

## Inhalt – Sommaire

### 1. Rechtsprechung und ausgewählte Rechtsfragen 2022

Prof. em. Dr. iur. Roland Pfäffli, Notar, Thun ..... 497

### 2. Rezensionen / Literaturhinweise

Rezensionen ..... 559

Literaturhinweise ..... 563

**ERBEN – FLUCH  
ODER SEGEN**

Erblassen will gelernt sein – Erben auch



Christoph Wirz

Bestellung:  
CHF 19,80 excl. Versand (96 Seiten)  
[www.christophderschreiber.ch](http://www.christophderschreiber.ch)

## Rechtsprechung und ausgewählte Rechtsfragen 2022\*

Prof. Dr. iur. Roland Pfäffli, Notar, Thun,  
em. Titularprofessor an der Universität Freiburg

### Inhaltsübersicht

A. Notariatsrecht .....	497
B. Personenrecht .....	499
C. Familienrecht .....	501
D. Erbrecht .....	504
E. Sachenrecht .....	510
F. Landwirtschaftliches Bodenrecht .....	522
G. Grundbuchrecht .....	525
H. Obligationenrecht (inkl. Handelsrecht) .....	528
I. Abgaberecht .....	540
K. Verschiedenes .....	545

### A. Notariatsrecht

**1. Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens:** Im Auftrag des Bundesrats hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement die Ausarbeitung einer Botschaft zu den Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung und zur Erweiterung der Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde auf Liegenschaftsgeschäfte geprüft. Im Rahmen der Vorarbeiten ist das Bundesamt für Justiz zum Schluss gekommen, dass die isolierte Regelung der beiden Bereiche nicht sinnvoll wäre. Grundsätzlich möglich wäre hingegen eine Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens. Zu diesem Schluss kommt ein Bericht einer «Groupe de réflexion», den der Bundesrat am 20. Oktober 2021 zur Kenntnis genommen hat. Dieser kann als Grundlage für die Diskussion über eine allfällige Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens dienen.

In diesem Zusammenhang wird verwiesen auf die Publikation von Jörg Schmid und Jonas Wolfisberg: Auf dem Weg zur Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrensrechts, ZBJV 2022 S. 1 ff.

\* Zusammengestellt für die notarielle Praxis und die Grundbuchführung aus über 50 juristischen Zeitschriften, wobei zusätzlich auch amtlich nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts und von kantonalen Instanzen berücksichtigt wurden.

**Bemerkung:** Am 19. Juni 2020 hat Nationalrätin Kathrin Bertschy (Bern / GLP) folgendes Postulat eingereicht: «Der Bundesrat soll in einem Bericht darlegen, wie eine schweizweite Liberalisierung des Notariatswesens mit einem möglichst freien, interkantonalen Wettbewerb umgesetzt werden kann. Dabei soll aufgezeigt werden, welcher Nutzen für Volkswirtschaft und Konsumentinnen und Konsumenten daraus resultiert.» Der Bundesrat hat die Ablehnung des Postulats beantragt. Der Nationalrat hat jedoch das Postulat mit 108 zu 76 Stimmen (bei 7 Enthaltungen) angenommen.

**2. Digitalisierung im Notariat:** Der Bundesrat hat die Vernehmlassungsergebnisse zur Vorlage über die digitale Beurkundung zur Kenntnis genommen und die Botschaft zum Bundesgesetz über die Digitalisierung im Notariat (DNG) verabschiedet.

Künftig soll das Original einer öffentlichen Urkunde auch in elektronischer Form erstellt werden können, was eine Abkehr von öffentlichen Urkunden als Papierdokumenten bedeutet. Zur Sicherung der elektronischen Urkunden und langfristigen Aufbewahrung soll zudem ein zentrales elektronisches Urkundenregister geschaffen werden, das vom Bund betrieben wird. Es wird verwiesen auf die Publikation im Bundesblatt 2022, Dokument Nr. 143 (Botschaft) bzw. Dokument Nr. 144 (Gesetzesentwurf).

Der Schweizer Notarenverband hat sich an seinem Kongress vom 15. September 2022 in Bern mit der Digitalisierung im Notariat befasst (vgl. dazu den Tagungsband zu dieser Veranstaltung: Aktuelle Themen zur Notariatspraxis 2022, 6. Schweizer Notariatskongress, herausgegeben vom Schweizer Notarenverband, Bern 2022).

**Bemerkung:** Es wird zudem auf die Publikation von Lukas Müller, Digitales Notariat, elektronische öffentliche Beurkundung und digitale Gründung: Eine Analyse unter Berücksichtigung des revidierten Aktienrechts (Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, GesKR 2022 S. 60 ff.), hingewiesen.

**3. Notar (Interessenwahrung):** Der bernische Notar hat die Interessen der Beteiligten nach bestem Wissen und Gewissen gleichmässig und unparteiisch zu wahren (Art. 37 Abs. 1 BE NG). Nach der Beurkundung verbietet die Pflicht zur Unparteilichkeit dem gleichzeitig als Rechtsanwalt tätigen Notar, in einem Rechtsstreit, dessen Gegenstand eine von ihm errichtete Urkunde bildet, eine der beteiligten Parteien anwaltlich zu vertreten; er hat allen Beteiligten in einem Prozess als unabhängiger Zeuge

zur Verfügung zu stehen (vgl. Aron Pfammatter, in: Stephan Wolf, Hrsg., Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009, Note 12 zu Art. 37 BE NG; Hans Marti, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983, Note 8 zu Art. 32 BE NG; Alfred Santschi, Die Berufspflichten des bernischen Notars, Diss. Bern 1959, publiziert Winterthur 1959, S. 122; Werner Leu in BN 1946 S. 45 f.).

In einem konkreten Fall wurde einem Rechtsanwalt eine Busse von CHF 3000.– auferlegt, da er eine Partei vertreten hat, für welche er vorher in gleicher Sache als Notar eine Beurkundung vorgenommen hat (Entscheid AA 20 162 der Anwaltsaufsichtsbehörde des Kantons Bern = «in dubio», Zeitschrift des Bernischen Anwaltsverbandes, 2022 S. 62).

**4. Jubiläum (100 Jahre Verband solothurnischer Notare):** Gemäss Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB bestimmen die Kantone, in welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung hergestellt wird. Das Beurkundungsverfahren ist eine hoheitliche, also eine staatliche Tätigkeit.

Der Kanton Solothurn sieht im Bereich der öffentlichen Beurkundung eine Mischform zwischen dem freiberuflichen (lateinischen) Notariat und dem Amtsnotariat vor. Während die Beurkundungen im Familien- und Erbrecht sowie im Gesellschaftsrecht von den freiberuflichen Notarinnen und Notaren vorgenommen werden können, ist die Beurkundung auf dem Gebiet des Sachenrechts den (kantonalen) Amtsschreibereien vorbehalten.

Zum Jubiläum «100 Jahre Verband solothurnischer Notare» ist im Juni 2022 eine Festschrift mit 13 Beiträgen zum Notariat und der notariellen Praxis erschienen (vgl. dazu die Rezension von Simone Wittwer in Jusletter vom 15. 8. 2022 sowie BN 2022 S. 495).

## B. Personenrecht

**5. Personenstandsregister:** Ein Grundsatz besagt, dass die Frau, die ein Kind auf die Welt bringt, automatisch als leibliche Mutter gilt (*mater semper certa est*). Ein Ehepaar (A–B) schloss einen Leihmuttervertragsvertrag mit einer georgischen Staatsangehörigen (C). Die Samenspende stammte vom Ehemann (A); die Eizellenspende von der Ehefrau (B).

Nach der Geburt der Zwillinge wurde im schweizerischen Personenstandsregister die gebärende Leihmutter (C) als rechtliche Mutter eingetragen. Der Ehemann (A), der die beiden Kinder anerkannt hat, wurde

als rechtlicher Vater eingetragen (Urteil Nr. 5A\_545 / 2020 des Bundesgerichts vom 7. 2. 2022 = Die Praxis des Familienrechts, FamPra.ch 2022 S. 456).

**Bemerkung:** Gemäss schweizerischem Recht gilt als rechtliche Mutter die gebärende Frau. Die eizellenspendende Ehefrau (B) muss in diesem Fall die beiden Kinder formell adoptieren. In diesem Zusammenhang wird auf einen ähnlichen Fall verwiesen (Urteil Nr. 5A\_32 / 2021 des Bundesgerichts vom 1. 7. 2022 = Jurius in Jusletter vom 22. 8. 2022).

**6. Namensrecht:** Das Namensrecht der Ehegatten nach der Trauung richtet sich nach Art. 160 ZGB. Am 17. Juni 2022 wurde das Vernehmlassungsverfahren eröffnet zu einer Gesetzesänderung, wonach es künftig möglich sein soll, nach der Heirat einen Doppelnamen zu führen. Es geht hier um die Umsetzung der parlamentarischen Initiative Nr. 17.523 vom 15. 12. 2017, ausgearbeitet von der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats (Vernehmlassungsfrist: 8. Oktober 2022; vgl. Bundesblatt 2022, Dokument Nr. 1541).

**7. Vereinsrecht (Vereinsausschluss):** Die Ausschliessung von Mitgliedern aus einem Verein ist in Art. 72 ZGB geregelt. Wird der Vereinsbeschluss über den Ausschluss eines Vereinsmitglieds angefochten, handelt es sich um eine nicht vermögensrechtliche Zivilrechtsstreitigkeit.

Im vorliegenden Fall machte das vom Verein ausgeschlossene Mitglied vorerst Gebrauch vom vereinsinternen Rekursrecht, jedoch erfolglos. Der darauf eingeschlagene Rechtsmittelweg wurde deshalb auf das Vorbringen formeller Gründe sowie des Rechtsmissbrauchs beschränkt. Im konkreten Fall wurde die Beschwerde abgewiesen und somit der Ausschluss bestätigt (Urteil Nr. 5A\_578 / 2021 des Bundesgerichts vom 24. 2. 2022 = Elisabeth Lagler in «ius.focus» 2022 Heft 6 S. 5).

**Bemerkung:** Bemerkenswert ist die Feststellung des Bundesgerichts in der Erwägung 1.6., die wie folgt lautet: «Die Beschwerdeschrift ist wenig strukturiert und deshalb nicht in allen Teilen einfach verständlich. In der Folge werden die Einwendungen in der Reihenfolge behandelt, wie sie rechtlich einen Sinn ergeben.»

**8. Stiftungsrecht (Änderung):** Das Stiftungsrecht im ZGB wurde mit Beschluss des Parlaments am 17. Dezember 2021 geändert, und zwar gestützt auf die «Parlamentarische Initiative» Nr. 14.470 zur Stärkung des Schweizer Stiftungsstandorts.

Durch diese Änderung können beispielsweise die bereits bisher vorgesehenen Zweckänderungsmöglichkeiten, die den zuständigen Bundes- oder Kantonsbehörden zustehen, ausgedehnt werden auf Organisationsänderungen. Dies allerdings nur, wenn eine solche Änderung in der Stiftungsurkunde vorbehalten worden ist. Zudem dürfen unwesentliche Änderungen der Stiftungsurkunde, die sachlich gerechtfertigt sind und keine Rechte Dritter beeinträchtigen, von der Aufsichtsbehörde vorgenommen werden. Auch sind Änderungen der Stiftungsurkunde grundsätzlich nicht öffentlich zu beurkunden (vgl. Bundesblatt 2021, Dokument Nr. 2992). Die Referendumsfrist ist am 7. April 2022 unbenutzt abgelauten. Die Gesetzesänderung wird am 1. Januar 2024 in Kraft treten (AS 2022, Dokument Nr. 452).

## C. Familienrecht

**9. Ehe für alle:** Das Schweizervolk hat in der Referendums-Abstimmung vom 26. September 2021 die Gesetzesänderungen zur Vorlage «Ehe für alle» angenommen. Der Bundesrat hat die Inkraftsetzung auf den 1. Juli 2022 festgelegt (vgl. AS 2021, Dokument Nr. 747; Jurius in Jusletter vom 22. 11. 2021). Auf diesen Zeitpunkt treten auch die entsprechenden Änderungen in der Zivilstandsverordnung (vgl. AS 2022, Dokument Nr. 243) und in der Verordnung über die Gebühren im Zivilstandswesen (vgl. AS 2022, Dokument Nr. 242) in Kraft.

**10. Scheidungsrecht (Prozesskostenvorschuss):** Das Gesetz sieht in Art. 159 Abs. 3 ZGB eine Treue-, Beistands- und Unterhaltspflicht der Ehegatten vor. Das Bundesgericht hat aus diesen Prinzipien eine gegenseitige Pflicht der Ehegatten zur Leistung von Prozesskostenvorschüssen und Anwaltskosten abgeleitet, sofern ihre finanziellen Mittel dafür ausreichen. Somit kann ein Ehegatte dazu verurteilt werden, die Prozess- und Anwaltskosten des anderen Ehegatten vorzuschüssen. Man spricht in diesem Zusammenhang von einer «provisorio ad litem», d. h. von einem Vorschuss für den Prozess.

Im konkreten Fall wurde der Ehemann in einem Scheidungsverfahren verurteilt, seiner Ehefrau einen Betrag von CHF 5000.– für Anwaltskosten vorzuschüssen. Dieser Vorschuss wurde nicht bezahlt, sodass die Vorinstanzen auf die Scheidungsklage nicht eingetreten sind. Das Bundesgericht war anderer Ansicht. Es stellte fest, dass die Bezahlung des eherechtlichen Prozesskostenvorschusses durch den auf Scheidung klagenden

Ehegatten keine Prozessvoraussetzung darstellt. Auf die Scheidungsklage ist somit einzutreten (Urteil Nr. 5A\_568/2020 des Bundesgerichts vom 13. 9. 2021 = BGE 148 III 21 = Jurius in Jusletter vom 8. 11. 2021).

**11. Scheidungsrecht (Verfahren):** Eheschutzentscheide gelten als vorsorgliche Massnahmen. Im Beschwerdeverfahren gegen diese Entscheide können gemäss Art. 98 BGG nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht werden.

Wenn vor dem Entscheid über solche Massnahmen eine Scheidungsklage eingereicht wird, sind im Einzelfall auch Tatsachen zu berücksichtigen, die erst nach Einleitung des Scheidungsverfahrens entstanden sind (Urteil Nr. 5A\_294/2021 des Bundesgerichts vom 7. 12. 2021).

**12. Familienrechtlicher Unterhalt:** Im Zusammenhang mit dem nahehelichen Unterhalt hat das Bundesgericht im letzten Jahr eine Ehe als lebensprägend eingestuft, wenn ein Ehegatte aufgrund eines gemeinsamen Lebensplanes seine ökonomische Selbstständigkeit zugunsten der Haushaltsbesorgung und Kinderbetreuung aufgegeben hat und es ihm nach langjähriger Ehe nicht mehr möglich ist, an seiner früheren beruflichen Stellung anzuknüpfen oder einer anderen Erwerbstätigkeit nachzugehen, die ähnlichen ökonomischen Erfolg verspricht, während der andere Ehegatte sich angesichts der ehelichen Aufgabenteilung auf sein berufliches Fortkommen konzentrieren konnte (BGE 147 III 308).

In einem neuen Urteil hält das Bundesgericht fest, dass aus dem Vorhandensein eines gemeinsamen Kindes allein und der damit eingehenden Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung ins Erwerbsleben nicht auf die Lebensprägung der Ehe geschlossen werden kann. Im konkreten Fall dauerte die Ehe nur kurze Zeit und der gemeinsame Haushalt wurde kurz nach der Geburt des Kindes aufgehoben. Bei der Auflösung einer nicht lebensprägenden Ehe ist mit Blick auf einen allfälligen nahehelichen Unterhalt prinzipiell an den vorehelichen Verhältnissen anzuknüpfen, d. h., die Ehegatten sind so zu stellen, wie wenn die Ehe nie geschlossen worden wäre (Urteil Nr. 5A\_568/2021 des Bundesgerichts vom 25. 3. 2022 = BGE 148 III 161 = Die Praxis des Familienrechts, FamPra.ch 2022 S. 668 = Julia Stöckli in «ius.focus» 2022 Heft 6 S. 4 = Lorenz Sieber in ZBJV 2022 S. 281 = Thomas Geiser in Aktuelle Juristische Praxis, AJP 2022 S. 689).

**Bemerkung:** In einem anderen Urteil befasste sich das Bundesgericht mit den Konkurrenzfragen zwischen der ehelichen Unterhaltspflicht des

Ehemannes nach Art. 163 ZGB und dem Anspruch des Kindes (Betreuungsunterhalt) aus einer vorehelichen Beziehung (Urteil Nr. 5A\_382/2021 des Bundesgerichts vom 20. 4. 2022 = Frederik Weber in «ius.focus» Heft 7 S. 3).

Solange die Ehe besteht, kommt die Unterhaltsregelung von Art. 163 ZGB zum Tragen. Eine zeitliche Limitierung im Eheschutzverfahren ist (anders als beim nahehelichen Unterhalt) unzulässig (Urteil Nr. 5A\_849/2020 des Bundesgerichts vom 27. 6. 2022).

Bei der Festlegung des Kindes- und Ehegattenunterhalts in gehobenen Verhältnissen gelten im Einzelfall besondere Grundsätze (Urteil Nr. 5A\_108/2020 des Bundesgerichts vom 7. 2. 2021 = Die Praxis des Familienrechts, FamPra.ch 2022 S. 404 = Linus Bättig in «ius.focus» 2022 Heft 9 S. 4).

