Folglich gehe es *in casu* nicht um den Geltungsbereich der vorgemerkten Heimfallvereinbarung, sondern – wie bereits vorinstanzlich korrekt festgestellt wurde – um die Frage, ob im Vertrag über die Änderung des Baurechts die vorgemerkte Heimfallvereinbarung geändert werden sollte. Hierfür bedürfe es der Auslegung des Vertrages über die Änderung des Vertrages (E. 6.3).

[Rz 84] Bezüglich der Vertragsauslegung hielt das Bundesgericht fest, dass sich diese nach den allgemeinen Grundsätzen richte, da es sich *in casu* um Universalsukzessoren der ursprünglichen Vertragspartei handelte. Der Vertragsinhalt bestimme sich entsprechend in erster Linie nach dem *wirklichen Willen der Parteien* (E. 8.1). Das Bundesgericht stellte hinsichtlich des Vertragstextes fest, dass sich aus diesem *keine Änderung* der vorgemerkten Heimfallvereinbarung entnehmen lasse, da sich dieser nur zur Vergrösserung der Baurechtsfläche, der Verlängerung der Dauer des Baurechts sowie der Änderung des Baurechtszinses äussere (E. 8.2). Einzig im Zusammenhang mit der Verlängerung des Baurechts seien «Heimfallsbestimmungen» erwähnt, indem der Zeitpunkt bestimmt werde, in dem sie Anwendung finden sollen (E. 8.2). Damit sei auf die vor-

gemerkten vertraglichen – und nicht auf die gesetzlichen – Heimfallsbestimmungen Bezug genommen worden. Hätten die Parteien auf die gesetzlichen Bestimmungen verweisen wollen, so hätten sie dies in der öffentlichen Urkunde ausdrücklich hervorheben müssen. Das Fehlen einer entsprechenden Klausel in der öffentlichen Urkunde könne als Indiz gewertet werden, dass eine Änderung der vorgemerkten Heimfallregelung von den Parteien nicht gewollt war (E. 8.2).

[Rz 85] Des Weiteren würde es sich vorliegend um zwei typische Fälle handeln, in welchen eine Aufhebung der Heimfallentschädigung praxisgemäss üblich sei (E. 8.3). So habe der Beschwerdegegner – als Betreiber einer Kläranlage – insbesondere kein Verwendungszweck für die errichtete Garage und benötige die Fläche womöglich ohnehin für andere Zwecke (E. 8.3). Abschliessend führte das Bundesgericht aus, dass es nicht darauf ankomme, ob der Kläger den rechtlichen Geltungsbereich der Heimfallvereinbarung begriffen habe. Entscheidend sei vielmehr, dass er um den *Inhalt der Heimfallregelung* gewusst hätte, was nach den Zeugenaussagen der Fall gewesen sei (E. 8.4). Der Kläger sei sich bewusst gewesen, dass er nach Ablauf der Baurechtsdauer sämtliche Bauten hätte abreissen oder diese entschädigungslos dem Beschwerdegegner hätte überlassen müssen. Entsprechend könne an der obergerichtlichen Folgerung, dass der Vertrag aufgrund tatsächlicher Willensübereinstimmung zustande gekommen sei, nichts beanstandet werden (E. 8.4). Der Vertrag von 2005 habe die im Grundbuch vorgemerkte Heimfallvereinbarung folglich nicht abgeändert bzw. eingeschränkt (E. 8.5). Entsprechend entschied das Bundesgericht, die Klage sei von der Vorinstanz zu Recht abgewiesen worden (E. 9).

b. Fahrnisbaute (Art. 677 ZGB; sog. Schwimmbadfall)

[Rz 86] Der Entscheid des Bundesgerichts 5D_77/2017 vom 25. Oktober 2017 betraf unter anderem die Frage, ob ein Schwimmbad als feste Baute oder als Fahrnisbaute zu qualifizieren sei. Der Sachverhalt präsentierte sich wie folgt: Die vom Gericht genehmigte Scheidungsvereinbarung zwischen A. und B. sah vor, dass die Liegenschaft der Ehefrau B. zugeteilt werde. Nach der Besitzübernahme der Liegenschaft stellte B. fest, dass A. das Schwimmbad mitsamt Anschlüssen entfernt und entsprechend ein Loch im Boden hinterlassen hatte. In der Folge klagte B. gegen A. auf Zahlung eines Geldbetrages in der Höhe der Installation eines neuen Schwimmbades.

[Rz 87] Das Bundesgericht musste darüber entscheiden, ob es sich beim betreffenden Schwimmbad um einen festen Bestandteil der Liegenschaft oder um eine Fahrnisbaute i.S.v. Art. 677 ZGB gehandelt hatte. Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass sich das Eigentum am Boden nach oben und unten, d.h. auf den Luftraum und das Erdreich, erstrecke, soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse bestehe (Art. 667 Abs. 1 ZGB). Gemäss dem *Akzessionsprinzip* stellen die auf dem Grundstück errichteten Bauten kraft Gesetzes Bestandteile desselben dar (vgl. Art. 667 Abs. 2 und 671 ZGB; E. 3.3.1). Als Baute sei all das zu verstehen, was durch technische Mittel mit dem Grundstück vereinigt sei, und zwar sowohl über als auch unter dem Boden. Dabei kann es sich nicht nur um Gebäude und Mauern, sondern auch um Brücken, Leitungen, Keller, Tiefgaragen etc. handeln. Jedoch beinhalten die Bauten i.S.v. Art. 667 Abs. 2 ZGB *nicht Fahrnisbauten* nach Art. 677 ZGB. Letztere seien leichte Bauten (wie etwa Baracken), welche ohne die Absicht der Dauerhaftigkeit auf dem Boden eines anderen erstellt werden. Sie gehören dem Eigentümer dieser Sachen (Art. 677 Abs. 1 ZGB) und sind nicht im Grundbuch eingetragen. Um zu entscheiden, ob es sich um eine Fahrnis- oder eine feste Baute handle, seien einerseits die *objektive Intensität der Verbindung* der Sache zum Boden und andererseits der *subjektive Wille des Eigentümers der Liegenschaft* zu berücksichtigen (E. 3.3.1).