**13. Kindesunterhalt (Passivlegitimation):** Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung zur Passivlegitimation bei Abänderung von Kindesunterhaltsbeiträgen, die durch das Gemeinwesen bevorschusst werden, geändert. Bislang hatte der Unterhaltspflichtige, der seine Unterhaltsschuld herabsetzen oder aufheben lassen wollte, das Kind und das bevorschussende Gemeinwesen gemeinsam ins Recht zu fassen. Dies gestützt auf das Urteil Nr. 5A\_399/2016 und Nr. 5A\_400/2016 des Bundesgerichts vom 6. 3. 2017 = BGE 143 III 177.

Neuerdings muss das Gemeinwesen nicht mehr beklagt werden. Die Abänderungsklage kann nunmehr gegen das Kind alleine erhoben werden (Urteil Nr. 5A\_75/2020 des Bundesgerichts vom 12. 1. 2022 = Die Praxis des Familienrechts, FamPra.ch 2022 S. 519 = Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht, SZZP 2022 S. 225 mit Bemerkungen von François Bohnet/Lorenz Droese S. 237 = Jurius in Jusletter vom 21. 2. 2022 = Danijel Gajic in «ius.focus» 2022 Heft 3 S. 5).

**14. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht:** Seit vielen Jahren erscheint in der Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz, ZKE (ehemals: Zeitschrift für Vormundschaftswesen, ZVW), eine wertvolle Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Résumé de jurisprudence filiation et protection de l'adulte), und zwar sowohl in deutscher wie auch in französischer Sprache von Philippe Meier und Thomas Häberli (letztmals in ZKE 2022 S. 173 ff. bzw. 205 ff.).

**15. Beistandschaft (Veräusserung eines Grundstücks):** Verbeiständete als Mitglieder einer Erbengemeinschaft können den Nachlass nur gemeinsam mit den Miterben verwalten. Insbesondere sind sie auch beim Verkauf eines Grundstücks im gemeinschaftlichen Eigentum auf die Mitwirkung aller Erben angewiesen und müssen in Ermangelung einer gültlichen Einigung die gerichtliche Erbteilung verlangen. Ist ein verbeiständeter überlebender Ehegatte Mitglied der Erbengemeinschaft, hat der Beistand darauf zu achten, dass im Rahmen der Erbteilung neben den erbrechtlichen vorab die güterrechtlichen Ansprüche durchgesetzt werden. Sowohl die Veräusserung eines Grundstücks aus dem Nachlass als auch die Erbteilung bedürfen der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 416 Abs. 1 Ziffern 3 und 4 ZGB), sofern die handlungsfähige verbeiständete Person dazu nicht selbst ihre Einwilligung erteilen kann (vgl. dazu Kurt Affolter-Fringeli, Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz, ZKE 2022 S. 141).

#### D. Erbrecht

**16. Neues Erbrecht:** Am 1. Januar 2023 werden die geänderten Bestimmungen zum Erbrecht im ZGB in Kraft treten (AS 2021, Dokument Nr. 312; vgl. Paul Eitel in *successio* 2021 S. 186 f.; Jurius in Jusletter vom 31. 5. 2021; Alexandra Jungo / Raphael Dummermuth, BN 2021 S. 181 ff.). In diesem Zusammenhang wurde das Pflichtteilsrecht neu festgelegt: Der Pflichtteil beträgt die Hälfte des gesetzlichen Erbanspruchs (neuArt. 471 ZGB). Nur noch die Nachkommen, der überlebende Ehegatte sowie der bzw. die überlebende eingetragene Partner(in) haben ein Pflichtteilsrecht (neuArt. 470 Abs. 1 ZGB). Der Pflichtteil der Eltern entfällt mit der Revision ganz.

Zur Erleichterung der erbrechtlichen Unternehmensnachfolge hat der Bundesrat in Ergänzung der erwähnten Erbrechtsvorlage eine Botschaft zuhanden der Bundesversammlung verabschiedet (Bundesblatt 2022: Botschaft vgl. Dokument Nr. 1637; Gesetzesvorlage vgl. Dokument Nr. 1638). Diese Vorlage ist in der Vernehmlassung auf breite Zustimmung gestossen; die Vorschläge wurden grossmehrheitlich begrüsst.

**17. Gütergemeinschaft (Gesamtgutszuweisung):** Sofern bei der Gütergemeinschaft eine ehevertragliche Gesamtgutszuweisung zu Gunsten des überlebenden Ehegatten vereinbart wird (Art. 241 Abs. 2 ZGB), geht das Eigentum mit dem Tod des einen Ehegatten ausserbuchlich kraft

Güterrechts auf den überlebenden Ehegatten über. Es spielt dabei keine Rolle, ob noch andere gesetzliche oder gar eingesetzte Erben vorhanden sind oder nicht. Für den Eigentumsübergang im Grundbuch ist die Zustimmung der Erben nicht erforderlich, und zwar auch dann nicht, wenn Nachkommen vorhanden sind, die in ihren Pflichtteilsansprüchen verletzt sind (Art. 241 Abs. 3 ZGB).

Als Ausweis ist dem Grundbuchamt der Tod des Ehegatten nachzuweisen und der Ehevertrag einzureichen mit der Bestätigung, dass dieser zwischenzeitlich nicht abgeändert wurde.

Im vorliegenden Fall wurden diese Unterlagen dem Grundbuchamt eingereicht, was allerdings zu einer Abweisung der Anmeldung führte. Das Grundbuchamt verlangte zusätzlich den Nachweis, dass das betreffende Grundstück nicht zum Eigengut des Erblassers gehört oder dass dessen Erben zur Eigentumsübertragung ausdrücklich zustimmen. Das Gericht erwog, dass diese zusätzlichen Nachweise nicht notwendig sind. Die Abweisung des Grundbuchamts erfolgte somit zu Unrecht, sodass die Eigentumsänderung auf den überlebenden Ehegatten vorgenommen werden konnte (Beschluss Nr. CB210078-L / U des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung als Aufsichtsbehörde über Grundbuchämter, vom 12. 11. 2021).

**Bemerkung:** Es wird in diesem Zusammenhang auf folgende Literatur verwiesen: Stephan Wolf / Gian Sandro Genna, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1, Erbrecht, 1. Teil, Basel 2012, S. 57 f.; Heinz Hausheer / Ruth Reusser / Thomas Geiser, Berner Kommentar, Noten 36 und 53 zu Art. 241 ZGB; Stephan Wolf, Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten mit Berücksichtigung der grundbuchrechtlichen Auswirkungen, Diss. Bern 1996, S. 59 f. und S. 215; Stephan Wolf, Notarielle Feststellung von ausserbuchlichen Eigentumsübergängen, BN 1998 S. 251 f.; Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz vom 9. 12. 1987, ZBGR 1988 S. 106 f.; Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich an die Notariate und Grundbuchämter über Neues Erbrecht und Grundbuch vom 16. 12. 1987, ZBGR 1988 S. 142 Ziffer 2.3.2.3; Jürg Schmid, Notariats- und grundbuchrechtliche Aspekte im erbrechtlichen Umfeld, in: «*successio*» 2018 S. 311 f.; Roland Pfäffli, Familien- und Erbrecht an den Schnittstellen zwischen Sachenrecht und Grundbuchrecht, in: «*successio*» 2020 S. 123.

Bezüglich der Regelung bei der altrechtlichen Gütergemeinschaft, d. h. bei Eheverträgen, die vor dem 31. Dezember 1987 abgeschlossen

wurden, wird verwiesen auf Roland Pfäffli, Familien- und Erbrecht an den Schnittstellen zwischen Sachenrecht und Grundbuchrecht, in: «successio» 2020 S. 124 f.

**18. Erbunwürdigkeit:** Erbunwürdig ist, wer den Erblasser durch Arglist, Zwang oder Drohung dazu gebracht oder daran gehindert hat, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder zu widerrufen (Art. 540 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB).

Wer die falsche Vorstellung des Erblassers über die gegenseitige Beziehung benutzt, um sich zu bereichern, kann als erbunwürdig angesehen werden. Dies traf im konkreten Fall zu. Hier ging es um ein von der pflegebedürftigen Erblasserin testamentarisch verfügtes Vermächtnis (Grundstück mit einem Steuerwert von CHF 670 000.–) zu Gunsten ihres Betreuers, der sie während Jahren ausschliesslich betreute und pflegte sowie auch als amtlicher Beistand tätig war, ausgestattet mit einer Generalvollmacht der Erblasserin. Das Vermächtnis wurde als ungültig erklärt (Urteil Nr. 5A\_993/2020 des Bundesgerichts vom 2. 11. 2021 = ZBGR 2022 S. 181 = Mounia Stocker in «ius.focus» 2021 Heft 12 S. 4 = Katarina Fontana in SJZ 2022 S. 131 = Philippe Meier/Thomas Häberli, Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz, ZKE 2022 S. 52, französisch, bzw. S. 87 deutsch).

**19. Testament (Anfechtung):** Wer urteilsfähig ist und das 18. Altersjahr zurückgelegt hat, ist befugt, unter Beobachtung der gesetzlichen Schranken und Formen über sein Vermögen letztwillig zu verfügen (Art. 467 ZGB). In zwei Fällen musste die Ungültigkeit eines Testaments beurteilt werden.

Im ersten Fall ging es um die Echtheit eines handschriftlichen Testaments. Dieses entsprach den gesetzlichen Formen, sodass das Gericht grundsätzlich von dessen Echtheit ausging. Allerdings war es den Klägern gelungen, Zweifel an der Echtheit des Testaments aufkommen zu lassen. Somit oblag es derjenigen Partei, die sich auf die Echtheit des Testaments berief, den Beweis der Echtheit zu erbringen, was im konkreten Fall nicht gelang. Das Testament war somit ungültig (Urteil Nr. 5A\_226/2019 des Bundesgerichts vom 31. 3. 2021 = Fabrizio Liechti in: Weblaw, digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, dRSK, Beweislast hinsichtlich der Echtheit bei Testamenten, publiziert am 10. 11. 2021).

Im anderen Fall versuchten die «übergangenen» gesetzlichen Erben des Erblassers, ein eigenhändiges Testament für ungültig zu erklären wegen

fehlender Urteilsfähigkeit. Die Urteilsfähigkeit wird gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung vermutet. Das Gericht ging im konkreten Fall davon aus, dass das fragliche Testament den freien Willen des Erblassers wiedergab. Die Kläger konnten die Urteilsunfähigkeit des Erblassers nicht nachweisen, sodass das Testament für gültig erklärt wurde (Urteil Nr. 5A\_914/2019 des Bundesgerichts vom 15. 4. 2021 = Fabrizio Liechti in: Weblaw, digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, dRSK, Hohe Beweishürden für den Nachweis einer Urteilsunfähigkeit, publiziert am 10. 11. 2021).

**20. Ausschlagung der Erbschaft (Willensmangel):** Die gesetzlichen und die eingesetzten Erben haben die Befugnis, die Erbschaft, die ihnen zugefallen ist, auszuschlagen (Art. 566 Abs. 1 ZGB). Die Ausschlagung ist eine einseitige Willenserklärung. Sie wird in der Lehre grundsätzlich als unwiderruflich bezeichnet.

Im konkreten Fall unterzeichnete ein Nachkomme des Erblassers eine Ausschlagungserklärung, die er bei der zuständigen kantonalen Behörde deponierte. Sieben Monate später stellte er das Gesuch, die Erbschaft sei aufzuheben im Sinne eines Revisionsverfahrens. Dies ist wohl möglich. Allerdings muss dies unter dem Gesichtspunkt eines Willensmangels geltend gemacht werden (Art. 23 ff. OR). Es handelt sich bei der fraglichen Ausschlagungserklärung um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Bereich des kantonalen Rechts, sodass nur auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte, namentlich auf Willkür hin, Rügen (mit entsprechender Begründung) erhoben werden können. Vorliegend lag in der Rechtsanwendung der Vorinstanzen keine Willkür vor, sodass keine Aufhebung der Ausschlagung vorgenommen wurde (Urteil Nr. 5A\_398/2021 des Bundesgerichts vom 7. 1. 2022).

**21. Ausschlagung der Erbschaft (Abtretung von Nachlassaktiven):** Wird die konkursamtliche Liquidation einer ausgeschlagenen Erbschaft mangels Aktiven eingestellt, so können die Erben die Abtretung der zum Nachlass gehörenden Aktiven an die Erbengemeinschaft oder an einzelne Erben verlangen, wenn sie sich bereit erklären, die persönliche Schuldpflicht für die Pfandforderungen und die nicht gedeckten Liquidationskosten zu übernehmen (Art. 230a Abs. 1 SchKG).

Im konkreten Fall verlangten nach der Einstellung der konkursamtlichen Liquidation sämtliche Erben gemeinsam die Abtretung der Nachlassaktiven an die Erbengemeinschaft. Unter den Aktiven befand sich eine Forderung

des Erblassers gegenüber der überlebenden Ehegattin, die Mitglied der Erbengemeinschaft war. Das Bundesgericht erachtete die Abtretung dieser Forderung an die Erbengemeinschaft nicht als rechtsmissbräuchlich. Die Praxis zu Art. 260 SchKG, wonach eine Abtretung an den Gläubiger selbst oder ihm nahestehende Personen unzulässig sei, könne nicht auf Art. 230a Abs. 1 SchKG übertragen werden (Urteil Nr. 5A\_651/2020 des Bundesgerichts vom 12. 8. 2021 = Praxis 2021 Nr. 132 = Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs, BLSchK 2021 S. 286 = Fritz Rothenbühler/Pablo Duc in «ius.focus» 2021 Heft 11 S. 24 = Dominik Gasser/Daniel Pfäffli, Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht, ZZZ 2022 S. 113).

**Bemerkung:** Das Bundesgericht hatte sich bereits in einem früheren Verfahren mit dieser Sache auseinandergesetzt (Urteil Nr. 5A\_689/2018 des Bundesgerichts vom 1. 10. 2019 = BGE 145 III 499 = Fridolin Walther in ZBJV 2021 S. 246).

Es wird zudem verwiesen auf die Abhandlung von Dominik Gasser/Daniel Pfäffli: Abtretung ist nicht Abtretung – ein Vergleich von Art. 230a und 260 SchKG (Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs, BLSchK 2022 S. 45).

**22. Testament (Ungültigkeit):** Errichtet ein Erblasser eine letztwillige Verfügung, ohne eine früher errichtete ausdrücklich aufzuheben, so tritt sie an die Stelle der früheren Verfügung, soweit sie sich nicht zweifellos als deren blosser Ergänzung darstellt (Art. 511 Abs. 1 ZGB).

Konkret ging es darum, dass ein Erblasser auf Kopien von zwei seiner Testamente aus den Jahren 2013 und 2014 handschriftlich je den Vermerk «ungültig» anbrachte. In einem weiteren Testament im Jahr 2015 setzte er seine gesetzlichen Erben auf den Pflichtteil und bezeichnete eine Person als Willensvollstrecker. Das Bundesgericht kam bei seiner Auslegung zum Schluss, dass der Erblasser mit dem neuen Testament die bisherigen Testamente nicht ergänzen, sondern eine neue Verfügung erlassen wollte. Dies zeige sich auch aus den ausserhalb des Testaments liegenden Umständen, die zur Auslegung herangezogen wurden. Somit konnte nur das Testament aus dem Jahr 2015 vollstreckt werden (Urteil Nr. 5A\_286/2021 des Bundesgerichts vom 22. 3. 2022 = Frederik Weber in «ius.focus» 2022 Heft 5 S. 5).

**Bemerkung:** Sofern ein Erblasser (wie im vorliegenden Fall) über eine frei verfügbare Quote nicht letztwillig verfügt, fällt diese den gesetzlichen Erben zu (Art. 481 Abs. 2 ZGB).

**23. Auslieferung Vermächtnis:** Der Vermächtnisnehmer erwirbt das Vermächtnis im Moment der Eröffnung des Erbgangs, d. h. mit dem Tod des Erblassers. Der «Erwerb» besteht aus einem obligationenrechtlichen Anspruch gegenüber den Erben auf Auslieferung des Vermächtnisses.

Im konkreten Fall wurde der Erblasser von zwei Nachkommen als einzige und als solche anerkannten Erbinen beerbt. In einem Testament wurde ein Barvermächtnis von CHF 200 000.– verfügt.

Der Vermächtnisnehmer klagte einzig gegen eine der beiden Erbinen auf Auslieferung des Vermächtnisses. Es war umstritten, ob die beiden Erbinen als gesetzliche Erbinen eine notwendige Streitgenossenschaft bilden bzw. ob der Vermächtnisnehmer das Vermächtnis in Form eines Barlegats von der einen Erbin allein einfordern durfte. Das Bundesgericht hat bereits früher den Grundsatz der Solidarhaftung auf die Ausrichtung von Vermächtnissen ausgedehnt, obwohl es sich dabei streng genommen nicht um Schulden des Erblassers, sondern der Erben handelt. Mit anderen Worten: Die gesetzlichen Erbinen bilden keine notwendige passive Streitgenossenschaft (Art. 70 ZPO) für die Vermächtnisklage. Die beklagte Erbin muss somit als solidarisch Verpflichtete für das ganze Barlegat eintreten (Urteil Nr. 5A\_69/2021 des Bundesgerichts vom 7. 1. 2022 = ZBGR 2022 S. 292).

**24. Gültiges Rechtsgeschäft:** Das Kriterium für die Unterscheidung zwischen einer Verfügung von Todes wegen und einem Rechtsgeschäft unter Lebenden ist der Zeitpunkt, in welchem das Rechtsgeschäft seine Wirkungen entfalten soll. Die Abgrenzung besteht darin, dass Rechtsgeschäfte unter Lebenden schon vor dem Tod des Verpflichteten rechtliche Bindungen begründen, während bei den Verfügungen von Todes wegen die Verpflichtungen grundsätzlich erst mit dem Tod des Erblassers entstehen. Es geht darum, zu beurteilen, ob das Geschäft das Vermögen des Verpflichteten (zu dessen Lebzeiten) oder erst den Nachlass belastet. Grundsätzlich ist ein gültiges Rechtsgeschäft unter Lebenden als ein ungültiges Rechtsgeschäft von Todes wegen anzunehmen, wenn die Parteien die Formvorschriften nicht beachten und beide Arten von Rechtsgeschäften möglich sind.

Im konkreten Fall lag ein Rechtsgeschäft unter Lebenden vor (Urteil Nr. 5A\_890/2021 des Bundesgerichts vom 26.4.2022).

**Bemerkung:** Bereits in einem früheren Stadium des Prozesses hat sich das Bundesgericht mit diesem Fall auseinandergesetzt (Urteil Nr. 5A\_126/2019 des Bundesgerichts vom 3.9.2019).

**25. Inventar:** Im Kanton Bern gibt es drei Inventare im Erbfall: Das Sicherungsinventar gemäss Art. 553 ZGB (besser bekannt als Erbschaftsinventar, vgl. Art. 60 und 61 BE EG zum ZGB), das öffentliche Inventar gemäss Art. 580 ff. ZGB sowie nach kantonalem Recht das Steuerinventar (Art. 209 ff. BE StG).

Die Anordnung eines Inventars im Todesfall erfolgt im Kanton Bern grundsätzlich durch den Regierungsstatthalter. Die Errichtung des Inventars wird durch den Notar vorgenommen. Massgebend ist die Verordnung über die Errichtung des Inventars (InvV; BSG 214.431.1).

Auf die Errichtung eines Steuerinventars kann verzichtet werden, wenn offenkundig ist, dass die verstorbene Person und ihr überlebender Ehegatte zusammen kein oder ein Rohvermögen von weniger als 100 000 Franken besessen haben, sofern (1.) die verstorbene Person keine Vorpfänge ausgerichtet hat und (2.) klare Vermögensverhältnisse vorliegen (Art. 2 Abs. 2 lit. a InvV).

Bei der Bemessung des Rohvermögens ist sämtliches Nutzniessungsvermögen des Erblassers zu berücksichtigen (Urteil Nr. 100.2020.405 des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 3.5.2022).

**Bemerkung:** Es handelt sich um eine Praxisänderung gegenüber dem von der Geschäftsleitung der Regierungsstatthalter erstellten Praxisleitfaden, wonach das Nutzniessungsvermögen von Liegenschaften grundsätzlich bei der Bemessung nicht zu berücksichtigen ist.

## E. Sachenrecht

**26. Stockwerkeigentum (bauliche Massnahmen):** Im vorliegenden Fall hat die Stockwerkeigentümergeinschaft die Sanierung und Neuerstellung der Balkone samt der dazugehörigen Finanzierung beschlossen, und zwar teilweise aus dem Erneuerungsfonds. Dieser Beschluss wurde von einem Stockwerkeigentümer angefochten.

Welche baulichen Massnahmen beim Stockwerkeigentum als notwendig, welche als nützlich und welche als luxuriös anzusehen sind, ist im Einzelfall unter Würdigung aller Umstände zu prüfen. Notwendig sind die Unterhalts-, Wiederherstellungs- und Erneuerungsarbeiten, die für die Erhaltung des Wertes und der Gebrauchsfähigkeit der Sache nötig sind (Art. 647c ZGB), nützlich sind die Erneuerungs- und Umbauarbeiten, die eine Wertsteigerung oder Verbesserung der Wirtschaftlichkeit oder Gebrauchsfähigkeit der Sache bezwecken (Art. 647d Abs. 1 ZGB), und luxuriös sind die Bauarbeiten, die lediglich der Verschönerung, der Ansehnlichkeit der Sache oder der Bequemlichkeit im Gebrauch dienen (Art. 647e Abs. 1 ZGB).

Im konkreten Fall (Sanierung, d. h. Abreissen und Ersetzen von Balkonen mit grösserer Grundfläche) wurde gerichtlich festgestellt, dass es sich um eine nützliche bauliche Massnahme handelt. Ein solcher Beschluss bedarf der Zustimmung der Mehrheit aller Stockwerkeigentümer, die zugleich den grösseren Teil der Sache vertritt (qualifiziertes Mehr nach Köpfen und nach Wertquoten), was vorliegend erfüllt war. Solche nützlichen baulichen Massnahmen können auch einen Einfluss auf die im Sonderrecht stehenden (oder zur Sondernutzung zugewiesenen) Gebäudeteile haben. Mit anderen Worten: Das Sonderrecht ist nicht absolut unabänderlich und darf unter Umständen gegen den Willen eines Sonderrechtsberechtigten abgeändert werden; im Rahmen von nützlichen baulichen Massnahmen selbst dann, wenn die Änderung weder zwingend noch nötig ist (Urteil Nr. 5A\_972/2020 des Bundesgerichts vom 5.10.2021 = Markus Felber in «Der Schweizerische Hauseigentümer» 2022 Nr. 7 S. 7 = Bettina Hürlimann-Kaup in ZBJV 2022 S. 449).

**27. Stockwerkeigentum (Abberufung des Verwalters):** Das schweizerische Recht kennt keinen klagbaren Anspruch auf ordnungsgemässe Verwaltung oder Einhaltung des Reglements beim Stockwerkeigentum. Gegenüber gesetzes- oder reglementswidrigen Verfügungen der Verwaltung kann der einzelne Stockwerkeigentümer an die Stockwerkeigentümersammlung gelangen, deren Entscheid wiederum, sollte er ein pflichtwidriges Verhalten der Verwaltung decken, gerichtlich angefochten werden kann. Weitergehend kann der einzelne Stockwerkeigentümer der Stockwerkeigentümergeinschaft beantragen, die von ihr bestellte Verwaltung abzuberufen (Art. 712r Abs. 1 ZGB) und deren gerichtliche Abberufung verlangen, sollte die Versammlung der Stockwerkeigentümer die



Abberufung der Verwaltung unter Missachtung wichtiger Gründe ablehnen (Art. 712r Abs. 2 ZGB). In einem Abberufungsverfahren hat der Verwalter selbst keine Parteistellung.

Wichtige Gründe gemäss dieser Bestimmung liegen nach der Rechtsprechung vor, wenn einem Stockwerkeigentümer die Fortsetzung des Verwaltungsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann, weil das in diesem Rechtsverhältnis enthaltene Vertrauensverhältnis fehlt bzw. zerstört worden ist. Ob im Einzelfall ein wichtiger Grund vorliegt, entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen und mit Zurückhaltung. Es geht dabei um eine Billigkeitsentscheidung, die auf objektiver Interessenabwägung unter Beachtung der Umstände des beurteilten Falles beruht, nicht auf dem subjektiven Empfinden des klagenden Stockwerkeigentümers.

Im konkreten Fall wurden die dem Verwalter vorgehaltenen Pflichtverletzungen als leicht bzw. geringfügig gewichtet. Keiner der vorgehaltenen Pflichtverletzungen für sich allein stellte einen wichtigen Grund dar, der die Fortsetzung des Verwaltungsverhältnisses nach Treu und Glauben unzumutbar erscheinen liesse und eine Abberufung der Verwaltung zu rechtfertigen vermöge, sodass der Verwalter nicht abberufen wurde (Urteil Nr. 5A\_920/2020 des Bundesgerichts vom 15.10.2021 = Martina Frischkopf in: Weblaw, digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, dRSK, Abberufung eines Verwalters im Stockwerkeigentum, publiziert am 26.1.2022 = Kurzfassung in Basler Juristische Mitteilungen, BJM 2021 S. 359 = Urs Fasel, Sachenrecht, Entwicklungen 2021, Bern 2022, S. 24).

**28. Realteilung:** Jeder Miteigentümer hat nach Art. 650 Abs. 1 ZGB das Recht, die Aufhebung des Miteigentums zu verlangen, sofern die Aufhebung nicht durch ein Rechtsgeschäft, durch Aufteilung zu Stockwerkeigentum oder durch die Bestimmung der Sache für einen dauernden Zweck ausgeschlossen ist. Die Aufhebung erfolgt dabei gestützt auf Art. 651 Abs. 1 ZGB durch körperliche Teilung, durch Verkauf aus freier Hand oder auf dem Wege der Versteigerung mit Teilung des Erlöses oder durch Übertragung der ganzen Sache auf einen oder mehrere der Miteigentümer unter Auskauf der übrigen. Mit der körperlichen Teilung kann nach Art. 651 Abs. 3 ZGB bei ungleichen Teilen eine Ausgleichung der Teile in Geld verbunden werden.

Im konkreten Fall ging es um zwei im Kanton Genf gelegene Grundstücke, die im Miteigentum je zur Hälfte von A und B waren. Die beiden Eigentümer haben sich auf die körperliche Teilung der Sache geeinigt

und haben dem Gericht die Zuteilung überlassen, wobei sie je ihren Zuteilungswunsch äusserten. Dieser bestand darin, dass beide das gleiche Grundstück zu Alleineigentum beanspruchen wollten. Die gerichtliche Zuteilung war somit Gegenstand des vorliegenden Streits. Gestützt auf verschiedene Kriterien konnte die Vorinstanz keinem Eigentümer eine stärkere Bindung zu einem bestimmten Grundstück nachweisen. Die Zuteilung erfolgte deshalb an diejenige Partei, die sich mehr in einem bestehenden Konflikt um eine Lösung bemühte als die andere.

Das angerufene Bundesgericht bestätigte die von der Vorinstanz vorgenommene Zuteilung (mit Begründung); insbesondere lag keine Ermessensüberschreitung vor (Urteil Nr. 5A\_936/2020 des Bundesgerichts vom 15.7.2021 = Philipp Eberhard in: Weblaw, digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, dRSK, Aufhebung von Miteigentum mittels Realteilung, publiziert am 16.12.2021).

**29. Nachbarrecht (Wasserablauf):** Jeder Grundeigentümer ist verpflichtet, das Wasser, das von dem oberhalb liegenden Grundstück natürlicherweise abfließt, aufzunehmen, wie namentlich Regenwasser, Schneeschmelze und Wasser von Quellen, die nicht gefasst sind (Art. 689 Abs. 1 ZGB).

Im konkreten Fall wurde zwecks Entwässerung eines Grundstücks das Meteorwasser (von der Terrasse und vom Dach) gesammelt, alsdann in eine unterirdische Leitung eingespeist und schliesslich unter dem tiefer gelegenen Grundstück hindurch abgeleitet. Der Eigentümer dieses Grundstücks wehrte sich gegen diese Entwässerung.

Es lag dadurch keine übermässige Einwirkung im Sinne des Nachbarrechts vor (Art. 684 ZGB). Auch wurde im Vergleich zum Zustand vor der Änderung des Entwässerungssystems keine Zusatzbelastung im Sinne von Art. 689 Abs. 2 ZGB festgestellt. Zudem lag kein Rechtsmissbrauch vor durch die Berufung auf die gesetzliche Bestimmung von Art. 689 ZGB. Mit anderen Worten: Die Entwässerungsableitungen mussten nicht entfernt werden (Urteil Nr. 5A\_852/2021 des Bundesgerichts vom 27.4.2022).

**30. Besitzerschutz (Gesetzesänderung):** Am 9. Juni 2015 hat Nationalrat Olivier Feller (FDP/VD) die Motion Nr. 15.3531 mit folgendem Wortlaut eingereicht: «Der Bundesrat wird beauftragt, die Bedingungen zu lockern, unter denen sich Eigentümerinnen und Eigentümer von unrechtmässig besetzten Liegenschaften gemäss Art. 926 des Zivilgesetzbuches (ZGB) ihres Eigentums wieder bemächtigen dürfen, insbesondere die Fristen.»

Die Motion wurde vom Parlament überwiesen. Gestützt auf das zwischenzeitlich durchgeführte (überwiegend positiv ausgefallene) Vernehmlassungsverfahren zum Vorentwurf hat der Bundesrat am 29. Juni 2022 das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) beauftragt, eine diesbezügliche Botschaft auszuarbeiten.

**31. Baurecht (Vormerkung):** Bei einem Baurecht können der Baurechtszins und allfällige weitere vertragliche Bestimmungen im Grundbuch vorge­merkt werden, sofern diese öffentlich beurkundet sind (Art. 779a Abs. 2 ZGB; Art. 78 Abs. 1 lit. h GBV). Es spielt dabei keine Rolle, ob es sich um ein selbstständiges und dauerndes Baurecht oder um ein unselbstständiges Baurecht handelt. Die Vormerkung enthält gemäss Art. 123 Abs. 3 lit. b GBV einen Hinweis auf den entsprechenden Grundbucheintrag (Baurecht).

Im vorliegenden Fall konnte die beantragte Vormerkung nicht im Grundbuch eingeschrieben werden, da es sich um ein Baurecht als irreguläre Personaldienstbarkeit im Sinne von Art. 781 ZGB handelte und nicht um ein Baurecht gemäss Art. 779 ff. ZGB (Verfügung des Departements Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau, Abteilung Register und Personenstand, vom 16. 11. 2021).

**32. Dienstbarkeiten (Vollstreckung):** Durch Urteil des Bundesgerichts wurde der Eigentümer eines Grundstücks, das mit einem Fuss- und Fahrwegrecht belastet ist, verpflichtet, die auf der belasteten Teilfläche des Grundstücks vorgenommene Senke rückgängig zu machen und auf ein horizontal verlaufendes Niveau zu versetzen (Urteil Nr. 5A\_640/2016 des Bundesgerichts vom 28. 6. 2017).

Nachdem der Belastete seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist, wurde die Vollstreckung klageweise beantragt. Lautet das Urteil (wie in unserem Fall) auf ein Tun, Unterlassen oder Dulden, so kann das Vollstreckungsgericht geeignete Massnahmen anordnen (Art. 343 Abs. 1 ZPO). Konkret wurde eine Ordnungsbusse von CHF 100.– angedroht für jeden Tag der Nichterfüllung, was vom Bundesgericht bestätigt wurde (Urteil Nr. 5A\_871/2021 des Bundesgerichts vom 26. 4. 2022).

**Bemerkung:** In einem anderen Fall ging es auch um die Vollstreckung im Zusammenhang eines Wegrechts. Konkret weigerte sich der Verurteilte, eine Hecke und drei Felsbrocken zu entfernen (Urteil Nr. 5D\_215/2021 des Bundesgerichts vom 28. 6. 2022).

**33. Dienstbarkeiten (Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands):** Ein Grundstück ist mit einer Grunddienstbarkeit belastet, die ein Benützung­recht an drei Aussenparkplätzen beinhaltet. In der Folge wurde gestützt auf eine Baubewilligung auf dem belasteten Grundstück eine Überbauung samt Tiefgarage errichtet, wonach die erwähnte Grunddienstbarkeit nicht mehr ausgeübt werden konnte.

Es entwickelte sich ein Streit um die Frage, ob der Dienstbarkeitsberechtigte gestützt auf die Grunddienstbarkeit die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands auf dem Grundstück des Dienstbarkeitsbelasteten erwirken kann. Das Bundesgericht bestätigte das Urteil der Vorinstanz, wonach die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands angeordnet wurde. Es spielt dabei keine Rolle, dass der Dienstbarkeitsberechtigte keine Baueinsprache gegen das Bauvorhaben erhoben hat, obschon dort klar die Einfahrt in die Tiefgarage auf demjenigen Teil des Grundstücks projektiert war, der mit der Dienstbarkeit belegt war. Durch diese Tatsache kann nicht bereits auf einen Verzicht auf die Dienstbarkeit geschlossen werden. Bei der Beurteilung ist auch nicht relevant, dass die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands (Rückbau einer Tiefgarage) mit hohen Kosten verbunden sein wird (Urteil Nr. 5A\_223/2021 des Bundesgerichts vom 7. 12. 2021 = ZBGR 2022 S. 176 = Frederik Weber in «ius.focus» 2022 Heft 3 S. 3 = Katharina Fontana in SJZ 2022 S. 407 = Urs Fasel, Sachenrecht, Entwicklungen 2021, Bern 2022, S. 49 = Michael Zeller in «immobilia», offizielles Verbandsorgan des Schweizerischen Verbandes der Immobilienwirtschaft, August 2022, S. 33).