[Rz 88] Bezüglich des *objektiven Kriteriums* müssen Baute und Boden materiell verbunden sein, d.h., ihre Verbundenheit müsse zumindest in gewisser Weise von aussen erkennbar sein. Es sei nicht nur die Tatsache entscheidend, dass die Fahrnisbaute vom Grundstück, wo sie sich befinde, entfernt werden könne, sondern auch die Konsequenzen einer solchen Entfernung seien zu berücksichtigen. Die Abwesenheit von Beschädigungen oder Veränderungen bei der Trennung der Baute und der Entfernung vom Boden stellen dabei ein Indiz für den Fahrnischarakter einer Baute dar. Die Tatsache, dass eine Baute an die Kanalisation angeschlossen und mit dem Elektrizitäts- und Telefonnetz verbunden sei, genüge nicht, um das Fehlen einer objektiven Verbindung mit dem Boden auszugleichen. Das *subjektive Element* sei im Zeitpunkt der Errichtung der Baute zu beurteilen (E. 3.3.1).

[Rz 89] *In casu* stellte das Bundesgericht fest, dass das Schwimmbad unbestritten zum Selbstmontieren verkauft worden sei. Es sei jedoch die Installation als Ganzes zu betrachten. Das Schwimmbad sei nicht einfach auf dem Boden stehend, was eine Anwendung des Akzessionsprinzips ausschliessen würde (E. 3.4). Es sei vorliegend auf einer Bodenplatte und einem Betonsockel montiert worden, sei zudem um $\frac{1}{2}$ seiner Tiefe vergraben und mit einer 4 cm dicken Betonschicht einbetoniert worden. Zudem sei auch nicht bestritten worden, dass der Swimmingpool eine Lebensdauer von mehreren Jahren aufgewiesen hätte. Entsprechend konnte es nicht als Fahrnisbaute gelten bzw. musste die Qualifikation der Vorinstanz nicht als willkürlich gelten.

6. Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ff. ZGB)

a. Definitive Eintragung und Fristberechnung (Art. 839 Abs. 2 i.V.m. 961 Abs. 3 ZGB)

[Rz 90] Der Bauhandwerkerpfandrechtsfall BGE 143 III 554 ff. (= Urteil des Bundesgerichts 5A_82/2016 vom 16. August 2017) betraf eine relevante Fristberechnungsfrage, welcher folgender Sachverhalt zugrunde lag: Mit Entscheid vom 12. Juni 2013 erlangte die A. AG die provisorische Eintragung von 18 Bauhandwerkerpfandrechten auf den Stockwerkeinheiten der Parzelle Nr. 269 des Grundbuchamtes X im Betrag von CHF 262'830.35. Zugleich wurde dem Bauunternehmen eine Frist von 60 Tagen für die Klage auf definitive Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte angesetzt, unter anderem mit dem Hinweis, dass die Frist während den Gerichtsferien nicht stillstehen werde. Mittels Klage vom 16. August 2013 beantragte die A. AG vor dem Bezirksgericht Lugano die definitive Eintragung dieser Bauhandwerkerpfandrechte. Das Bezirksgericht beschränkte sich auf die *Beurteilung der Fristenwahrung* und stellte die rechtzeitige Klageeinreichung fest. Die zweite Instanz hingegen wies die Klage wegen Verspätung ab und ordnete die Löschung der provisorischen Bauhandwerkerpfandrechte an. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die A. AG beim Bundesgericht die Aufhebung des kantonalen Urteils.

[Rz 91] Streitig war ausschliesslich die Frage, ob der Fristenstillstand nach Art. 145 Abs. 1 der Zivilprozessordnung (ZPO) auf die Prosequierungsfrist für die definitive Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte anwendbar sei (E. 2.). Einleitend hält das Bundesgericht fest, dass die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB innerhalb von vier Monaten ab Fertigstellung der Arbeiten zu erfolgen habe. Die Frist sei eingehalten, wenn der Bauhandwerker (bzw. das Bauunternehmen) innerhalb von vier Monaten eine *vorläufige Eintragung* nach Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB und Art. 76 Abs. 3 der Grundbuchverordnung (GBV) veranlasst habe. Wenn der Richter die vorläufige Eintragung bewillige, bestimme er gemäss

Art. 961 Abs. 3 ZGB gleichzeitig deren genaue Dauer und Wirkungen und lege wenn nötig eine *Frist zur gerichtlichen Geltendmachung* der Forderung fest.

[Rz 92] Dabei könne die Dauer der provisorischen Eintragung auf zwei Arten festgelegt werden: Der Richter könne entweder die Vormerkung befristen oder eine Frist zur Klageanhebung hinsichtlich der definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts festsetzen, wobei die Vormerkung bis zur endgültigen Entscheidung wirksam bleibe. Das Bundesgericht erwähnt in diesem Zusammenhang auch Art. 263 ZPO, wonach bei Gewährung einer vorläufigen Massnahme vor der Rechtshängigkeit der Klage in der Hauptsache, das Gericht der gesuchstellenden Partei eine Frist zur Klageeinreichung setze, unter der Androhung, dass die angeordnete Massnahme bei ungenutztem Ablauf der Frist ohne Weiteres dahinfalle (E. 2.1).

[Rz 93] Die Beschwerdeführerin machte geltend, dass die Frist von Art. 961 Abs. 3 *in fine* ZGB eine *prozessuale Frist* sei, da ihre Dauer durch den Richter und nicht durch das Gesetz bestimmt werde. Das Bundesgericht widersprach dem und hielt fest, dass die Fristen zur Erhebung einer Klage durch das ZGB oder durch das OR fixiert werden und demzufolge materiell-rechtliche Fristen darstellen. Es handle sich dabei um Verwirkungs- oder Verjährungsfristen (E. 2.5.1). Das Bundesgericht hält weiter folgendes fest: Die Frist für eine Klage auf Bestätigung der provisorischen Eintragung im Grundbuch ist in Art. 961 Abs. 3 ZGB vorgesehen, und der Gesetzgeber hat die Bestimmung beim Inkrafttreten von Art. 263 ZPO bewusst nicht aufgehoben. Die Bestimmung ist lediglich abgeändert und um den Hinweis auf das summarische Verfahren gekürzt worden. Während Art. 961 Abs. 3 ZGB vorschreibt, dass eine Frist zur Erhebung der Klage «nötigenfalls» zu setzen ist, verlangt Art. 263 ZPO eine Fristansetzung, sofern die Hauptsache noch nicht rechtshängig ist. Letzteres schränkt somit die Möglichkeit des Richters ein, die Dauer der Wirksamkeit der provisorischen Eintragung zu bestimmen (E. 2.5.1; vgl. auch E. 2.1.).