**34. Dienstbarkeiten (Auslegung eines Fuss- und Fahrwegrechts):** Konkret ging es um die Auslegung eines Fuss- und Fahrwegrechts auf einer in einem Plan eingezeichneten Zufahrtsstrasse. Es handelte sich um eine ungemessene Dienstbarkeit. Somit richten sich der Inhalt und der Umfang nach den Bedürfnissen der Berechtigten im Zeitpunkt der Begründung der Dienstbarkeit, wobei eine gewisse zukünftige Entwicklung damit nicht ausgeschlossen ist. Ändern sich jedoch die Bedürfnisse der Berechtigten, darf dem Verpflichteten eine Mehrbelastung nicht zugemutet werden (Art. 739 ZGB). Führt die Befriedigung von gesteigerten, aber gleichartigen Bedürfnissen des berechtigten Grundstücks zu einer vermehrten Inanspruchnahme des belasteten Grundstücks, so liegt jedoch im Grundsatz keine unzulässige Mehrbelastung im Sinne von Art. 739 ZGB vor. Wird beispielsweise das berechnete Grundstück dem auch von der Dienstbarkeit abgedeckten Zweck entsprechend weiter überbaut und

hat die Vergrösserung oder Vermehrung der Gebäude auf dem berechtigten Grundstück zur Folge, dass auf diesem mehr Menschen wohnen und deshalb der Weg stärker begangen und befahren wird, ist die darauf zurückzuführende Steigerung der Inanspruchnahme des belasteten Grundstücks zulässig, d. h., sie kann nicht als Überschreitung eines (ungemessenen) Wegrechts angesehen werden.

Im konkreten Fall aus dem Kanton Thurgau lag keine unzulässige Mehrbelastung vor (Urteil Nr. 5A\_714/2021 des Bundesgerichts vom 8.3.2022 = Iva Gavranovic in «ius.focus» 2022 Heft 5 S.4).

In einem anderen Fall aus dem Kanton Schwyz ging es auch um die Auslegung eines (ungemessenen) Fuss- und Fahrwegrechts. Hier wurde gemäss dem Begründungsvertrag festgestellt, dass der ursprüngliche Zweck der Dienstbarkeit darin bestand, dass das Fuss- und Fahrwegrecht zur landwirtschaftlichen Nutzung der berechtigten Grundstücke begründet wurde. Zwischenzeitlich wurden allerdings die berechtigten Grundstücke von der Landwirtschaftszone in die Intensiverholungszone umgezont; sie werden heute als öffentliche Parkanlage genutzt. Diese Entwicklung ist mit dem Zweck der Dienstbarkeit nicht zu vereinbaren, sodass das Wegrecht für den Freizeitpark nicht mehr ausgeübt werden kann (Urteil Nr. 5A\_346/2021 des Bundesgerichts vom 29.11.2021 = Julia Stöckli in «ius.focus» 2022 Heft 2 S.3). Das Bundesgericht hatte sich bereits in einem früheren Verfahren mit dieser Auslegung befasst (Urteil Nr. 5A\_702/2019 des Bundesgerichts vom 18.9.2020).

**35. Dienstbarkeiten (Auslegung eines Zugangs- und Zufahrtsrechts):** Im Grundbuch ist als Grunddienstbarkeit ein Zugangs- und Zufahrtsrecht eingetragen. Umstritten war die Ausübung der Dienstbarkeit, obschon die belastete Fläche in einer Planbeilage koloriert dargestellt wurde.

Im Prozess über die Auslegung der Dienstbarkeit wurde der Zweck der Dienstbarkeit festgehalten, nämlich, dass der Berechtigte sein Fahrzeug auf sein Grundstück, insbesondere auch in seine Garage und auf seinen Autoabstellplatz fahren kann. Die Fläche auf dem belasteten Grundstück gemäss Plan vermochte jedoch offensichtlich diesen Zweck nicht zu erfüllen. Der Belastete hatte deshalb eine erweiterte Dienstbarkeitsfläche hinzunehmen, welche die Zufahrt tatsächlich ermöglicht. Mit anderen Worten: Die belastete Fläche wurde oberinstanzlich neu festgelegt, sodass die Zufahrt gewährleistet werden konnte. Die Auslegung der Dienstbarkeit erfolgte nicht über die natürliche Publizität, sondern über den Zweck,

für den die Dienstbarkeit errichtet wurde (Urteil Nr. 5A\_472/2021 des Bundesgerichts vom 29.3.2022 = Praxis 2022 Nr. 65 mit Bemerkungen von Roland Pfäffli = Charles Gschwind in «immobilia», offizielles Verbandsorgan des Schweizerischen Verbandes der Immobilienwirtschaft, Juli 2022, S.32).

**Bemerkung:** Bemerkenswert ist die Aussage im Urteil des Bundesgerichts (Erw. 4.3), wonach die Planbeilage wohl zu den Grundbuchbelegen gehört, aber nicht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teilnimmt, da das Wegrecht nicht amtlich vermessen sei. Dazu Folgendes: Die Planbeilagen zu Dienstbarkeitsverträgen, die übrigens seit dem 1. Januar 2012 in einem «Plan für das Grundbuch» zeichnerisch dargestellt werden (Art. 732 Abs. 2 ZGB), ergänzen den Wortlaut einer Dienstbarkeit und dienen für die Auslegung der Dienstbarkeit. Die darin enthaltenen Einzeichnungen werden grundsätzlich nicht im Vermessungswerk eingetragen. Nur in ganz seltenen Spezialfällen wird eine Dienstbarkeit amtlich vermessen, beispielsweise bei selbstständigen und dauernden Rechten. Wäre im vorliegenden Fall das Zugangs- und Zufahrtsrecht amtlich vermessen gewesen, hätte dies an der Auslegung nichts geändert.

**36. Dienstbarkeiten (Auslegung eines Bauverbots):** Im Grundbuch ist mit dem Stichwort «Bauverbot» folgende Grunddienstbarkeit eingetragen: Der jeweilige Eigentümer des Grundstücks darf auf der im beiliegenden Situationsplan rot schraffierten Fläche keinerlei Hochbauten errichten. In der Folge wollte der belastete Grundeigentümer im Bereich, der mit der Dienstbarkeit belastet ist, eine Tiefgarage mit Ski- und Veloraum bauen. Dagegen setzte sich der Dienstbarkeitsberechtigte zur Wehr.

Da das gesamte Bauvorhaben unter dem bisherigen Erdboden zu stehen kommt, wurde entschieden, dass dieses im Einklang mit dem Bauverbot steht. Somit lag keine Verletzung der Dienstbarkeit vor (Urteil Nr. 5A\_692/2021 des Bundesgerichts vom 25.4.2022).

**Bemerkung:** Hätten die damaligen Vertragsparteien des Dienstbarkeitsvertrags gewollt, dass auf der dienstbarkeitsbelasteten Fläche gar kein Bauwerk errichtet werden dürfe, hätten sie dies entsprechend ausgedrückt, zum Beispiel mit dem Wortlaut, dass auf der schraffierten Fläche «keinerlei Bauten» errichtet werden dürfen.

**37. Dienstbarkeiten (Auslegung eines Näherbaurechts mit Bauhöhenbeschränkung):** Zu Lasten des Grundstücks A wurde ein Näherbaurecht zu

Gunsten des Grundstücks B als Grunddienstbarkeit im Grundbuch eingetragen. Im gleichen Vertrag wurde zu Gunsten des Grundstücks A eine Bauhöhenbeschränkung zu Lasten des Grundstücks B als Grunddienstbarkeit eingetragen. In der Folge sollten die Gebäude auf dem Grundstück B abgebrochen und durch einen Neubau ersetzt werden, wobei das Näherbaurecht nicht mehr beansprucht wurde.

Umstritten war, ob die Bauhöhenbeschränkung weiterhin Bestand hat und somit auch das Bauprojekt auf dem Grundstück B betrifft. Bei der Auslegung stellte man fest, dass die beiden Dienstbarkeiten erst nach der Erstellung der seinerzeitigen Gebäude auf dem Grundstück B errichtet wurden, und zwar projektbezogen (man stützte sich auf die konkreten Pläne des Architekten). Der funktionelle Zusammenhang der beiden Dienstbarkeiten führte dazu, dass das Näherbaurecht und die Bauhöhenbeschränkung derart verknüpft sind, dass die Bauhöhenbeschränkung nach dem Abbruch der alten Gebäude für neue Bauvorhaben nicht mehr gilt, wenn das Näherbaurecht nicht (mehr) beansprucht wird. Mit anderen Worten: Die neuen Gebäude unterliegen konkret nicht mehr der privatrechtlichen Baubeschränkung (Urteil Nr. 5A\_28/2021 des Bundesgerichts vom 31. 3. 2022 = Markus Felber in «Der Schweizerische Hauseigentümer» 2022 Nr. 15 S. 7).

**Bemerkung:** Dieses Urteil ist zwar lediglich auf der Website des Bundesgerichts veröffentlicht worden und damit kein Leitentscheid. Die II. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts hat allerdings die Sache keineswegs als «Routineangelegenheit» abgetan. Sie wurde in Fünferbesetzung öffentlich beraten.

**38. Dienstbarkeit (Löschung gemäss Art. 736 ZGB):** Hat eine Dienstbarkeit für das berechnigte Grundstück alles Interesse verloren, so kann der Belastete ihre Löschung verlangen (Art. 736 Abs. 1 ZGB). Ist ein Interesse des Berechnigten zwar 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).

Im konkreten Fall wurde eine Dienstbarkeit mit dem Stichwort «Baubeschränkung» vom Gericht gemäss Art. 736 Abs. 1 ZGB gelöscht. Diese Dienstbarkeit wurde seinerzeit errichtet aufgrund der pendenten Ortsplanung als privatrechtliche Baubeschränkung. Nach der Inkraftsetzung der neuen Bau- und Zonenordnung hatte die Dienstbarkeit ihren Zweck

erfüllt und konnte demzufolge mangels Interesses gelöscht werden (Urteil Nr. 5A\_1043/2021 des Bundesgerichts vom 27. 6. 2022).

**39. Grundpfandrechte (Wohnung der Familie):** Im Rahmen einer Betreuung auf Verwertung eines Grundpfandrechts wurde geltend gemacht, dass bei der Errichtung der zur Grundpfandverwertung geführten Schuldbriefe die Ehefrau des Grundeigentümers nicht mitgewirkt habe, obschon im verpfändeten Grundstück sich die Wohnung der Familie befunden habe.

Gemäss Art. 169 Abs. 1 ZGB kann ein Ehegatte nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des anderen einen Mietvertrag kündigen, das Haus oder die Wohnung der Familie veräussern oder durch andere Rechtsgeschäfte die Rechte an den Wohnräumen der Familie beschränken. Zu den zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäften gehört unter bestimmten Umständen auch die Bestellung eines Grundpfandrechts an der Wohnung der Familie (BGE 142 III 720 = Praxis 2018 Nr. 56 = ZBGR 2017 S. 396 = Stephan Wolf/Isabelle Nuspliger in ZBJV 2017 S. 530). Bei einer Verletzung dieser Bestimmung hat dies die absolute Nichtigkeit des fraglichen Rechtsgeschäfts zur Folge.

Konkret lag zwar die Zustimmung des anderen Ehegatten nicht vor. Allerdings hatte dieser gemäss Art. 153 Abs. 2 lit. b SchKG genügend Verteidigungsmöglichkeiten, um sich gegen den Zahlungsbefehl zu wehren, beispielsweise mit einem Rechtsvorschlag oder gegebenenfalls durch eine Aberkennungsklage. Von dieser Möglichkeit hat er jedoch nicht Gebrauch gemacht; die Grundpfanderrichtung war somit rechtmässig (Urteil Nr. 5A\_858/2020 des Bundesgerichts vom 1. 11. 2021).

**40. Bauhandwerkerpfandrecht (Belastung des richtigen Grundstücks):** Wenn die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf einem Grundstück vom Gericht verfügt wurde, kann die definitive Eintragung desselben nicht auf die inzwischen begründeten Stockwerkanteile, entsprechend den Wertquoten, erfolgen. Es gilt der Grundsatz gemäss BGE 126 III 462 (Erw. 2b und Erw. 2c/bb), wonach das belastete Grundstück sowohl für die provisorische als auch für die definitive Eintragung identisch sein muss (Urteil Nr. 5A\_664/2021 des Bundesgerichts vom 15. 11. 2021 = Praxis 2022 Nr. 90 = Roland Pfäffli/Mascha Santschi Kallay in «Der Schweizerische Hauseigentümer» 2022 Nr. 10 S. 9 = Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht, SZPP 2022 S. 210 mit Bemerkungen von Roland Pfäffli S. 212).

**41. Bauhandwerkerpfandrecht (unselbstständiges Baurecht):** Ein unselbstständiges Baurecht als Personaldienstbarkeit kann nicht mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet werden. Es fehlt an einem geeigneten Pfandobjekt. Ist das unselbstständige Baurecht als Grunddienstbarkeit ausgestaltet, kann allenfalls ein Bauhandwerkerpfandrecht auf dem berechtigten Grundstück errichtet werden (vgl. Christoph Thurnherr, Basler Kommentar, 2019, Note 20 zu Art. 839/840 ZGB; Hans Leemann, Berner Kommentar, Note 20 zu Art. 837 ZGB; BGE 97 II 326 Erw. 6). Ob im konkreten Fall der Pfandanspruch besteht, muss im ordentlichen Verfahren entschieden werden. Dem Gesuchsteller wurde deshalb eine Frist angesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts anzuheben (Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 26. 2. 2021 = Bettina Hürlimann Kaup/Nathalie Ducrey in Baurecht 2021 S. 322).

**Bemerkung:** Im zwischenzeitlich erschienen Lehrbuch von Schumacher/Rey wird die Meinung vertreten, dass bei einer Personaldienstbarkeit ein allfälliges Bauhandwerkerpfandrecht auf dem dienstbarkeitsbelasteten Grundstück einzutragen sei (Rainer Schumacher/Pascal Rey, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Zürich/Basel/Genf 2022, Note 853).

**42. Bauhandwerkerpfandrecht (definitive Eintragung):** Ein Bauhandwerker ersuchte das Bezirksgericht um Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten auf verschiedenen Grundstücken einer Gesamtüberbauung. Das Gericht verfügte vorerst die superprovisorische und alsdann die provisorische Eintragung des Pfandrechts als Vormerkung im Grundbuch. Im oberinstanzlichen Hauptprozess wurde das Grundbuchamt vom Kantonsgericht angewiesen, die Grundpfandrechte definitiv einzutragen. Dagegen erhob der Grundeigentümer Beschwerde beim Bundesgericht. Hier wurde festgestellt, dass die Rügen nicht berechtigt waren. Beispielsweise wurde festgestellt, dass die Viermonatsfrist (Art. 839 Abs. 2 ZGB) eingehalten wurde, dass das Kantonsgericht von einer genügenden Substanziierung der Pfandsummen ausgegangen war und dass keine Verletzung der Begründungspflicht seitens der Vorinstanz vorlag. Kurz: Die definitive Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte als Grundpfandverschreibungen erfolgte somit zu Recht (Urteil Nr. 5A\_745/2021 des Bundesgerichts vom 26. 4. 2022).

**Bemerkung:** Bemerkenswert ist die Tatsache, dass nach dem noch nicht rechtskräftigen Urteil des Kantonsgerichts das Grundbuchamt bereits die definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch

vollzog (vgl. lit. C.b. des erwähnten Bundesgerichtsurteils), obschon dies gemäss Art. 65 Abs. 1 lit. e in Verbindung mit Art. 72 GBV nur bei einem rechtskräftigen Urteil möglich ist.

**43. Bauhandwerkerpfandrecht (Baugrubensicherung):** Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziffer 3 ZGB haben Bauhandwerker oder Unternehmer Anspruch auf ein gesetzliches Bauhandwerkerpfandrecht bei ausstehenden Forderungen im Zusammenhang mit einer Baugrubensicherung. Konkret ging es um die Ankersetzung im Erdreich eines Nachbargrundstücks. In einem solchen Fall erfolgt die Belastung mit dem Pfandrecht auf dem Baugrundstück und nicht auf dem Nachbargrundstück. Solche Bauarbeiten vermehren den Wert des Hauptgrundstücks, d. h. desjenigen Grundstücks, das überbaut wird. Die Belastung mit dem Bauhandwerkerpfandrecht erfolgt deshalb ausschliesslich auf diesem Grundstück (Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Wallis vom 22. 10. 2021 = Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung, ZWR 2022 S. 194).

**44. Bauhandwerkerpfandrecht (Klagefrist):** In einem Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Wallis wird in Erinnerung gerufen, dass die vom Gericht verfügte Frist zur Einreichung einer Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts eine materiell-rechtliche Frist ist, die in Art. 961 Abs. 3 ZGB vorgesehen ist. Der Fristenstillstand nach Art. 145 Abs. 1 ZPO gilt nicht. Die Nichtbeachtung dieser Frist hat die Verwirkung des Rechts zur Folge. Möglich ist einzig eine Fristverlängerung durch das Gericht gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO (Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Wallis vom 9. 2. 2021 = Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung, ZWR 2022 S. 206).

**Bemerkung:** Massgebend zu dieser Rechtsprechung ist das Urteil Nr. 5A\_82/2016 des Bundesgerichts vom 16. 8. 2017 = BGE 143 III 554 = Praxis 2018 Nr. 145 = La Semaine Judiciaire, Semjud 2018 I S. 37 = Journal des Tribunaux, JdT 2020 II S. 364 = Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht, SZPP 2018 S. 100 mit Bemerkungen von Luca Melcarne S. 103 = Cahiers des droits réels et de la propriété 2018 S. 21 = Rainer Schumacher in Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht, SZPP 2018 S. 161 = Martina Frischkopf in: Weblaw, digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, dRSK, Bauhandwerkerpfandrecht: kein Fristenstillstand, publiziert am 26. 1. 2018 = Michel Heinzmann in Baurecht 2018 S. 195 = Thomas Sutter-Somm/Dario Ammann/Thierry Steib = Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht, SZPP 2018 S. 537.