[Rz 94] Sodann führt das Bundesgericht aus, dass – unter Beachtung des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung – jenes Recht, welches die Frist festsetzt, auch die Berechnung dieser Frist vorgibt. Die Prozessregeln der ZPO sind zur Berechnung der Fristen des materiellen Rechts daher nicht anwendbar. Folglich steht die materiell-rechtliche Frist hinsichtlich einer Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts nicht i.S.v. Art. 145 Abs. 1 ZPO still (E. 2.5.2; vgl. MARTINA FRISCHKOPF, Bauhandwerkerpfandrecht: kein Fristenstillstand!, in: dRSK, publiziert am 26. Januar 2018).

b. Weitere Fälle zum Bauhandwerkerpfandrecht

[Rz 95] In der Berichtsperiode sind weitere Bundesgerichtsentscheide zum Bauhandwerkerpfandrecht ergangen, so in chronologischer Reihenfolge der Entscheid 5A_235/2017 vom 14. August 2017 (betr. der definitiven Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts), der Entscheid 5A_579/2017 vom 13. September 2017, der Entscheid 5A_723/2016 vom 20. Oktober 2017 (betr. diversen prozessualen Fragestellungen), der Entscheid 5A_123/2018 vom 1. März 2018 (betr. Gerichtsstandsfragen), der Entscheid 5A_988/2017 vom 14. März 2018 (betr. der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts) sowie der Entscheid 5A_77/2018 vom 16. März 2018 (betr. der definitiven Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts).

7. Schuldbrief (Art. 842 ff. ZGB)

[Rz 96] Der Entscheid des Bundesgerichts BGE 144 III 29 (= Urteil des Bundesgerichts 5A_853/2016 vom 26. Oktober 2017) betraf den Umfang einer Pfandsicherheit. Es ging bei dieser Grundpfandverwertung mit einem Schuldbrief darum, dass die Bank als Gläubigerin nicht die effektiv geschuldeten Zinsen geltend machte, sondern höhere Schuldbriefzinsen zum Maximalzinsfuss. Strittig war der Begriff der «tatsächlich geschuldeten Zinsen», die pfandgesichert waren. So hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob damit die Schuldbriefzinsen oder die Zinsen aus der gesicherten Forderung – aus dem Grundverhältnis – gemeint seien. Folgenden Sachverhalt stand zur Beurteilung: Mit Kaufvertrag vom 14. Juli 2004 erwarben C. und D. (nachfolgend «die Miteigentümer») die Parzelle Nr. 4760 zu Miteigentum. Am 17. September 2004 unterschrieben die Miteigentümer eine von der Bank A. stammende Kreditofferte. Der Vertrag sah eine Baukreditlimite auf Kontokorrentbasis bis zu einer Höhe von CHF 715'000 und einen Zinssatz von 3.65 % vor. Als Sicherheit für den Kredit war die Sicherungsübereignung eines auf der Parzelle Nr. 4670 lastenden Inhaberschuldbriefes über CHF 655'000 im ersten Rang vorgesehen. Der Inhaberschuldbrief wurde in der Folge errichtet und an die Bank A. übertragen. Im Grundbuch wurde dabei am 13. Oktober 2004 unter anderem ein Maximalzinsfuss von 10 % eingetragen. Mit Schreiben vom 7. Februar 2006 informierte die Bank A. die Miteigentümer darüber, dass mehrere ihnen temporär gewährte Zusatzkredite nicht zurückerstattet worden seien, dass ihr Konto eine Überschreitung von CHF 163'127.30 aufweise und dass ihnen eine Frist gesetzt werde, um die Situation zu regeln. Mit eingeschriebenem Brief vom 19. Mai 2006 kündigte die Bank A. den Miteigentümern schliesslich den Darlehensvertrag und den Schuldbrief.

[Rz 97] In der Folge beantragte B. gestützt auf ein ihm zustehendes Bauhandwerkerpfandrecht die Versteigerung der Parzelle Nr. 4760. Im Anschluss an die Publikation des Steigerungsdatums, welches auf den 22. Oktober 2014 festgelegt wurde, ersuchte die Bank A. um Aufnahme einer zu ihren Gunsten bestehenden Forderung in das Lastenverzeichnis in der Höhe von CHF 892'613.35. Diesen Betrag konkretisierte sie folgendermassen: CHF 655'000 als Kapitalzahlung aus der Hypothek, CHF 231'433.55 aus Zinsen (zu einem Zinssatz von 10 % ab dem 10. April 2011 bis zum 22. Oktober 2014) zuzüglich CHF 6'180 Kosten für Betreuung und Rechtsöffnung.

[Rz 98] Vor Bundesgericht war streitig, ob der gemäss Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB tatsächlich geschuldete Zins, welcher gemäss der erwähnten Bestimmung pfandgesichert ist, sich auf den Zins der Grundforderung oder den der Schuldbriefforderung entspringenden Zins bezieht. Um diese Frage zu klären, musste das Bundesgericht zunächst ermitteln, ob die seit 1. Januar 2012 geltende Fassung von Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB auf den vorliegenden Fall anwendbar ist und welche Prinzipien im Zusammenhang mit der Benutzung des Schuldbriefes in der Form der Sicherungsübereignung und mit der Bestimmung des Zinses bestehen.

[Rz 99] Die Erwägungen des Bundesgerichts lassen sich wie folgt zusammenfassen: Das Schuldbriefrecht ist mit der Revision des ZGB vom 11. Dezember 2009 geändert worden (vgl. E. 4.1). Damit hatte das Bundesgericht erstmals seit der Gesetzesänderung die Gelegenheit, einen konkreten Anwendungsfall zu beurteilen. Anders als unter dem früheren Recht sieht Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB seit der Revision vor, dass beim Schuldbrief nur die tatsächlich geschuldeten Zinsen pfandgesichert sind. In seiner alten Version beinhaltete der Artikel keine derartige Einschränkungen bezüglich des Zinses beim Schuldbrief.

[Rz 100] Ein Schuldbrief, welcher vor Inkrafttreten des neuen Rechts zur Sicherheit gegeben wurde, untersteht gemäss Art. 1 Abs. 1 und 26 Abs. 1 SchlT ZGB dem alten Recht. Hingegen

ist für die *Berechnung der Zinsen* der existierenden Grundpfandrechte der neue Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB sofort anwendbar (Art. 26 Abs. 2 SchlT ZGB). Auf die vorliegende Fragestellung ist somit das neue Recht anwendbar (E. 4.1).