**45. Enteignung:** Der Kanton Bern plante in der Gemeinde Biel den Bau einer Fachhochschule. Ein Eigentümer von zwei Grundstücken, die sich im Perimeter des vorgesehenen Areals befinden, weigerte sich zu einer rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung, sodass das Enteignungsverfahren eingeleitet wurde. Allerdings wurde dieses Verfahren von der Einwohnergemeinde Biel durchgeführt, da vorgesehen war, nach der Eigentumsübertragung dem Kanton Bern für den Bau der Fachhochschule ein Baurecht an diesen Grundstücken zu erteilen.

Das Enteignungsverfahren wurde vom Bundesgericht gestoppt. Die Einwohnergemeinde Biel war nicht legitimiert, die Enteignung zu beantragen. Da der Bau und Betrieb einer Fachhochschule eine kantonale Aufgabe ist, hätte der Kanton Bern selber die Enteignung beantragen müssen (Urteil Nr. 1C\_453/2019 und Nr. 1C\_271/2021 des Bundesgerichts vom 7. 9. 2021 = BVR 2022 S. 480 mit Bemerkungen von Peter Ludwig S. 497).

**46. Literaturhinweise zum Sachenrecht:** Bettina Hürlimann-Kaup, Die sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2021, ZBJV 2022 S. 444 ff.; Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht – Literaturspiegel 2019–2021, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, ZSR I 2022 S. 455 ff.; Barbara Graham-Siegenthaler / Philipp Eberhard, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sachenrecht 2021/2022, in Jusletter vom 22. 8. 2022; Urs Fasel, Sachenrecht, Entwicklungen 2021, Bern 2022.

## F. Landwirtschaftliches Bodenrecht

**47. Landwirtschaftliches Gewerbe (Begriff):** Gemäss Art. 7 Abs. 1 Satz 1 BGGB gilt als landwirtschaftliches Gewerbe eine Gesamtheit von landwirtschaftlichen Grundstücken, Bauten und Anlagen, die als Grundlage der landwirtschaftlichen Produktion dient und zu deren Bewirtschaftung, wenn sie landesüblich ist, mindestens eine Standardarbeitskraft nötig ist. Bei der Standardarbeitskraft (SAK) handelt es sich um ein Mass für die arbeitswirtschaftliche Betriebsgrösse. Sie wird anhand des standardisierten Arbeitsaufwands bei einer landesüblichen Bewirtschaftung berechnet. Der Bundesrat legt die Faktoren und die Werte für die Berechnung einer Standardarbeitskraft in Abstimmung mit dem Landwirtschaftsrecht fest (vgl. Art. 7 Abs. 1 Satz 2 BGGB). Zudem ist laut Art. 7 Abs. 4 lit. b BGGB die Möglichkeit zu berücksichtigen, fehlende betriebsnotwendige Gebäude zu erstellen oder vorhandene umzubauen, instand zu stellen oder zu ersetzen, wenn die entsprechenden Aufwendungen für den

Betrieb tragbar sind. Die Annahme eines landwirtschaftlichen Gewerbes im Sinne von Art. 7 Abs. 1 BGGB setzt in jedem Fall voraus, dass die infrage stehenden Grundstücke, Bauten und Anlagen eine rechtliche Einheit bilden (Erfordernis der rechtlichen Einheit unter Vorbehalt von Art. 7 Abs. 4 lit. c BGGB) und von einem gemeinsamen Zentrum aus (Erfordernis der räumlichen Einheit) im Sinne einer funktionalen Einheit bewirtschaftet werden können.

Konkret ging es um die Frage, ob die zu einem Gesamthandsvermögen gehörenden landwirtschaftlichen Grundstücke einer Erbgemeinschaft ein landwirtschaftliches Gewerbe bilden. Aufgrund der vorliegenden Verhältnisse und anhand der Betriebskonzepte wurde diese Frage verneint (Urteil Nr. 2C\_39/2021 des Bundesgerichts vom 4. 11. 2021).

**Bemerkung:** Zu diesem Urteil wurde beim Bundesgericht ein Erläuterungsgesuch gemäss Art. 129 BGG eingereicht. Dieses wurde abgewiesen (Urteil Nr. 2G\_1/2022 des Bundesgerichts vom 2. 5. 2022).

**48. Erwerbsbewilligung (landwirtschaftliches Gewerbe):** Wer ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück erwerben will, braucht dazu grundsätzlich eine Bewilligung (Art. 61 Abs. 1 BGGB), wobei der Erwerber in der Regel Selbstbewirtschafter sein muss (Art. 63 Abs. 1 lit. a BGGB). Eine Ausnahme vom Prinzip der Selbstbewirtschaftung besteht, wenn mit dem Erwerb die schutzwürdige Umgebung einer historischen Stätte, Baute oder Anlage oder ein Objekt des Naturschutzes erhalten werden soll (Art. 64 Abs. 1 lit. e BGGB).

Der Stiftung «Schweizerische Vogelwarte Sempach» wurde gemäss dieser Ausnahbestimmung der Erwerb von zwei landwirtschaftlichen Grundstücken von jeweils mehr als 2500 m<sup>2</sup>, d. h. von und insgesamt ca. 7100 m<sup>2</sup>, im Kanton Wallis bewilligt. Die beiden Grundstücke liegen zwar nicht in einer Schutzzone, trotzdem sind die dort vorkommenden heimischen Zwergohr-Eulen (*hibou petit-duc*) und das Biotop schützenswert. Somit konnte die Erwerbsbewilligung erteilt werden (Urteil Nr. 2C\_1069/2020 des Bundesgerichts vom 27. 10. 2021 = BGE 147 II 385 = Praxis 2022 Nr. 39 = ZBGR 2022 S. 229 = Philipp Eberhard in: Weblaw, digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, dRSK, Zwergohreulen als «Objekte des Naturschutzes» gemäss BGGB, publiziert am 18. 2. 2022).

**49. Erwerbsbewilligung (Naturschutz):** Wer ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück erwerben will, braucht dazu grundsätzlich eine

Bewilligung (Art. 61 Abs. 1 BGG), wobei der Erwerber in der Regel Selbstbewirtschafter sein muss (Art. 63 Abs. 1 lit. a BGG). Für die Selbstbewirtschaftung geeignet ist, wer die Fähigkeiten besitzt, die nach landesüblicher Vorstellung notwendig sind, um den landwirtschaftlichen Boden selber zu bearbeiten und ein landwirtschaftliches Gewerbe persönlich zu leiten (Art. 9 Abs. 2 BGG). Die Selbstbewirtschaftung muss ernstlich gewollt und praktisch möglich sein (vgl. BGE 94 II 254, Erw. 3a sowie BGE 81 II 570, Erw. 2).

Der Erwerb eines landwirtschaftlichen Gewerbes im Kanton Freiburg, umfassend 42 Grundstücke mit einer Fläche von 21,32 Hektaren, betrieben mit Milchwirtschaft und Ackerbau (1,58 Standardarbeitskräfte) durch einen gelernten Metzger und Unternehmer in der Fleischbranche mit Wohnsitz im Kanton Waadt (Fahrdistanz vom Wohnort zum Gewerbe: 70 km) wurde verweigert.

Dem 63-jährigen Käufer wurde abgesprochen, dass er den Boden selber persönlich bearbeite und den überwiegenden Teil der anfallenden Arbeiten in Feld und Stall und auch die administrativen Arbeiten selber erledige, was die tägliche Anwesenheit erfordere. Es genüge nicht, lediglich wie ein Verwalter oder Direktor das Gewerbe zu führen, wie dies offenbar beabsichtigt war (Urteil Nr. 2C\_520/2021 des Bundesgerichts vom 21.12.2021 = Franz A. Wolf in: Weblaw, digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, dRSK, Selbstbewirtschaftung am landwirtschaftlichen Gewerbe, publiziert am 4.3.2022).

**50. Erwerbsbewilligung (Vermächtnis):** Wer ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück erwerben will, braucht dazu grundsätzlich eine Bewilligung (Art. 61 Abs. 1 BGG). Eine Ausnahme von der Bewilligungspflicht bildet der Erwerb durch Erbgang und durch erbrechtliche Zuweisung (Art. 62 lit. a BGG).

Im konkreten Fall stellte sich die Frage, ob der Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks durch Vermächtnis der Bewilligungspflicht unterliegt. Beim Erwerber handelte es sich nicht um einen Erben, sodass dieser weder durch Erbgang (Universalsukzession) noch durch erbrechtliche Zuweisung das Grundstück erwerben konnte. Das Vermächtnis verschafft dem Begünstigten wohl einen einklagbaren obligationenrechtlichen Anspruch auf den vermachten Vermögensvorteil, jedoch keine Erbenstellung. Er kann sich somit als Nichterbe nicht auf den Ausnahmetatbestand von Art. 62 lit. a oder b BGG berufen. Er benötigt somit eine

Erwerbsbewilligung (Urteil Nr. 2C\_735/2021 des Bundesgerichts vom 11.3.2022 = Franz A. Wolf in Jusletter vom 13.6.2022).

**51. Kiesabbaurecht:** Die Errichtung eines Kiesabbau- und Deponierechts (inkl. dazugehörige Fahrweg- und Durchleitungsrechte) als irreguläre Dienstbarkeit im Sinne von Art. 781 ZGB in der Landwirtschaftszone zu Gunsten einer juristischen Person (Kieshandelsgesellschaft) ist zulässig und verschafft dem Dienstbarkeitsberechtigten keine eigentümerähnliche Stellung, die einer Aushöhlung des Grundeigentums gleichkommt. Hinzu kommt, dass im vorliegenden Fall (vor der Grundbuchanmeldung) seitens der landwirtschaftlichen Bewilligungsbehörde festgestellt wurde, dass der Sachverhalt keiner Bewilligung im Sinne des BGG bedarf. Die Abweisung des Grundbuchamts wurde nicht geschützt; die Dienstbarkeit wurde im Grundbuch eingetragen (Urteil des Kantonsgerichts Luzern, 1. Abteilung, vom 11.11.2021).

## G. Grundbuchrecht

**52. Öffentlichkeit des Grundbuchs.** Die Einsicht in Grundbuchbelege ist im Rahmen einer erbrechtlichen Auseinandersetzung zulässig. Allerdings muss stets ein schutzwürdiges Interesse geltend gemacht werden, was im Einzelfall abzuklären ist.

Wer ein Interesse glaubhaft macht, hat Anspruch darauf, dass ihm Einsicht in das Grundbuch gewährt oder dass ihm daraus ein Auszug erstellt wird (Art. 970 Abs. 1 ZGB). Dazu gehört nach der Rechtsprechung auch das Einsichtsrecht in die Belege, welche als Grundlage für den Grundbucheintrag massgebend sind (z. B. Kaufverträge). Beim glaubhaft gemachten Interesse wird zwischen einem rechtlichen und einem tatsächlichen Interesse unterschieden. Ein rechtliches Interesse hat ein Gesuchsteller, der ein Recht am Grundstück besitzt (z. B. ein Miteigentümer, der sein gesetzliches Vorkaufsrecht ausüben möchte). Liegt kein rechtliches Interesse vor, so kann jedoch auch ein tatsächliches Interesse, beispielsweise ein wirtschaftliches, wissenschaftliches, persönliches oder familiäres, zur Einsicht ins Grundbuch oder in die Belege berechtigen. Blosser Neugier reicht hingegen nicht. Dieses Interesse muss schutzwürdig sein und in der Abwägung mit den entgegenstehenden Interessen des Grundeigentümers den Vorrang beanspruchen können.

Ohne Angabe eines Interesses ist gemäss Art. 970 Abs. 2 ZGB jede Person berechtigt, Auskunft über folgende Daten des Hauptbuchs zu erhalten: Bezeichnung des Grundstücks und Grundstückbeschreibung, Name sowie Identifikation des Eigentümers, Eigentumsform und Erwerbsdatum. Zudem wurde der Bundesrat ermächtigt, weitere Angaben betreffend Dienstbarkeiten, Grundlasten und Anmerkungen zu bezeichnen, die ohne das Glaubhaftmachen eines Interesses öffentlich gemacht werden dürfen (Art. 970 Abs. 3 ZGB). Von dieser Kompetenz hat der Bundesrat Gebrauch gemacht und in Art. 26 Abs. 1 GBV bestimmt, dass folgende Angaben öffentlich sind: Alle Dienstbarkeiten und Grundlasten; sämtliche Anmerkungen mit Ausnahme von Grundbuchsperrern, von Veräusserungsbeschränkungen nach BVG, von Eigentumsbeschränkungen im Zusammenhang mit der Wohneigentumsförderung sowie von auf kantonalem Recht beruhenden Eigentumsbeschränkungen mit Pfandrechtscharakter.

Im konkreten Fall ging es um die Abweisung eines Gesuchs um Einsicht in das Grundbuch. Der Beschwerdeführer wollte die Eigentumsverhältnisse (inkl. Gegenleistungen bei Handänderungen) von einzelnen Grundstücken detailliert und vollständig in Erfahrung bringen, und zwar im Hinblick auf eine bevorstehende erbrechtliche Auseinandersetzung. Konkret wurde die Einsicht zum grössten Teil gewährt, sodass das Grundbuchamt die Eigentumsverhältnisse und die Gegenleistungen bei Handänderungen bekanntgeben musste (Urteil Nr. 5A\_799/2020 des Bundesgerichts vom 5.1.2022 = Praxis 2022 Nr. 50 mit Bemerkungen von Roland Pfäffli = Frederik Weber in «ius.focus» 2022 Heft 4 S. 3 = Tarkan Göksu in: Weblaw, digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, dRSK, Einsicht ins Grundbuch und Erbrecht, publiziert am 29.7.2022).

**Bemerkung:** In diesem Zusammenhang wird auf zwei Publikationen verwiesen: Christina Schmid-Tschirren/Roland Pfäffli, Einzelfragen zum Sachenrecht und Grundbuchrecht, BN 2019 S. 21 f.; Ruth Arnet/Anne Schnierer, Stunde der Wahrheit? – Informationsansprüche der Erben im Kontext der Publizität des Grundbuchs, in: Ruth Arnet/Paul Eitel/Alexandra Jungo/Hans Rainer Künzle (Hrsg.), Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich/Basel/Genf 2019, S. 221 ff.

**53. Verfügungsbeschränkung:** Wird zur Sicherung eines obligationenrechtlichen Anspruchs im Grundbuch eine Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziffer 1 ZGB vorgemerkt, so tritt neben dieses Recht ein dingliches Nebenrecht. Die Verfügungsbeschränkung entfaltet daher

ihre Wirkungen auch gegenüber später angeordneten Massnahmen im Zwangsvollstreckungsverfahren. Konkret ging es um ein Grundstück, das mit Arrest belegt wurde, wobei vorgängig eine Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziffer 1 ZGB im Grundbuch vorgemerkt wurde. Der Arrest, der später in eine definitive Pfändung umgewandelt wurde, konnte nicht vollstreckt werden, da die mit der Verfügungsbeschränkung verbundene Eigentumsänderung rangmässig vorging (Urteil Nr. 5A\_491/2021 des Bundesgerichts vom 2.2.2022 = BGE 148 III 109 = Praxis 2022 Nr. 74 mit Bemerkungen von Roland Pfäffli = Dominik Bopp in: Weblaw, digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, dRSK, Verfügungsbeschränkung und Zwangsvollstreckung, publiziert am 24.6.2022).

**Bemerkung:** Es handelt sich um eine Bestätigung der Rechtsprechung aus dem Jahr 1978 (BGE 104 II 170 = Praxis 1978 Nr. 220 = ZBGR 1980 S. 324 mit redaktioneller Bemerkung von Hans Huber = Peter Liver in ZBJV 1980 S. 146). Vgl. zum Ganzen auch Henri Deschenaux, Schweizerisches Privatrecht, Band V/3, Das Grundbuch, II. Teilband, S. 671 f. (mit Fussnote 79).

**54. Grundbuchverordnung (Änderung):** Am 10. Dezember 2021 hat der Bundesrat eine Änderung der Grundbuchverordnung beschlossen, und zwar im Zusammenhang mit den neuen Art. 949b und Art. 949c ZGB. Es geht darum, dass künftig die Grundbuchämter verpflichtet sind, zur Identifizierung von Personen systematisch die AHV-Nummer zu verwenden. Die Änderungen in der Grundbuchverordnung und im ZGB treten am 1. Januar 2023 in Kraft (vgl. AS 2021, Dokumente Nrn. 917 und 918; Jurius in Jusletter vom 13. Dezember 2021; Voser in ZBGR 2022 S. 67 f.).

Mit den Anmeldebelegen müssen künftig die Angaben bezüglich der AHV-Nummer dem Grundbuchamt eingereicht werden (neuArt. 51 Abs. 1 lit. a GBV). Für die bereits vor dem 1. Januar 2023 im Grundbuch eingetragenen Personen werden die Grundbuchämter die Nachführung der AHV-Nummern vornehmen (neuArt. 164 GBV).

**Bemerkung:** Diese Änderung stützt sich auf eine Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG), die am 1. Januar 2022 in Kraft getreten ist (vgl. AS 2021, Dokument Nr. 758). Danach dürfen Behörden die AHV-Nummer zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben systematisch verwenden (vgl. Jurius in Jusletter vom 22.11.2021).



Bereits vor zehn Jahren wurde in einer Publikation darauf hingewiesen, dass die AHV-Nummer eine ideale Identifikationsgrundlage für das Grundbuch bildet (vgl. Roland Pfäffli, *Teilrevision des Sachenrechts: Erste Erfahrungen*, ZBGR 2012 S. 373 f.).

**55. Vermessung:** Der Bundesrat will die Verordnung über die amtliche Vermessung ändern und damit die rechtlichen Grundlagen für ein neues Datenmodell schaffen, das künftig bei der amtlichen Vermessung zum Einsatz kommen soll. Auch sollen künftig die Dienstbarkeiten in die amtliche Vermessung aufgenommen werden. Im Entwurf zum geänderten Art. 21 GBV wird diesbezüglich festgehalten, dass die in ihrer Ausübung örtlich eingeschränkten Dienstbarkeiten nach den Vorschriften über die amtliche Vermessung erfasst, verwaltet und dargestellt werden. Das Vernehmlassungsverfahren zu dieser Vorlage wurde am 2. Februar 2022 eröffnet (Frist 13. Mai 2022); vgl. Bundesblatt 2022, Dokument Nr. 293.

**56. Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen:** Die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, die für ein bestimmtes Grundstück verfügt werden, werden im Grundbuch angemerkt, sofern diese dem Eigentümer eine dauerhafte Nutzungs- oder Verfügungsbeschränkung oder eine grundstücksbezogene Pflicht auferlegen (Art. 962 Abs. 1 ZGB).

Handelt es sich jedoch um öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, die für ein bestimmtes Gebiet (Perimeter) gelten, sind diese nicht im Grundbuch anzumerken; sie sind im Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen ersichtlich (ÖREB-Kataster). Dieser Kataster wurde seit 2012 aufgebaut und ist seit 2021 in allen Kantonen zugänglich.

Der Bundesrat hat am 12. Januar 2022 den Bericht «Evaluation des ÖREB-Katasters» des Bundesamts für Landestopografie (swisstopo) gutgeheissen. Der Bericht zeigt, dass der ÖREB-Kataster sich bewährt hat und den Bedürfnissen entspricht. Die Ziele wurden somit erreicht. Es ist vorgesehen, dass bis 2023 Informationen zu weiteren Themen zugänglich gemacht werden.

## H. Obligationenrecht (inkl. Handelsrecht)

**57. Grundstückkauf (Grundlagenirrtum):** In einem öffentlich beurkundeten Grundstückkauf wurden verschiedene Grundstücke verkauft. Vor der Eigentumsübertragung (Grundbuchanmeldung) erklärte der Verkäufer, dass er den Verkauf «abbrechen» wolle. Konkret erklärte er, dass er beim

Abschluss des Kaufvertrags einem Grundlagenirrtum erlegen sei und daher den Vertrag als unverbindlich erachte.

Ein Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat (Art. 23 OR). Ein solcher liegt namentlich vor, wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrags betrachtet wurde (Art. 24 Abs. 1 Ziffer 4 OR).

Der Verkäufer machte geltend, er habe wegen seiner körperlichen Einschränkung den Wunsch gehegt, eine der Liegenschaften umzunutzen und in der Scheune eine Wohnung mit Lift einzubauen. Von der zuständigen Stelle habe er im Jahr 2016 jedoch erfahren, dass ein Ausbau der Scheune ausgeschlossen sei, weil sich diese in der Landwirtschaftszone befinde. Deshalb habe er sich zum Verkauf entschlossen. Kurz nach der Beurkundung habe er jedoch erfahren, dass die Bau- und Zonenordnung geändert werde und dass sein Projekt umgesetzt werden könne. Er wollte somit den Kaufvertrag nicht mehr erfüllen und machte einen Grundlagenirrtum geltend.

Im Beweisverfahren konnte dem Verkäufer nachgewiesen werden, dass bereits vor Abschluss des Kaufvertrags die Zonenordnungsänderung im laufenden Gemeindeentwicklungskonzept vorbereitet wurde, sodass eine diesbezügliche Nachfrage bei der Gemeindeverwaltung angezeigt gewesen wäre. Der Verkäufer hätte nicht auf eine drei Jahre alte Auskunft abstellen dürfen, sondern sich über die aktuelle Situation vergewissern müssen. Der Irrtum war somit auf eine Fahrlässigkeit des Verkäufers zurückzuführen und konnte nicht geschützt werden. Der Verkäufer wurde verpflichtet, die Eintragungsbewilligung für den Eigentumsübergang zu erteilen (Urteil Nr. 4A\_29/2022 des Bundesgerichts vom 19. 4. 2022 = Harald Bärtschi in «ius.focus» 2022 Heft 7 S. 6).

**58. Grundstückkauf (kleinere Fläche als zugesichert):** In einem öffentlich beurkundeten Vertrag wurde ein Grundstück (Eigentumswohnung im Stockwerkeigentum) zum Preis von CHF 1200000.– verkauft. Im Vertrag wurde jegliche Gewährleistung des Verkäufers wegbedungen, wobei arglistig verschwiegene Mängel ausgeschlossen wurden (Art. 199 OR).

In der Verkaufsdokumentation wurde eine Wohnfläche von 110 m<sup>2</sup> (ohne Terrasse) für das Kaufsobjekt angegeben. Diese Eigenschaft wurde

mehrfach in Verkaufsanzeigen aufgeführt, insbesondere vom Verkäufer selber und von seinen beauftragten Vermittlern.

In der Folge stellte der Käufer fest, dass die Wohnfläche effektiv nur 91 m<sup>2</sup> beträgt. Hinzu kommt, dass der Verkäufer gegenüber den Steuerbehörden eine Wohnfläche von 92 m<sup>2</sup> deklariert hatte. Der Käufer beanstandete den Mangel im dem Sinne, dass eine Eigenschaft beim Vertragsobjekt fehlt, die der Verkäufer zugesichert hatte. Zwar enthielt der Kaufvertrag keine Angabe über die Wohnfläche. Allerdings war die Angabe der Fläche in den Inseraten und der Verkaufsdokumentation entscheidend, dass sich der Käufer tatsächlich für die Wohnung interessierte, diese besichtigte und schliesslich kaufte. Mit anderen Worten: Der Verkäufer hat bewusst jeweils eine zu grosse Wohnfläche angegeben. Er wurde verurteilt, dem Käufer den Betrag von CHF 200 000.– als Minderwert sowie rund CHF 7500.– an Parteikosten zurückzuerstatten (Urteil Nr. 4A\_535/2021 des Bundesgerichts vom 6.5.2022 = Praxis 2022 Nr. 81 mit Bemerkungen von Roland Pfäffli = Harald Bärtschi in «ius.focus» 2022 Heft 7 S.6).

**Bemerkung:** Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts haftet der Verkäufer nur für zugesicherte Eigenschaften, wenn die Zusicherung den Entschluss des Käufers, die Sache überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen zu erwerben, kausal war (BGE 87 II 244 Erw. 1a mit Hinweisen). Eine solche Kausalität ist bei Zusicherungen zu vermuten, die nach den Erfahrungen des Lebens allgemein geeignet sind, den Käufer in seiner Entschliessung, überhaupt oder doch zu den konkreten Bedingungen zu kaufen, entscheidend zu beeinflussen (BGE 71 II 239 Erw. 4; Heinrich Honsell, Basler Kommentar, OR I, Basel 2020, Note 14 zu Art. 197 OR mit Hinweisen).

In diesem Zusammenhang wird auf zwei weitere Fälle hingewiesen, wo die Wohnfläche einer Stockwerkeinheit nicht der tatsächlichen Fläche entsprach (Urteil Nr. 4A\_417/2007 des Bundesgerichts vom 14.2.2008 = ZBGR 2009 S. 243 = Roland Pfäffli / Daniela Byland in Jusletter vom 30.6.2008 bzw. Urteil Nr. 4A\_383/2016 des Bundesgerichts vom 22.9.2016 = Linda Bieri / Markus Vischer in: Weblaw, digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, dRSK, Sachmängel und Gefahrübergang beim Kauf von Stockwerkeigentum, publiziert am 23.1.2017).

**59. Grundstückkauf (Altlasten):** In einem Grundstückkaufvertrag, bei dem der Kanton Solothurn als Verkäufer auftrat, ist folgende Bestimmung enthalten:

«Die Verkaufspartei sichert zu, dass die Liegenschaft nicht im Kataster der belasteten Standorte aufgeführt ist und kein Eintrag im Verdachtsflächenkataster besteht. Weiter sichert die Verkaufspartei zu, dass ihr keine Belastungen an Boden und Gebäuden bekannt sind, mit Ausnahme der im Bodenuntersuchungsbericht der SolGeo AG Solothurn vom 21. Mai 2015 erwähnten schwachen Bodenbelastungen. Falls wider Erwarten dennoch weitere Bodenbelastungen im Sinne der Altlastenverordnung (AltIV; SR 814.680) oder der Verordnung über Belastungen des Bodens (VBBo; SR 814.12) aufgefunden werden, so verpflichtet sich die Verkaufspartei, für sämtliche Sanierungskosten (namentlich Kosten für die fachgerechte Entsorgung, Transport, Untersuchung etc.) aufzukommen, die notwendig sind, um einen Registereintrag zu verhindern.»

Nach Beginn der Aushubarbeiten meldete der Käufer dem Verkäufer den Fund von schadstoffbelastetem Material im Untergrund und vertrat die Ansicht, dass ein Eintrag im Kataster der belasteten Standorte notwendig sei, was die Kostenpflicht des Verkäufers für die Sanierung nach sich ziehen würde. Die Vorinstanzen verneinten dies, nicht jedoch das Bundesgericht. Dieses ging davon aus, dass ein Eintrag im erwähnten Kataster vor Aufnahme der Bauarbeiten erforderlich gewesen wäre. Die Sache wurde deshalb an die Vorinstanz zur Neu beurteilung zurückgewiesen (Urteil Nr. 1C\_556/2020 des Bundesgerichts vom 25.11.2021 = BGE 148 II 155 = Daniela Feller in: Weblaw, digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, dRSK, Der Wunsch nach einem Eintrag im Kataster der belasteten Standorte, publiziert am 24.8.2022 = Christoph Zaugg / Markus Vischer in: Weblaw, digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, dRSK, Belastete Standorte: Öffentlich-rechtliches Schattenboxen, publiziert am 2.6.2022).

**60. Grundstückkauf (Gewährleistung):** In einem Grundstückkauf wurde die Gewährleistung des Verkäufers aufgehoben, soweit dies gesetzlich zulässig ist. Der Käufer machte in der Folge Mängel geltend (funktionsuntüchtiges Schwimmbad, undichtes Dach beim Gebäude, mangelhafte Überdachung bei der Garage). Es stellte sich die Frage, ob diese Mängel arglistig verschwiegen wurden.

Die Mängel waren im Zeitpunkt des Verkaufs für einen Laien nicht erkennbar. Der Verkäufer konnte aber nachweisen, dass diese Mängel nicht arglistig verschwiegen wurden. Er hatte nämlich den Käufer bei der Besichtigung des Kaufobjekts darauf aufmerksam gemacht, dass die Nachbesserungsarbeiten beim Schwimmbad und beim Dach (Gebäude) nicht von Fachleuten ausgeführt worden seien, sondern zum Teil von ihm selbst.

Das Gericht entschied, dass der Verkäufer lediglich einen Betrag von CHF 2000.– dem Käufer zu entrichten hat für die Instandstellung des Gebälks beim Carport – gefordert wurden Ansprüche von total CHF 200 000.– (Urteil Nr. 4A\_627/2020 des Bundesgerichts vom 24. 8. 2021 = Jenny von Arx / Dario Galli / Markus Vischer in: Weblaw, digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, dRSK, Der Ausschluss der Gewährleistung beim Immobilienkauf, publiziert am 30. 6. 2022).

**61. Mietrecht (Tod des Mieters):** Stirbt ein Mieter, so bildet der Mietvertrag einen Teil des Nachlasses, sodass die Erben an die Stelle des Mieters treten. Wird eine Kündigung seitens des Vermieters nicht sämtlichen Erben zugestellt, ist sie nichtig. Die Berufung auf die Nichtigkeit ist allerdings rechtsmissbräuchlich, sofern die Mieterben nie im Mietobjekt gewohnt und kein Interesse an der Aufrechterhaltung des Mietvertrags haben.

Im konkreten Fall hinterliess der Mieter als Erben seine beiden Söhne, wobei einer verschollen war. Die vom Vermieter ausgesprochene Kündigung wurde nicht beiden Nachkommen des verschollenen Sohns zugestellt. Da diese nie im Mietobjekt lebten und an diesem nicht interessiert waren, erweist sich die Berufung auf die Nichtigkeit der Kündigung als rechtsmissbräuchlich (Urteil Nr. 4A\_282/2021 des Bundesgerichts vom 29. 11. 2021 = Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht, SZP 2022 S. 18 mit Bemerkungen von Patricia Dietschy-Martinet S. 25 = Thomas Koller in ZBJV 2022 S. 313 = MietRecht Aktuell, MRA 2022 S. 55 in deutscher Übersetzung mit einem Kommentar von Marco Giavarini S. 65).

**62. Mietrecht (Wegfall von Subventionen; Kündigung):** Der monatliche Mietzins von CHF 1428.– wurde im konkreten Fall durch eine Bundeshilfe nach Massgabe des Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetzes mit CHF 700.– subventioniert, sodass sich dieser auf CHF 728.– reduzierte. Nach Ablauf von 25 Jahren wurde diese Zusatzverbilligung nicht mehr gewährt, sodass nunmehr der «volle» Mietzins von CHF 1428.– vom Mieter zu bezahlen war. Dieser zahlte jedoch weiterhin nur den Betrag von CHF 728.–, worauf der Vermieter ihm wegen Zahlungsverzugs kündigte.

Eine solche Kündigung ist rechtsgültig, auch wenn sie nicht auf einem amtlichen Formular mitgeteilt wird. Beim Wegfall von Subventionen ist der Vermieter nicht verpflichtet, die daraus folgende Erhöhung mit einem Formular mitzuteilen (Urteil Nr. 4A\_299/2021 des Bundesgerichts vom 1. 9. 2021).

**63. Mietrecht (Kündigung auf amtlichem Formular):** Konkret ging es darum, ob der Vermieter den Anfangsmietzins auf einem gültigen amtlichen Formular dem Mieter mitgeteilt hatte (Art. 19 VMWG in Verbindung mit Art. 270 OR). Der im Mietvertrag angebrachte Verweis auf das beiliegende amtliche Formular beweist noch nicht, dass der Mieter auch die Rückseite des Formulars mit den Informationen über die Anfechtungsmöglichkeiten erhalten hat. Dies gilt insbesondere, wenn Mieter und Vermieter nicht übereinstimmende Formulare vorlegen. Im konkreten Fall war somit die Mitteilung des neuen Mietzinses auf dem unvollständigen amtlichen Formular mit einem Formfehler behaftet, was die Nichtigkeit des Mietzinses zur Folge hatte (Urteil Nr. 4A\_592/2020 des Bundesgerichts vom 12. 10. 2021 = mietrechtspraxis, mp 2022 S. 45 in deutscher Übersetzung = Boris Grell in «immobilia», offizielles Verbandsorgan des Schweizerischen Verbandes der Immobilienwirtschaft, März 2022, S. 30 = Boris Grell in Jusletter vom 23. 5. 2022 = Markus Felber in «Der Schweizerische Hauseigentümer» 2021 Nr. 22 S. 11 = Thomas Koller in ZBJV 2022 S. 309).

**Bemerkung:** In einem anderen Fall musste auch gerichtlich beurteilt werden, ob der Vermieter das vorgeschriebene Formular verwendet hatte (Urteil Nr. 4A\_302/2021 des Bundesgerichts vom 28. 1. 2022 = BGE 148 III 63 = Praxis 2022 Nr. 66 = Thomas Koller in Aktuelle Juristische Praxis, AJP 2022 S. 492 = Zarina Flüglistler in «immobilia», offizielles Verbandsorgan des Schweizerischen Verbandes der Immobilienwirtschaft, Juni 2022, S. 38 = mietrechtspraxis, mp 2022 S. 118 in deutscher Übersetzung = MietRecht Aktuell, MRA 2022 S. 1 in deutscher Übersetzung mit einem Kommentar von Philippe Rosat S. 10).

Zu den amtlichen Mietformularen ist zu bemerken, dass diese eine erhöhte Glaubwürdigkeit haben und grundsätzlich als Urkunden im Sinne von Art. 110 Abs. 4 und Art. 251 StGB gelten (Urteil Nr. 6B\_1270/2021 des Bundesgerichts vom 2. 6. 2022 = Martina Frischkopf in «ius.focus» 2022 Heft 8 S. 28).

**64. Mietrecht (Kündigung, Umbau des Mietobjekts):** Eine ordentliche Kündigung eines Mietvertrags setzt keine Kündigungsgründe voraus. Mieter und Vermieter sind grundsätzlich frei, das Mietverhältnis unter Einhaltung der vertraglichen oder gesetzlichen Fristen und Termine zu kündigen (Art. 266a OR). Eine Schranke ergibt sich einzig aus dem Grundsatz von Treu und Glauben: Bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen ist die Kündigung anfechtbar, wenn sie gegen diesen Grundsatz verstösst (Art. 271 Abs. 1 und Art. 271a OR).

Im konkreten Fall wurde die Kündigung im Hinblick auf die umfassende Sanierung der Liegenschaft und somit des Mietobjekts ausgesprochen. Dies setzt allerdings voraus, dass im Zeitpunkt der Kündigung ein derart ausgereiftes und ausgearbeitetes Umbau- oder Sanierungsprojekt vorliegt, dass der Mieter abzuschätzen vermag, ob die geplanten Arbeiten eine Räumung des Mietobjekts erforderlich machen.