[Rz 101] Sowohl unter altem als auch unter neuem Recht wird durch den Schuldbrief eine persönliche Forderung begründet, die grundpfändlich sichergestellt ist (Art. 842 Abs. 1 ZGB; E. 4.2). Das Gesetz stellt der Schuldbriefforderung die Forderung aus dem Grundverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger gegenüber, d.h. die Forderung, welche die Parteien mittels Schuldbrief absichern möchten. Jedoch ist lediglich die im Schuldbrief aufgeführte Forderung durch das Grundpfand gesichert. Die Beziehung zwischen den beiden Forderungen – d.h., der Forderung aus dem Grundverhältnis und der Schuldbriefforderung – hängt von der Benutzungsmethode des Schuldbriefes ab, welche die Parteien frei bestimmen können. Es besteht jedoch gemäss Art. 842 Abs. 2 ZGB eine Vermutung, dass die Forderungen nebeneinander bestehen – es erfolgt somit keine Novation (E. 4.2).

[Rz 102] Sofern die Parteien durch einen Treuhandvertrag vereinbaren, dass der Schuldbrief dem Gläubiger als *fiduziarischer Titel* zu Sicherungszwecken übergeben werden soll, erfolgt keine Novation der gesicherten Forderung. Die Schuldbriefforderung stellt sich neben die gesicherte Forderung. Man unterscheidet also zwischen der abstrakten Forderung, welche durch das Grundpfand garantiert wird und im Schuldbrief beinhaltet ist und der kausalen Forderung, welche aus dem Grundverhältnis, normalerweise einem Darlehen, entstammt und für welche der Schuldbrief als Sicherheit begeben wurde. Die beiden Forderungen bestehen in diesem Fall unabhängig voneinander (vgl. BGE 140 III 180, E. 5.1.1; E. 4.2).

[Rz 103] Die abstrakte Forderung, welche im Schuldbrief verkörpert ist, muss Gegenstand einer *Betreibung auf Grundpfandverwertung* sein, die kausale Forderung hingegen Gegenstand einer ordentlichen *Betreibung*. Der Gläubiger, welcher eine *Betreibung auf Grundpfandverwertung* einleitet, macht die abstrakte Schuldbriefforderung geltend – und nicht die kausale Grundforderung. Sofern in diesem Fall die kausale Grundforderung (Kapital und Zins) einen kleineren Betrag aufweist als die eingetriebene, abstrakte Forderung, kann der Schuldner persönliche Einreden erheben, welche er gegen den Gläubiger (fiduziarischen Eigentümer) gestützt auf den Treuhandvertrag besitzt, insbesondere die Einrede der Begrenzung des geforderten Betrages auf jenen der Grundforderung (E. 4.2 *in fine*).

[Rz 104] Weiter führt das Bundesgericht aus, dass die Schuldbriefforderung lediglich dann Zinsen umfasst, wenn die Parteien dies ausdrücklich vereinbart haben (Art. 795 ZGB). Der fixe oder variable Zinssatz kann in den Grenzen von Art. 795 ZGB von den Parteien frei vereinbart werden (E. 4.3). Die Parteien können beschliessen, dass auf die Schuldbriefforderung ein anderer Zinssatz als auf die Grundforderung angewendet wird. Der vereinbarte Zinssatz für die Schuldbriefforderung darf allerdings nicht mit dem Maximalzinssatz gemäss Art. 101 Abs. 2 lit. e GBV verwechselt werden. Die Zinsforderung profitiert vom Grundpfand in den Grenzen von Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB (E. 4.3).

[Rz 105] Das Bundesgericht legt sodann zur Beantwortung der eingangs erwähnten, zentralen Frage Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB aus und kommt zum Schluss, dass Gegenstand dieser Bestimmung die Zinsen auf der Schuldbriefforderung sind (vgl. E. 4.4.1 ff. betreffend die anwendbaren Interpretationsgrundsätze). Nichtsdestotrotz darf der Gläubiger diese Zinsen nur zur Begleichung der Zinsen auf der Grundforderung verwenden (E. 4.4.4). Die Zinsen auf der Schuldbriefforderung berechnen sich gestützt auf den von den Parteien vereinbarten Zinsfuss. Diese Zinsen müssen effektiv verfallen sein in den drei Jahren vor der Konkursöffnung oder des Pfandver-

wertungsbegehrens. Pfandgesichert ist sodann der seit dem letzten Zinstermin laufende Zins. Der so errechnete Betrag stellt den Umfang der Sicherheit dar, welche der Grundpfandgläubiger benutzen darf, um die aus dem Grundverhältnis geschuldeten Zinsen zu decken (E. 4.4.5).

[Rz 106] Sofern im Stadium der Verwertung die aus dem Grundverhältnis geschuldeten Zinsen tiefer sind als die dem Grundpfandverhältnis (d.h. dem Schuldbrief) entspringenden Zinsen, können die rangtieferen Grundpfandgläubiger eine entsprechende materiellrechtliche Einrede gestützt auf Art. 842 Abs. 2 ZGB erheben (E. 4.4.6). Sie können auch eine entsprechende Bereinigung des Lastenverzeichnisses beantragen. Die Zwangsvollstreckungsbehörde hat in diesem Fall sowohl die Zinsen aus dem Grundpfandverhältnis als auch die Zinsen aus dem Grundverhältnis im Lastenverzeichnis zu reflektieren.

[Rz 107] Vorliegend hat die kantonale Instanz Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB verletzt, indem sie bei der Ermittlung der Schuldbriefzinsen ausschliesslich auf den Zinsfuss aus dem Grundverhältnis abgestellt hat (E. 4.5). Sie hätte beide der erwähnten Zinsbeträge ermitteln sollen, wobei letztlich der tiefere Betrag massgeblich und ins Lastenverzeichnis aufzunehmen gewesen wäre. Da die kantonale Autorität den im Grundpfandverhältnis vereinbarten Zinsfuss nicht ermittelt, war die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (E. 4.5).

[Rz 108] Aufgrund einer vertieften Auseinandersetzung mit den Gesetzesmaterialien kommt das Bundesgericht zu einer Modifikation seiner bisherigen Praxis (begründet in BGE 115 II 349), indem erstens nur die vereinbarten Schuldbriefzinsen seit der Ausstellung des Schuldbriefes geltend gemacht werden können und zweitens verboten werden soll, dass die Schuldbriefzinsen eine Kapitalforderung aus dem Grundverhältnis decken sollen (vgl. E. 4.4.3.7; vgl. dazu DANIEL STAEHLIN/ROLAND PFÄFFLI, Zur Pfandsicherheit beim Schuldbrief [Art. 818 ZGB], BN 2018, S. 229–234).