Wird ein solches Sanierungsprojekt von den Behörden im Rahmen des öffentlichen Rechts allerdings nicht bewilligt, so führt dies nicht dazu, dass die Kündigung nachträglich missbräuchlich wird, es sei denn, das Projekt wäre bereits im Kündigungszeitpunkt offensichtlich nicht bewilligungsfähig gewesen, was der Mieter zu beweisen hat (Urteil Nr. 4A\_435/2021 des Bundesgerichts vom 14. 2. 2022 = mietrechtspraxis, mp 2022 S. 132 in deutscher Übersetzung = MietRecht Aktuell, MRA 2022 S. 15 in deutscher Übersetzung mit einem Kommentar von Urban Hulliger S. 24).

**Bemerkung:** Es handelt sich um die Bestätigung der Gerichtspraxis, die auch in einem weiteren Urteil herangezogen wurde (Urteil Nr. 4A\_247/2021 des Bundesgerichts vom 4. 5. 2022 = Juris in Jusletter vom 13. 6. 2022 = Yannick Hirschi in «ius.focus» 2022 Heft 7 S. 8). Es wird zudem verwiesen auf die Ausführungen von Marco Giavarini: Kündigung wegen Liegenschaftssanierung – Darstellung und Würdigung der aktuellen Praxis des Bundesgerichts (MietRecht Aktuell, MRA 2016 S. 185).

**65. Mietrecht (Anfechtung des Anfangsmietzins):** Gemäss Art. 270 Abs. 1 OR kann der Mieter den Anfangsmietzins anfechten und dessen Herabsetzung verlangen, wenn der betreffende Betrag missbräuchlich im Sinne von Art. 269 und Art. 269a OR ist, namentlich wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird (Art. 269 OR). Mietzinse sind in der Regel nicht missbräuchlich, wenn sie im Rahmen der orts- oder quartierüblichen Mietzinse liegen (Art. 269a lit. a OR).

Das Bundesgericht ging bisher davon aus, dass bei fehlendem Beweismittel auf den vom Vormieter bezahlten Mietzins abzustellen sei. In Präzisierung kommt das Bundesgericht nun zum Schluss, dass dies nicht zwangsläufig der Fall sein muss. Gibt es indessen andere Grundlagen, die nicht von den Parteien stammen müssen, wie kantonale oder kommunale Statistiken, kann der Richter diesen bei der Festsetzung des Mietzinses Rechnung tragen, selbst wenn sie nicht ausreichend differenziert sind.

Im konkreten Fall (Vierzimmerwohnung in einer Liegenschaft aus den 1960er-Jahren am See in Montreux) diente eine Statistik des Bundesamtes für Statistik als Richtlinie für die entsprechende Gewichtung bei der Festsetzung des Anfangsmietzinses von CHF 1800.– pro Monat, wobei der Vormieter einen Mietzins von CHF 1562.– bezahlt hat (Urteil Nr. 4A\_554/2021 des Bundesgerichts vom 2. 5. 2022 = Juris in Jusletter vom 13. 6. 2022 = Philipp Eberhard in «ius.focus» 2022 Heft 7 S. 7 = Markus Felber in «Der Schweizerische Hauseigentümer» 2022 Nr. 12 S. 9).

**66. Mietrecht (Kanton Basel-Stadt):** Im Kanton Basel-Stadt wurde am 28. November 2021 in einer Volksabstimmung die Initiative «Ja zum echten Wohnschutz» angenommen. Die hat zur Folge, dass Mietzinserhöhungen nach Umbauten nach oben gesetzlich begrenzt werden. Bei einem Ersatzneubau werden beispielsweise pro Wohnung nach Zimmerzahl maximale Netto-Mietzinse festgelegt, die sich an preisgünstigen Neubauwohnungen orientieren und gewährleisten, dass sie den überwiegenden Bedürfnissen der Wohnbevölkerung entsprechen und den aktuellen Wohnbestand bewahren. Diese maximalen Netto-Mietzinse werden im Grundbuch angemerkt (vgl. § 8f des Gesetzes über die Wohnraumförderung, WRFG, vom 5. Juni 2013). Neu ist auch, dass die Begründung von Stockwerkeigentum bewilligungspflichtig ist bei bereits gebauten Liegenschaften mit vier oder mehr Wohnungen in Zeiten der Wohnungsnot (§ 8 Abs. 5 WRFG). Unter Wohnungsnot in diesem Zusammenhang ist ein Leerwohnungsbestand von 1,5 Prozent oder weniger zu verstehen (§ 4 Abs. 4 WRFG).

**67. Neues Aktienrecht:** Am 19. Juni 2020 wurde vom eidgenössischen Parlament eine Änderung des Obligationenrechts beschlossen, und zwar als indirekter Gegenvorschlag zur Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» (vgl. Bundesblatt 2015 S. 3245 bzw. 2016 S. 8107). Die Änderungen betreffen vor allem die Bestimmungen über die Konzernrechnung.

Die erwähnte Volksinitiative, die unter dem Namen «Konzernverantwortungsinitiative» bekannt ist, wurde vom Schweizervolk am 29. November 2020 abgelehnt. Am 27. April 2021 wurde der Gegenvorschlag als Referendumsvorlage publiziert (vgl. Bundesblatt 2021, Dokument Nr. 890). Die Referendumsfrist ist am 5. August 2021 unbenutzt abgelaufen. Die Gesetzesänderungen, gestützt auf den Gegenvorschlag, sind am 1. Januar 2022 in Kraft getreten (AS 2021, Dokument Nr. 846). Es wird dazu verwiesen auf die Abhandlung von Karl Hofstetter: Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative und Unternehmenshaftung (SJZ 2021 S. 571).

In einer separaten Vorlage wurde ebenfalls am 19. Juni 2020 eine Änderung des Aktienrechts beschlossen (vgl. Bundesblatt 2020 S. 5573 ff.). Hier ist die Referendumsfrist am 8. Oktober 2020 unbenutzt abgelaufen. Bereits am 1. Januar 2021 sind die Bestimmungen über die Vertretung der Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung (Art. 734f OR und Art. 4 der Übergangsbestimmungen) sowie zur Transparenz bei Rohstoffunternehmen (Art. 964a bis 964f OR und Art. 7 der Übergangsbestimmungen) in Kraft getreten (vgl. AS 2020 S. 4065; Juris in Jusletter vom 14. 9. 2020). Die übrigen Bestimmungen, beispielsweise die neuen Bestimmungen für flexiblere Gründungs- und Kapitalvorschriften sowie die Zulässigkeit des Aktienkapitals in ausländischer Währung, werden am 1. Januar 2023 in Kraft treten, und zwar zusammen mit der revidierten Handelsregisterverordnung (vgl. AS 2022, Dokument Nr. 109 bzw. AS 2022, Dokument Nr. 114; Juris in Jusletter vom 7. 2. 2022).

Dazu wird verwiesen auf die Ausführungen von Peter Forstmoser / Marcel Küchler, Die Reform 2020 des schweizerischen Aktienrechts, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, ZSR 2020 I S. 393, sowie auf die verschiedenen Beiträge in der Spezialnummer «Aktienrecht» von EXPERT FOCUS (Juni 2021). Eine umfassende Einführung in das revidierte Aktienrecht ist zudem von Peter Forstmoser / Marcel Küchler unter dem Titel «Schweizerisches Aktienrecht 2020» erschienen, Bern (Stämpfli) 2021. Peter V. Kunz stellt in einem Festschriftbeitrag die Beurkundungstatbestände nach «neuem» Aktienrecht vor (vgl. Festschrift «100 Jahre Verband solothurnischer Notare», Solothurn 2022, S. 153).

**Bemerkung:** Mit der Revision per 1. Januar 2023 wird ein neues Rechtsinstitut eingeführt, das Kapitalband, welches dem Verwaltungsrat eines Unternehmens ermöglicht, das Kapital innerhalb einer im Voraus festgesetzten Bandbreite während einer Dauer von maximal fünf Jahren beliebig zu erhöhen oder herabzusetzen. Mehr dazu sowie zur ganzen

Revision vgl. Karin Poggio: Neues Aktienrecht tritt am 1. 1. 2023 in Kraft, BN 2022 S. 453.

**68. Aktiengesellschaft (Ablauf Verwaltungsratsmandat):** Das Bundesgericht hat erstmals entschieden, dass ein Verwaltungsratsmandat mit dem sechsten Monat nach Schluss des Geschäftsjahres endet, wenn entgegen Art. 699 Abs. 2 OR keine Generalversammlung durchgeführt oder die Wahl des Verwaltungsrates nicht traktandiert wurde. Mit anderen Worten: Das Bundesgericht schliesst die stillschweigende Verlängerung des Verwaltungsratsmandats aus und verlangt die aktive und explizite Willensbekundung der Generalversammlung (Urteil Nr. 4A\_496 / 2021 des Bundesgerichts vom 3. 12. 2021 = BGE 148 III 69 = Nina Niederhauser in «ius.focus» 2022 Heft 1 S. 11 = Reto Sutter, Ohne Generalversammlung kein Verwaltungsrat, in Jusletter vom 25. 4. 2022 = Nicolas Facincani / Seline Wissler in Aktuelle Juristische Praxis, AJP 2022 S. 279 = Dominik Hohler / Marion Bähler in Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, SZW 2022 S. 280 = Daniel M. Häusermann / Matthias P. A. Müller, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, GesKR 2022 S. 278).

**69. Aktiengesellschaft (Verbriefung der Mitgliedschaft):** Im Gesetz (Obligationenrecht) ist nicht geregelt, ob ein Aktionär einen Anspruch auf wertpapiermässige Verbriefung seiner Mitgliedschaft hat. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass die Aktionäre einen Anspruch darauf haben, dass ihre Mitgliedschaftsrechte in einem Wertpapier verbrieft werden, wobei zumindest bei Namenaktien dieser Anspruch in den Statuten ausgeschlossen werden kann (Urteil Nr. 4A\_39 / 2021 des Bundesgerichts vom 9. 8. 2021 = BGE 147 III 469 = Patrick Nick in «ius.focus» 2021 Heft 10 S. 12 = Pascal Zysset in: Weblaw, digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, dRSK, Nur Bares ist Wahres und nur verbrieft Aktien sind wahre Aktien, publiziert am 4. 11. 2021).

**70. Fusion (erleichterte Fusion):** Kapitalgesellschaften können unter erleichterten Voraussetzungen fusionieren. Die entsprechenden Voraussetzungen und die Erleichterungen finden sich in den Art. 23 und 24 FusG. Im konkreten Fall ging es um die Fusion einer Aktiengesellschaft mit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Übernahme einer GmbH durch eine AG als Absorption). Es stellte sich die Frage, ob die Voraussetzungen für eine erleichterte Fusion erfüllt sind.

Die Voraussetzungen für eine erleichterte Fusion sind nur gegeben, wenn (bei Mutter-Tochter-Fusionen) die übernehmende Gesellschaft sämtliche mit einem Stimmrecht verbundenen Anteile der übertragenden Gesellschaft besitzt, und (bei Schwestern-Fusionen) wenn ein Rechtsträger, eine natürliche Person oder eine gesetzlich oder vertraglich verbundene Personengruppe sämtliche mit einem Stimmrecht verbundenen Anteile aller an der Fusion beteiligten Gesellschaften besitzt (vgl. Hanspeter Klay in BN 2004 S. 214 f.).

Im konkreten Fall wurde die Eintragung der erleichterten Fusion im Handelsregister zu Recht verweigert. Somit wurde die Praxis des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister bestätigt, wonach eine erleichterte Fusion bei indirekten Beteiligungsverhältnissen ausgeschlossen ist (Urteil des Bundesgerichts Nr. 4A\_110/2022 vom 16. 8. 2022).

**71. Trust:** Die Errichtung eines Trusts soll künftig auch nach Schweizer Recht möglich sein. Der Bundesrat schlägt deshalb die Einführung eines neuen Rechtsinstituts im Obligationenrecht vor. Das Vernehmlassungsverfahren zu diesem Gesetzesentwurf wurde am 12. Januar 2022 eröffnet (Frist: 30. April 2022).

Der Trust ist ein ursprünglich vor allem im angelsächsischen Recht bekanntes Rechtsinstitut. Der Trust wird häufig im familiären Kontext zur Nachlassplanung eingesetzt, um namentlich die Übertragung eines Vermögens über mehrere Generationen zu ermöglichen. Ähnlich wie bei einer Stiftung wird ein bestimmtes Vermögen zum Nutzen von begünstigten Personen ausgeschieden. Das Vermögen geht dabei auf einen besonderen Vermögensverwalter (den Trustee) über. Er verwaltet und verwendet es zum Nutzen der Begünstigten.

**Bemerkung:** Mit dem Gesetzesentwurf hat sich aus steuerrechtlicher Sicht bereits David Müller auseinandergesetzt: *Le trust suisse – analyse fiscale de l'avant-projet de loi*, in Jusletter vom 12. 9. 2022.

**72. Handelsregister (Schutzschrift):** Bis Ende 2020 war es möglich, dass ein Dritter die Eintragung einer Handelsregisteranmeldung im Tagesregister (des Handelsregisteramts) mit einem schriftlichen Einspruch hindern konnte (aArt. 162 Abs. 1 HRegV). Die diesbezüglichen Bestimmungen zur Registersperre (aArt. 162 und 163 HRegG) wurden auf diesen Zeitpunkt ersatzlos aufgehoben. Seit dem 1. Januar 2021 kann die Registersperre nur noch als vorsorgliche Massnahme beim Gericht auf Gesuch hin geltend gemacht werden, und zwar gemäss Art. 261 ff. ZPO. Die gerichtliche

Anweisung an eine Registerbehörde ist in Art. 262 lit. c ZPO ausdrücklich vorgesehen (vgl. Isabelle Chabloz / Irène Schilter in Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, SZW 2021 S. 361).

Wer Grund zur Annahme hat, dass gegen ihn ohne vorgängige Anhörung die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme, eines Arrests oder einer anderen Massnahme beantragt wird, kann seinen Standpunkt vorsorglich in einer Schutzschrift darlegen (Art. 270 Abs. 1 ZPO).

Mit anderen Worten: Eine Schutzschrift kommt dort zum Einsatz, wo sich eine Person gegen einen erwarteten Antrag auf Erlass einer superprovisorischen vorsorglichen Massnahme wehren möchte. Im Bereich des Handelsregisterrechts hat die Einreichung einer Schutzschrift für sich alleine keine Verfahrenssistierung zur Folge. Sie dient allenfalls dem Handelsregisterführer bei seiner Beurteilung über die Eintragungsfähigkeit eines Geschäftes.

**Bemerkung:** Es wird in diesem Zusammenhang auf die Abhandlung von Lukas Müller verwiesen: Die (Un-)Zulässigkeit von Schutzschriften im handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfahren, Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht, SZPP 2022 S. 281.

Zur Bedeutung einer Schutzschrift im Zusammenhang mit einer superprovisorischen Massnahme um Zuteilung der Obhut der Kinder im Eheschutzverfahren vgl. das Urteil Nr. 3B 21 7 des Obergerichts des Kantons Luzern vom 5. 3. 2021 = Die Praxis des Familienrechts, FamPra.ch 2022 S. 545.

**73. Handelsregister (Gebühren):** Wer eine Verfügung einer Registerbehörde veranlasst oder von dieser eine Dienstleistung beansprucht, hat eine Gebühr zu bezahlen (Art. 941 Abs. 1 OR und Art. 1 der Verordnung über die Gebühren für das Handelsregister).

Konkret ging es um eine Gebühr für die Löschung eines Zeichnungsberechtigten einer Aktiengesellschaft, die von der betroffenen Person direkt beim Handelsregisteramt beantragt wurde. Die Gebühr wurde zu Recht dem Antragsteller in Rechnung gestellt, auch wenn die Pflicht, eine solche Löschung zu veranlassen, eigentlich einem Dritten, namentlich der Aktiengesellschaft, obliegt (Urteil Nr. 2C\_251/2022 des Bundesgerichts vom 13. 4. 2022 = Angela von Ballmoos in «ius.focus» 2022 Heft 7 S. 11).

**Bemerkung:** Um den Anreiz zur Löschung von überflüssigen Handelsregistereinträgen zu fördern, sollte geprüft werden, ob man die Löschung nicht generell kostenlos vornehmen sollte, und zwar indem man für den

entsprechenden Eintrag eine leicht erhöhte Gebühr verlangt, welche die Löschung einschliesst. Eine solche Regelung hinsichtlich der Löschungen im Grundbuch ist in einzelnen Kantonen bereits erfolgreich eingeführt worden.

## I. Abgaberecht

**74.** Handänderungssteuer (Baulandkauf): Am 13. März 2019 wurde vom Grossen Rat des Kantons Bern eine Motion überwiesen mit dem Ziel, bei Baulandkäufen zur langjährigen früheren Veranlagungspraxis bei der Handänderungssteuer zurückzukehren. Am 16. September 2021 wurde vom Grossen Rat die Umsetzung der Motion durch eine Gesetzesänderung beschlossen (neuer Abs. 2 von Art. 6a BE HG). Somit wird bei Baulandkäufen nur dann eine Handänderungssteuer auf dem Gesamtpreis (Landpreis und Werklohn) erhoben, wenn beim Abschluss des Kaufvertrags eine vertragliche Bindung zwischen der Verkäuferschaft des Grundstücks (oder einer der Verkäuferschaft nahestehenden Person) und der Käuferschaft hinsichtlich eines aktuellen oder künftigen Werkvertrags besteht. Diese Gesetzesänderung wurde am 1. Mai 2022 in Kraft gesetzt (vgl. BAG 2022-029).