8. Besitz (Art. 919 ff. ZGB)

a. Klage aus Besitzesentziehung (Voraussetzungen und Besitzesverlust infolge einer unerlaubten Entziehung; Art. 927 Abs. 1 ZGB)

[Rz 109] Der BGE 144 III 145 (= Urteil des Bundesgerichts 4A_197/2017 vom 13. März 2018) betraf folgenden Sachverhalt: Die Brüder P.A. und G.A. pachteten ein landwirtschaftliches Gebiet. Der Pachtvertrag verpflichtete den Eigentümer bei Weggang der Pächter und für den Fall das keines der Kinder des Eigentümers den Pachtvertrag übernimmt, das Pachtverhältnis den Neffen von P.A. und G.A. zu übertragen. Während des Pachtverhältnisses wechselte der Eigentümer des Landes, gleichzeitig wurde das Pachtverhältnis verlängert.

[Rz 110] Als die Parteien Jahre später schliesslich die Aufhebung des Pachtverhältnisses vereinbarten, bot B., der Neffe der aktuellen Pächter, dem Eigentümer im April 2015 ein Angebot zur Übernahme des Pachtverhältnisses an. Nach Mitteilung der kantonalen Behörde für Grundstücksverkehr, dass der Eigentümer ab dem 21. Februar 2016 eine neue Pacht mit einem Pächter seiner Wahl und nicht verpflichtend mit einem Neffen der aktuellen Pächter abschliessen könne, hatte Eigentümer X. in Folge einen Pachtvertrag mit dem Dritten C. abgeschlossen. Das bisherige Pachtverhältnis sollte im Übrigen am 21. Februar 2016 enden.

[Rz 111] Die Pächter und ihr Neffe B. setzten den Eigentümer daraufhin bezüglich des Abschlusses eines Pachtvertrages mit B. ab dem 22. Februar 2016 in Verzug. Als sich der Eigentümer an-

schliessend wiedere setzte, informierten die Pächter den Eigentümer, dass sie den landwirtschaftlichen Betrieb ab dem 22. Februar 2016 an B. übertragen würden.

[Rz 112] Der Beschwerdeführer verlangte am 9. Februar 2016 vorsorgliche Massnahmen. Das Gesuch wurde erst- und zweitinstanzlich abgewiesen. Vor Bundesgericht wurde die Beschwerde im April 2017 erhoben. Gemäss BGE wurde das erstinstanzliche Gesuch also noch erhoben bevor der Pachtvertrag am 21. Februar 2016 endete. Daraufhin verlangte X. vorsorglich bzw. superprovisorisch, dass B. zu verpflichten sei das Grundstück sofort freizugeben sowie die Erlaubnis von öffentlicher Gewalt Gebrauch zu machen, sofern B. dieser Verpflichtung nicht nachkomme. Sowohl die erste als auch die zweite Instanz wiesen das Gesuch ab.

[Rz 113] Das Bundesgericht erinnerte zunächst daran, dass gemäss Art. 927 Abs. 1 ZGB derjenige, der einem andern eine Sache durch verbotene Eigenmacht entzieht, verpflichtet sei, sie zurückzugeben, auch wenn er ein besseres Recht an der Sache behauptet. Der Kläger, der sich auf Art. 927 Abs. 1 ZGB stützt, habe zwei Voraussetzungen zu beweisen: erstens der Besitz der Sache und zweitens der Verlust des Besitzes in der Folge einer unerlaubten Entziehung.

[Rz 114] Bezüglich der erst genannten Voraussetzung stellte das Bundesgericht fest, dass sofern der Eigentümer eines Grundstücks dieses an einen Pächter verpachtet, diesfalls beide Besitzer des Grundstücks seien. Der Pächter habe den unmittelbaren und der Eigentümer den mittelbaren Besitz.

[Rz 115] Vorliegend sei die Vorinstanz jedoch gerade davon ausgegangen, dass X. nie Besitzer der Grundstücke wurde, zumal diese vom früheren Eigentümer direkt auf die Pächter und von diesen auf den Beklagten B. übertragen worden seien. Dieser Auffassung könne nach Meinung des Bundesgerichts nicht gefolgt werden, denn sie würde in einem krassen Widerspruch zu den Regeln über die Besitzesübertragung nach Art. 922 ff. ZGB stehen.

[Rz 116] Wenn der Eigentümer, der sein Grundstück verpachtet habe, dieses durch Kaufvertrag veräussere, trete er den mittelbaren Besitz durch Besitzanweisung an den Erwerber ab, ohne dass der unmittelbare Besitz der Pächter dadurch beeinflusst werden würde (Art. 924 Abs. 1 ZGB), zumal auch die landwirtschaftliche Pacht auf den Erwerber übergehen würde (Art. 14 des Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht [LPG]). Vorliegend auf den Erwerb nach der willentlichen Besitzesübertragung durch den Veräusserer an den Erwerber eine Lösung anzuwenden, welche die Lehre lediglich auf den Erwerb eines Grundstückes durch notarielle Urkunde im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung nach Konkurs anwenden würde (vgl. Art. 656 Abs. 2 ZGB), sei willkürlich. Art. 261 Abs. 1 OR und Art. 14 LPG würden die Veräusserung der gemieteten Sache und die Entziehung in einem Schuldbetreibungs- oder Konkursverfahren gleichstellen, dies betreffe jedoch lediglich was die vertragliche Beziehung des Miet- bzw. Pachtverhältnisses betreffe, welches auf den Erwerber übergehe, es könne offenbleiben, wie der Besitz im Rahmen einer Zwangsversteigerung übertragen werde. Es sei folglich im vorliegenden Fall anzunehmen, dass der Beschwerdeführer und aktuelle Eigentümer des Grundstückes auch der mittelbare Besitzer des Grundstückes sei.

[Rz 117] Folglich hat das Bundesgericht die Beschwerde gutgeheissen und die Sache zur Neuentscheidung über die zweite Voraussetzung der Klage aus Besitzesentziehung nach Art. 927 Abs. 1 ZGB an die kantonale Instanz zurückgewiesen.

b. Eigentumsklage und Besitzerschutz (Art. 641 und 714 Abs. 2 ZGB)

[Rz 118] Im Entscheid des Bundesgerichts 5A_962/2017 vom 29. März 2018 ging es einmal mehr um den Occasionshandel mit Motorfahrzeugen: Die B. mit Sitz in Italien vermietete im August 2013 einen Audi A3 TDI an C. Dieser gab das Fahrzeug vertragswidrig nicht zurück, und der Audi A3 gelangte zu E., von welchem die A. GmbH diesen schliesslich erwarb. B. klagte gegen die A. GmbH und verlangte die Herausgabe des Audi A3.

[Rz 119] Das Bundesgericht erinnert zunächst daran, dass wer Eigentümer einer Sache ist, in den Schranken der Rechtsordnung über diese nach seinem Belieben verfügen kann (Art. 641 Abs. 1 ZGB). Er hat insbesondere das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren (Art. 641 Abs. 2 ZGB; E. 3.1). Die entsprechende Eigentumsklage kann nur dann abgewehrt werden, wenn der Beklagte ein *besseres Recht* geltend machen kann, namentlich wenn er Eigentümer der Sache geworden ist. Wer in *gutem Glauben* eine bewegliche Sache zu Eigentum übertragen erhält, wird – auch wenn der Veräusserer zur Eigentumsübertragung nicht befugt war – deren Eigentümer, sobald er nach den Besitzesregeln im Besitze der Sache geschützt ist (Art. 714 Abs. 2 ZGB; E. 3.2).

[Rz 120] Nach den Besitzesregeln wird geschützt, wer eine bewegliche Sache in gutem Glauben zu Eigentum oder zu einem beschränkten dinglichen Recht übertragen erhält, selbst wenn sie dem Veräusserer ohne jede Ermächtigung zur Übertragung anvertraut worden war (Art. 933 ZGB). Demgegenüber kann der Besitzer einer gestohlenen oder sonst wider seinen Willen abhandengekommenen Sache diese während fünf Jahren von jedem – auch dem gutgläubigen – Empfänger abfordern (Art. 934 Abs. 1 ZGB). Allerdings hat er dem gutgläubigen Empfänger den vom ihm bezahlten Preis zu vergüten, wenn die Sache öffentlich versteigert oder auf dem Markt oder durch einen Kaufmann, der mit Waren der gleichen Art handelt, übertragen wurde (Art. 934 Abs. 2 ZGB). Schliesslich kann derjenige, der den Besitz einer beweglichen Sache nicht in gutem Glauben erworben hat, von dem früheren Besitzer jederzeit auf Herausgabe belangt werden (Art. 936 Abs. 1 ZGB; E. 3.2 *in fine*).

[Rz 121] Das Bundesgericht stellt fest, dass offen bleiben könne, ob der vorliegende Sachverhalt unter Art. 933 ZGB («anvertraute Sache») oder 934 ZGB («abhanden gekommene Sache») subsumiert werde. Massgebend sei vorliegend einzig, die Frage nach dem «guten Glauben», welcher bei der Beklagten A. GmbH zu verneinen sei (E. 4). Wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person geknüpft hat, sei dessen Dasein zwar zu vermuten (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Hingegen ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen, wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte (Art. 3 Abs. 2 ZGB; E. 5). Beim Erwerb sei ein gewisser Grad an Aufmerksamkeit zu verlangen; nur bei konkreten Verdachtsgründen bestehe jedoch eine Pflicht zur Erkundigung. Höher sind die Anforderungen dann, wenn die Waren zweifelhafter Herkunft sind, wie dies bei Gebrauchsgütern aller Art der Fall sei (E. 5.1).

[Rz 122] Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf aus der Unterlassung von Nachforschungen nur dann das Fehlen des guten Glaubens abgeleitet werden, wenn die betreffenden Vorkehren voraussichtlich zur Entdeckung des mangelnden Verfügungsrechts des Veräusserers geführt hätten (E. 5.2). In tatsächlicher Hinsicht stellt das Bundesgericht fest, dass die Beklagte erstmals mit der E. in eine Geschäftsbeziehung eintrat. Ein Blick in das öffentlich zugängliche Handelsregister hätte ergeben, dass dort nur eine Person verantwortlich zeichnete. Wenn ausserdem sämtliche Fahrzeugpapiere, der Ersatzschlüssel und die Servicemappe fehlten, lägen genü-

gend konkrete Verdachtsgründe vor, welche die Beklagte dazu hätten veranlassen müssen, die näheren Umstände abzuklären (E. 6.1). Hinzu kam, dass die E. innerhalb der Automobilbranche im Tessin bekannt war. Da die Beklagte keine als geeignet und zumutbar erscheinende Massnahme ergriffen hatte, konnte sie sich nicht auf ihren guten Glauben berufen (E. 6.2.2).

9. Grundbuchrecht (Art. 942 ff. ZGB)

a. Einsichtsrecht in das Grundbuch (Art. 970 Abs. 1 und 2 ZGB)

[Rz 123] Im Entscheid 5A_747/2017 vom 14. Februar 2018 war zu beurteilen, wann ein Einsichtsrecht in das Grundbuch besteht. Das Bundesgericht kommt zu einer abweisenden Beurteilung, indem es im konkreten Fall das Interesse nach Art. 970 Abs. 1 ZGB verneinte, da das tatsächliche Interesse eine qualifizierte Bezugsnähe benötige. Zu beurteilen war folgender Sachverhalt: A. ersuchte das Grundbuchamt U. um Zustellung eines Grundbuchauszuges einer Liegenschaft. Er brachte vor, er benötige den Kaufrechtsvertrag, den der damalige Eigentümer des Grundstücks mit der C. AG vor ca. 20 Jahren über diese Liegenschaft abgeschlossen hatte. Aufgrund einer geleisteten Anzahlung von CHF 50'000 bestehe ein grosses Interesse, die früheren Vorgänge nachzuvollziehen. Das Gesuch wurde daraufhin vom Grundbuchamt mangels glaubhaft gemachtem Interesse an der Einsicht i.S.v. Art. 970 Abs. 1 ZGB abgewiesen.

[Rz 124] Das Bundesgericht rekapitulierte zunächst die Ausführungen des Kantonsgerichts. Dieses hatte ausgeführt, dass sich aus der von der mittlerweile aus dem Handelsregister gelöschten C. AG geleisteten Anzahlung aufgrund Kaufrechtsvertrags kein Interesse an der Einsicht ergäbe, zumal der Beschwerdeführer als letzter Verwaltungsrat bzw. Aktionär der C. AG selbst nicht Partei dieses Kaufrechtsvertrags gewesen sei. Auch die blossе Eigenschaft als Mieter der betroffenen Liegenschaft genüge nicht zur Begründung des erforderlichen Einsichtsinteresses. Es werde insbesondere *keine bestehende Rechtstellung* geltend gemacht, weshalb es an einem inneren, funktionellen Zusammenhang, der für ein rechtliches Einsichtsinteresse erforderlich sei, fehle (E. 2.2). Des Weiteren sei aus den Ausführungen des Beschwerdeführers auch nicht ersichtlich, inwiefern er einen persönlichen Vorteil aus der Einsicht erlangen würde und weshalb nach ca. 20 Jahren eine Prüfung der Vorgänge des Vertragsschlusses notwendig sei. Es fehle daher auch an einem tatsächlichen Einsichtsinteresse. Blossе Neugier genüge als Interessennachweis nicht (E. 2.2 *in fine*).

[Rz 125] Anschliessend führte das Bundesgericht aus, dass die in der Beschwerdeschrift gemachten Ausführungen sich nicht auf die Erwägungen des angefochtenen Entscheides beziehen würden und nicht geeignet seien, diesen als bundesrechtswidrig erscheinen zu lassen. Der Beschwerdeführer beschränke sich (wie vor der Vorinstanz) auf seine Stellung als ehemaliger Verwaltungsrat bzw. Aktionär sowie Mieter der betroffenen Liegenschaft zu verweisen. Eine Auseinandersetzung mit den Argumenten der Vorinstanz finde nicht statt, weshalb das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht eintrat (E. 2.3).

b. Eintragung eines bedingten Wohnrechts im Grundbuch (Art. 776, 746 ZGB; Art. 47 GBV)

[Rz 126] Der Entscheid 5A_518/2017 vom 20. April 2018 betraf die Frage, ob ein suspensiv terminiertes Wohnrecht in das Grundbuch eingetragen werden kann. A. (Beschwerdeführer) beurkundete am 21. Juni 2016 als Urkundsperson die «Begründung eines Wohnrechts». Demnach räumte der Alleineigentümer B. seiner Lebenspartnerin C. ein unentgeltliches, lebenslängliches und ausschliessliches Wohnrecht an seiner Liegenschaft ein. Vereinbarungsgemäss sollte das Wohnrecht erst nach dem Ableben von B. Gültigkeit erlangen. Im Falle der Auflösung der Wohngemeinschaft von B. und C., sei das Wohnrecht im Grundbuch zu löschen. Frau C. verpflichtete sich in diesem Fall zur vorbehaltlosen Zustimmung der Löschung des Wohnrechtes. Die Grundbuchverwalterin wies die Anmeldung ab.

[Rz 127] Das Bundesgericht erinnert im Rahmen der Grunddienstbarkeiten daran, dass deren Errichtung die Eintragung in das Grundbuch bedürfe (Art. 731 Abs. 1 ZGB; E. 3.1). Nach herrschender Lehre sei die Eintragung suspensiv bedingter Grunddienstbarkeiten im Grundbuch mit dem Eintragungsprinzip unvereinbar, da die suspensiv bedingte Grunddienstbarkeit erst in dem Zeitpunkt entsteht, in welchem die Bedingung eintrete. Andernfalls würde das Grundbuch einem noch gar nicht bestehenden Recht den Schein rechtlicher Existenz verleihen. Deren Anmeldung zur Eintragung in das Grundbuch sei folglich abzuweisen (E. 3.1).

[Rz 128] Auch zur rechtsgeschäftlichen Bestellung eines Wohnrechts sei die Eintragung ins Grundbuch erforderlich (Art. 776 Abs. 3 i.V.m. 746 Abs. 1 ZGB). Mit Bezug auf Suspensivbedingungen gelte für das Wohnrecht folglich dasselbe, wie bei Grunddienstbarkeiten. Um ihrer Wirkung gegenüber Dritten willen, sei es gerechtfertigt, auflösende wie auch aufschiebende Bedingungen bei Dienstbarkeiten nicht zuzulassen und folglich nicht einzutragen (E. 3.1 *in fine*).

[Rz 129] In seinem Leiturteil zur Eintragungsfähigkeit eines resolutiv bedingten Wohnrechts hatte das Bundesgericht bereits bestätigt, dass die Eintragung suspensiv bedingter Dienstbarkeiten mit den Forderungen nach Klarheit, Sicherheit und Vollständigkeit des Grundbuchs unvereinbar sei (vgl. BGE 115 II 213, E. 3 und E. 4). Ein auf den Tod des Bestellers terminiertes Wohnrecht sei gleich wie sonst, als ein bedingtes Wohnrecht zu behandeln (vgl. BGE 115 II 213, E. 4b; E. 3.2). Unabhängig davon, ob das Wohnrecht somit suspensiv bedingt oder suspensiv terminiert sei, d.h. erst im Zeitpunkt des Ablebens und nicht bereits bei Vertragsschluss Wirksamkeit entfalte, gelte das Gleiche (E. 4.1). Die Vertragsparteien hätten den Eintritt der Gültigkeit des Wohnrechts und nicht bloss die Ausübung des Wohnrechts aufgeschoben. Damit seien die Voraussetzungen des einzutragenden Rechts unzweifelhaft nicht erfüllt.

[Rz 130] Die Vertragsparteien hätten ein dinglich wirkendes Wohnrecht begründen wollen, dessen Gültigkeit aber aufgeschoben (E. 4.2). Dass der Dienstbarkeitsvertrag suspensiv bedingt sein könne, ändere nichts daran, dass die Grundbuchanmeldung, die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts und damit den Eintritt der Bedingung voraussetze. Bei bedingter Begründung des Wohnrechts erfolge die Eintragung in das Grundbuch erst, wenn die Bedingung erfüllt sei. Diese Bedingung sei noch nicht eingetreten. Gemäss Grundbuchverordnung habe die Anmeldung unbedingt und vorbehaltlos zu erfolgen (Art. 47 Abs. 1 GBV; E. 4.3). Dies hätte nichts mit der Frage zu tun, ob das einzutragende Recht bedingt sein dürfe. Aus den dargelegten Gründen sei die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

10. Bewilligungsgesetz: Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland; wirtschaftliche Identität des Käufers (Art. 12 lit. c BewG).

[Rz 131] Der Entscheid 2C_1070/2016 vom 3. Oktober 2017 stützte sich auf das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG). Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: A. und B. bemühten sich um den Erwerb zweier Grundstücke des Grundbuchs U. Mit Entscheid vom 21. Januar 2014 stellte der Regierungsstatthalter des Amtes Sursee fest, dass der Erwerb der beiden Grundstücke durch die C. AG, an der A. und B. massgebend beteiligt waren, der Bewilligungspflicht nach dem BewG unterstehe. Gleichzeitig verweigerte er der C. AG die erforderliche Bewilligung. Die Bewilligungspflicht wurde damit begründet, dass es der C. AG nicht gelungen sei, zu beweisen, dass keine ausländische Beherrschung vorliege, zumal die von ihr gemachten Ausführungen zur Herkunft der finanziellen Mittel nicht schlüssig und teilweise widersprüchlich waren. Die Handänderung sei bewilligungspflichtig und die Bewilligung mangels eines gesetzlich erforderlichen Grundes zu verweigern.

[Rz 132] Nachdem A. und B. die entsprechenden Stellen um die Feststellung ersucht hatten, dass ihr geplanter *persönlicher Erwerb* der Grundstücke keiner Bewilligungspflicht nach dem BewG unterliege, verfügte diese zu Ungunsten der Gesuchsteller. Die C. AG habe die entsprechenden Immobilien ohne notwendige Bewilligung nach BewG – und damit in dessen Umgehung – zu erwerben versucht. Mit Blick auf die persönliche Verbindung von A. und B. zur C. AG sei die Bewilligung wegen des Bestehens eines zwingenden Verweigerungsgrundes (Art. 12 lit. c BewG) zu verweigern.

[Rz 133] Die nachfolgend geführte Beschwerde von A. und B. beim Kantonsgericht blieb erfolglos. Dieses hielt fest, dass für die Beurteilung, ob der Verweigerungsgrund von Art. 12 lit. c BewG vorliege, eine wirtschaftliche Betrachtungsweise massgebend sei. Danach sei vorliegend von einer Identität zwischen A. und B. sowie der von ihnen beherrschten C. AG auszugehen, sodass ihnen deren Handeln angerechnet werden müsse. Vor Bundesgericht rügten A. und B. daraufhin, dass die von der Vorinstanz angewandte wirtschaftliche Betrachtungsweise – statt sie auf Gesellschaften zu beschränken – willkürlich auf Privatpersonen ausgedehnt werde. Eine Identität zwischen ihnen und der C. AG würde demnach gerade nicht vorliegen.

[Rz 134] Nach generellen Ausführungen zum BewG (E. 2) sowie einer kurzen Rekapitulation des Sachverhaltes (E. 3.1 und 3.2), beschäftigt sich das Bundesgericht in seinen Erwägungen ausführlich mit dem Verweigerungstatbestand der Gesetzesumgehung nach Art. 12 lit. c BewG. So hält es insbesondere fest, dass jedes Rechtsgeschäft als Gesetzesumgehung im Sinne der Bestimmung zu gelten habe, *«das einer nicht im Besitze einer Bewilligung befindlichen Person im Ausland eine eigentümerähnliche Stellung an einem Grundstück in der Schweiz zu verschaffen suche.»* Der Tatbestand der Umgehung umfasse demnach ein Handeln, das darauf abziele, Rechte an schweizerischem Boden zu erwerben, obwohl hierfür die gesetzlichen Voraussetzungen fehlten. Erforderlich sei, dass ein Ausländer (juristischer oder wirtschaftlicher) Eigentümer einer Liegenschaft werde, obwohl er dafür nie eine Bewilligung erhalten habe, oder aber, dass die Bewilligung durch Vorgabe von Gründen erwirkt wurde, die den Erwerb zwar gestatten, im konkreten Fall aber nicht erfüllt seien (so BGE 114 Ib 11 E. 3a S. 15; E. 3.3).

[Rz 135] Weiter stellt das Bundesgericht fest, dass es nach Auffassung der Doktrin beim Tatbestand des «Umgehungsversuchs» nach Art. 12 lit. c BewG darum gehe, *«denjenigen die Erteilung einer Bewilligung zu verweigern, der versucht hat, eben dieses Grundstück unter Umgehung des Gesetzes zu erwerben, für das er nachträglich [...] eine Bewilligung zum Erwerb einholen will.»* Die Bestim-

mung komme nach Auffassung der Lehre dann zur Anwendung, wenn sowohl hinsichtlich des Grundstücks als auch im Hinblick auf den Erwerber *Identität* bestehe. Dabei sei in erster Linie nicht unter juristischen, sondern vielmehr unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu prüfen, ob und wieweit die entsprechende personelle Identität vorliege (E. 3.4.1).

[Rz 136] Aus diesen Ausführungen folgert das Bundesgericht, dass der angefochtene Entscheid kein Bundesrecht verletzte. Der erste Kaufversuch der beiden Grundstücke durch die C. AG wurde als bewilligungspflichtig qualifiziert und die Erteilung der Bewilligung durch den Regierungsstatthalter des Amtes Sursee rechtskräftig verweigert. Da die damaligen hinter dem Erwerbsversuch stehenden Berechtigten der C. AG mit den heute als natürliche Personen auftretenden Käufern wirtschaftlich identisch seien, sei es nicht zu beanstanden, wenn die verfügende Dienststelle A. und B. die Bewilligung gestützt auf Art. 12 lit.c BewG verweigert habe (E. 4.1). Abschliessend hält das Bundesgericht fest, dass der Durchgriff durch die juristische Person auf die für sie handelnden natürlichen Personen sachgerecht sei und dem Sinn und Zweck von Art. 12 lit. c BewG entspreche. Eine rein juristische Betrachtungsweise würde dem Bewilligungsgesetz gerade widersprechen (E. 4.3). Die Beschwerde sei daher unbegründet und folglich abzuweisen (E. 5.1; vgl. ENEA LAUBE, *Personelle Identität beim Umgehungstatbestand des BewG*, in: dRSK, publiziert am 14. Dezember 2017).

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

Dieser Beitrag stützt sich auf den gleichnamigen Vortrag, welcher im Rahmen der Express-Fortbildung für Anwältinnen und Anwälte am 6. Juni 2018 an der Universität Luzern und am 30. August 2018 an der Università della Svizzera italiana in Lugano gehalten wurde (bzw. wird), wobei in der nun vorliegenden Fassung weitere Entscheide sowie auch zusätzlich einige ganz neue Bundesgerichtentscheide Berücksichtigung finden.

Die Autorin möchte sich an dieser Stelle bei Frau Philine Getzmann, MLaw, Rechtsanwältin, Herrn Enea Laube, BLaw, sowie Frau Martina Frischkopf, BLaw, für ihre Mithilfe bei der Recherche und Schlussredaktion sowie Frau Rechtsanwältin Dr. iur. Alexandra Dal Molin-Kränzlin für ihren Input zum Schuldbriefentscheid des Bundesgerichts danken.