**Bemerkung:** Diese Gesetzesänderung bewirkt in der praktischen Veranlagungsanwendung keine Änderung, da seit der Annahme der Motion am 13. März 2019 die bernischen Grundbuchämter einheitlich bereits die von der Motion verlangte Praxis angewandt haben, und zwar gestützt auf das Votum von Regierungsrätin Evi Allemann im Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern vom 13. 3. 2019 und die Weisung der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 1. 4. 2019. Zur Vorgeschichte vgl. Roland Pfäffli in BN 2019 S. 229 Ziffer 91.

**75.** Handänderungssteuer (Selbstnutzung von Wohneigentum; Verlängerungsfrist): Beim Erwerb eines Grundstücks wird im Kanton Bern die Handänderungssteuer von den ersten CHF 800 000.– der Gegenleistung aufgeschoben bzw. nicht bezogen, sofern der Erwerber während mindestens zweier Jahre ununterbrochen, persönlich und ausschliesslich das Grundstück zu Wohnzwecken nutzt (Art. 11a und 11b Abs. 1 BE HG). Der Hauptwohnsitz muss innert eines Jahres ab Grundstückserwerb in der entsprechenden Baute begründet werden, wenn diese bereits besteht. Muss die Baute noch renoviert oder erstellt werden, hat der Bezug innert zweier Jahre ab Grundstückserwerb zu erfolgen. In begründeten

Ausnahmefällen können diese Fristen durch das Grundbuchamt erstreckt werden (Art. 11b Abs. 2 BE HG).

## Aktuelle Rechtsprechung

**a.** Das auf dem Gesuchsformular für die Selbstdeklaration der Handänderungssteuer ankreuzbare Feld «Das als Hauptwohnung dienende Grundstück ist unüberbaut» kann nicht als Antrag des Gesuchstellers für eine bestimmte Stundungsdauer interpretiert werden. Mit dem Ankreuzen bzw. Nichtankreuzen des Feldes macht der Gesuchsteller lediglich eine Angabe zum Sachverhalt, der für die Stundungsverfügung relevant ist. Beim Erlass der Stundungsverfügung gilt der Grundsatz, dass die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt.

Im konkreten Fall ging aus dem Kaufvertrag hervor, dass die erworbene Wohnung beim Erwerb noch im Bau war, sodass die vierjährige Stundungsdauer massgebend war (entgegen der vom Grundbuchamt ursprünglich zugrunde gelegten dreijährigen Dauer). Die geforderte Wohndauer von zwei Jahren wurde hier ordnungsgemäss nachgewiesen, sodass für die zu erwerbende Eigentumswohnung (Stockwerkeinheit) keine Handänderungssteuer zu entrichten war, da der Kaufpreis den Betrag von CHF 800 000.– nicht überschritt.

Im gleichen Vertrag wurde ein Miteigentumsanteil an einer Einstellhalle erworben (ausschliessliches Benutzungsrecht an einem Einstellhallenplatz). Für diesen Erwerb wurde jedoch eine Handänderungssteuer veranlagt, da hier eine Wohnnutzung bzw. eine Steuerbefreiung von vornherein ausgeschlossen ist (Entscheid Nr. 2020.DIJ.6210 der Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern vom 13. 1. 2022).

**Bemerkung:** Es handelt sich um eine Änderung der Rechtsprechung gegenüber der langjährigen Praxis der Veranlagungsbehörden (Grundbuchämter), wonach separate Nebengrundstücke (Autoabstellplatz, Bastelraum usw.), die zusammen mit dem Wohngrundstück erworben wurden, von der Handänderungssteuer befreit wurden, sofern eine Selbstnutzung vorlag. Diese Praxisänderung gilt gemäss der Weisung des Grundbuchamtes des Kantons Bern vom 25. März 2022 für alle Geschäfte, die ab 1. April 2022 beim Grundbuchamt angemeldet werden. Sind jedoch der Autoabstellplatz oder der Bastelraum im Kaufsobjekt integriert oder sind sie subjektiv-dinglich mit dem Kaufsobjekt verknüpft (Anmerkungsgrundstück), so wird die Steuerbefreiung für das Kaufsobjekt integral gewährt; es erfolgt hier keine Aufteilung nach Kaufpreisen.

In diesem Zusammenhang hat Grossrätin Madeleine Amstutz am 15. Juni 2022 im Grossen Rat des Kantons Bern die Motion Nr. 143-2022 eingebracht, die verlangt, dass die bisherige Praxis beibehalten wird.

**b.** Die ausschliessliche Wohnnutzung gemäss Art. 11b Abs. 1 BE HG schliesst jede andere Art der Benutzung der Liegenschaft aus. Bereits bei der Deckungsgleichheit zwischen der Liegenschaft und dem Sitz einer GmbH liegt keine ausschliessliche Wohnnutzung mehr vor. Zudem ist aufgrund von Art. 117 Abs. 2 HRegV bei einer im Handelsregister eingetragenen Rechtsdomiziladresse ohne c/o-Adresse davon auszugehen, dass die Gesellschaft dort über ein Lokal verfügt, welches den Mittelpunkt ihrer administrativen Tätigkeit bildet (wo sich die Büros der Verwaltung befinden) und wo ihr Mitteilungen aller Art zugestellt werden können. Der Gesetzgeber wollte nur die ausschliessliche Wohnnutzung steuerlich begünstigen und keine Mischnutzung (Entscheid Nr. 2021.DIJ.1291 der Direktion für Inneres und Justiz vom 3.12.2021 sowie in zwei ähnlichen Fällen: Entscheid Nr. 2020.DIJ.8048 der Direktion für Inneres und Justiz vom 9.9.2021 sowie Entscheid Nr. 2021.DIJ.8788 der Direktion für Inneres und Justiz vom 24.3.2022).

**76.** Handänderungssteuer (Immobilien-gesellschaft): Die Handänderungssteuer ist eine direkte Steuer, die nicht dem Harmonisierungsgebot von Art. 129 BV unterliegt und somit ausschliesslich durch das kantonale Recht geregelt ist. Sie ist eine Rechtsverkehrssteuer. Das Steuerobjekt erfasst regelmässig nicht nur die zivilrechtliche Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, sondern auch Rechtsgeschäfte, die es einer Drittperson ermöglichen, über das Grundstück wirtschaftlich «wie ein Eigentümer» zu verfügen.

Im Kanton Wallis unterliegen beispielsweise alle Übertragungen von Anteilen an einer Immobiliengesellschaft der Handänderungssteuer, und zwar auch Minderheitsbeteiligungen ohne Verfügungsmacht über die Gesellschaftsgrundstücke. Im konkreten Fall ging es um die Besteuerung eines Aktien-erwerbs durch die Gesellschaft selbst (im Rahmen einer Kapitalherabsetzung), sodass diese als Steuersubjekt betrachtet und veranlagt wurde (Urteil Nr. 2C\_927/2020 des Bundesgerichts vom 20.12.2021 = Martin Kocher in Archiv für Schweizerisches Abgaberecht, ASA 2021/2022, Band 90, S. 642 = Silvia Hunziker/Corinna Bigler in Archiv für Schweizerisches Abgaberecht, ASA 2021/2022, Band 90, S. 735).

**Bemerkung:** Im Kanton Bern unterliegt der Erwerb von Anteilsrechten an einer Immobiliengesellschaft der Handänderungssteuer, sobald der Erwerber die Mehrheitsbeteiligung erreicht (Art. 5 Abs. 2 lit. b BE HG).

**77.** Handänderungssteuer (Fusionsgesetz): Die Erhebung von kantonalen und kommunalen Handänderungsabgaben ist gemäss Art. 103 FusG bei Umstrukturierungen (Fusion, Spaltung, Umwandlung im Sinne von Art. 8 Abs. 3 und Art. 24 Abs. 3 StHG bzw. bei Vermögensübertragungen im Sinne von Art. 8 Abs. 3 und 24 Abs. 3<sup>quater</sup> StHG) ausgeschlossen. Hingegen bleiben kostendeckende Gebühren vorbehalten.

Im konkreten Fall wurde ein Grundstück (zur Ausübung einer Wasserkonzession zur Nutzung von Gewässer) von den Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) auf eine Aktiengesellschaft, bei der die SBB mit 36 Prozent beteiligt ist, ausgelagert. Die Ausgliederung ist im Fusionsgesetz nicht ausdrücklich geregelt. Hingegen lag eine Ausgliederung im Sinne von Art. 24 Abs. 3 lit. d des Steuerharmonisierungsgesetzes (StHG; SR 642.14) vor, sodass keine Handänderungssteuer im Sinne von Art. 103 FusG geschuldet war (Urteil Nr. 2C\_564/2020 des Bundesgerichts vom 14.4.2021 = Silvia Hunziker/Corinna Bigler in Archiv für Schweizerisches Abgaberecht, ASA 2021/2022, Band 90, S. 359).

**78.** Handänderungssteuer (Wechsel der Fondsleitung): Eine Aktiengesellschaft übertrug die Fondsleitung eines Immobilienfonds, zu dem vier Grundstücke im Kanton Freiburg gehören, an eine andere Aktiengesellschaft, die anstelle der bisherigen Fondsleitung im Grundbuch als neue Eigentümerin dieser Grundstücke eingetragen wurde. Die Zugehörigkeit zu einem Immobilienfonds wird im Grundbuch angemerkt gemäss Art. 86 Abs. 2<sup>bis</sup> der Verordnung über die kollektiven Kapitalanlagen (KKV; SR 951.311). Der Fonds selbst ist keine juristische Person. Daher ist die Fondsleitung als Grundeigentümerin zu behandeln. Beim Wechsel der Fondsleitung eines Immobilienanlagefonds wird deshalb im Kanton Freiburg eine Handänderungssteuer bezogen (Urteil Nr. 2C\_624/2021 des Bundesgerichts vom 28.3.2022 = BGE 148 II 121 = Steuer Revue 2022 S. 512 = Patrick Engstler in Archiv für Schweizerisches Abgaberecht, ASA 2022/2023, Band 91, S. 81).

**79.** Amtlicher Wert (Neubewertung im Kanton Bern): Gemäss Art. 2 Abs. 4 des Dekrets über die allgemeine Neubewertung der nichtlandwirtschaftlichen Grundstücke und Wasserkräfte (AND; BSG 661.543) ist für die Festsetzung der amtlichen Werte der Grundstücke im Kanton Bern



ein Ziel-Medianwert (Median = eine Hälfte der Werte liegt darunter, die andere darüber) im Bereich von 70% der Verkehrswerte anzustreben.

Diese Bestimmung verstösst gegen das Steuerharmonisierungsgesetz und kann deshalb nicht bundesrechtskonform umgesetzt werden. Das Bundesgericht hat deshalb diese Dekretsbestimmung aufgehoben (Urteil Nr. 2C\_418/2020 des Bundesgerichts vom 21. 12. 2021 = BGE 148 I 210 = Der Steuerentscheid, StE 2022 B 52.21 Nr. 20 = Jurius in Jusletter vom 10. 1. 2022 = Markus Felber in «Der Schweizerische Hauseigentümer» 2022 Nr. 14 S. 9).

**Bemerkung:** Bereits am 9. August 2019 hatte sich das Bundesgericht mit der Neubewertung der amtlichen Werte im Kanton Bern auseinandergesetzt. Damals ging es darum, dass ein Verstoß gegen das Prinzip der Gewaltentrennung vorlag. Konkret fehlte es an einer gesetzlichen Grundlage zum Erlass der näheren Bewertungsnormen im erwähnten Dekret (Urteil Nr. 2C\_463/2017 und Nr. 2C\_466/2017 des Bundesgerichts vom 9. 8. 2019). Die fehlende gesetzliche Grundlage wurde zwischenzeitlich durch die Revision von Art. 56 Abs. 1 lit. d BE StG zwar nachgeholt, aber (wie dargelegt) ohne Erfolg.

**80. Gewerbmässiger Liegenschaftshandel:** Steuerbarer gewerbmässiger Liegenschaftshandel im Sinne einer selbstständigen Erwerbstätigkeit liegt gemäss bundesgerichtlicher Praxis dann vor, wenn die steuerpflichtige Person An- und Verkäufe von Liegenschaften systematisch und mit der Absicht der Gewinnerzielung vornimmt. Erforderlich ist die Entwicklung einer Tätigkeit, die in ihrer Gesamtheit auf Erwerb gerichtet ist.

Als Indizien kommen in Betracht: Die systematische bzw. planmässige Art und Weise des Vorgehens (aktives, wertvermehrendes Tätigwerden durch Parzellierung, Überbauung, Werbung usw.; Erwerb in der offenkundigen Absicht, die Liegenschaft möglichst rasch mit Gewinn weiterzuverkaufen; Ausnützung der Marktentwicklung), die Häufigkeit der Liegenschaftsgeschäfte, der enge Zusammenhang eines Geschäfts mit der beruflichen Tätigkeit der steuerpflichtigen Person, der Einsatz spezieller Fachkenntnisse, die kurze Besitzesdauer, der Einsatz erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung der Geschäfte, die Verwendung der erzielten Gewinne bzw. deren Wiederanlage in gleichartige Vermögensgegenstände oder die Realisierung der Gewinne im Rahmen einer Personengesellschaft.

Eine selbstständige Erwerbstätigkeit kann haupt- oder nebenberuflich, dauernd oder temporär ausgeübt werden. Ob eine selbstständige

Erwerbstätigkeit vorliegt, ist stets nach den gesamten Umständen des Einzelfalls zu beurteilen.

Keine selbstständige Erwerbstätigkeit im Bereich des Immobilienhandels liegt demgegenüber vor, wenn lediglich das eigene Vermögen verwaltet wird, insbesondere etwa durch die Vermietung eigener Liegenschaften. Daran ändert nichts, wenn das Vermögen umfangreich ist, professionell verwaltet wird und kaufmännische Bücher geführt werden.

Im konkreten Fall lag kein gewerbmässiger Liegenschaftshandel als selbstständige Erwerbstätigkeit vor (Urteil Nr. 2C\_431/2021 und Nr. 2C\_432/2021 des Bundesgerichts vom 17. 2. 2022).

**81. Eigenmietwert (Tessin):** Der Eigenmietwert berechnet sich aufgrund eines fiktiven Ertrages, welcher der Grundeigentümer bei der Vermietung des Mietobjekts erwirtschaften könnte. Die verfassungsmässig betrachtete Untergrenze des Eigenmietwerts beträgt 60 Prozent der Marktmiete. Es handelt sich um einen Schwellenwert, der in jedem Einzelfall beachtet werden muss (Urteil Nr. 2C\_519/2015 des Bundesgerichts vom 12. 1. 2017 = BGE 143 I 137 = Steuer Revue 2017 S. 490 = StE 2017 A 21.11 Nr. 53 = Jurius in Jusletter vom 16. 1. 2017).

Im konkreten Fall ging es um die im Steuergesetz des Kantons Tessin neu eingeführte Härteklausele, wonach in gewissen Fällen eine Steuerermässigung beim Eigenmietwert, d. h. unter 60 Prozent der Marktmiete, gewährt wird. Diese steuerliche Ungleichbehandlung wurde vom Bundesgericht als verfassungswidrig erklärt (Urteil Nr. 2C\_605/2021 des Bundesgerichts vom 4. 8. 2022).

## K. Verschiedenes

**82. Ausländerbestimmungen (Lex Koller, Änderung):** Der Nationalrat hat am 27. September 2021 gestützt auf die Motion Nr. 21.3598 vom 17. Mai 2021 der Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK NR) mit 108 zu 69 Stimmen (bei 5 Enthaltungen) beschlossen, die Vernehmlassungsvorlage vom 10. März 2017 (vgl. Bundesblatt 2017 S. 2225), die gestützt auf das seinerzeitige Ergebnis dazu geführt hat, dass der Bundesrat auf die Gesetzesänderung verzichtet hat, wieder in Form einer Botschaft dem Parlament zu unterbreiten. Der Ständerat hat am 15. März 2022 die Motion mit 11 zu 26 Stimmen (bei 3 Enthaltungen) abgelehnt. Damit ist dieses Geschäft vom Tisch und wird nicht weiter behandelt.

**83. Ausländerbestimmungen (Lex Koller, Erbgang):** Ausländische gesetzliche Erben im Sinne des schweizerischen Rechts bedürfen keiner Bewilligung zum Erwerb eines Grundstücks gemäss dem Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (Art. 7 lit. a BewG).

Einem eingesetzten Erben, welcher der Bewilligung bedarf und keinen Bewilligungsgrund hat, wird der Erwerb mit der Auflage bewilligt, das Grundstück innert zweier Jahre wieder zu veräussern. Weist der Erbe jedoch enge, schutzwürdige Beziehungen zum Grundstück nach, so kann die Bewilligung ohne diese Auflage erteilt werden (Art. 8 Abs. 2 BewG).

Im vorliegenden Fall ging es darum, dass die (ausländische) Erblasserin als Alleinerbin eine Stiftung mit Sitz in Deutschland eingesetzt hat. Zudem wurde im Sinne eines Vermächtnisses ein lebenslanges und unentgeltliches Wohnrecht an zwei deutsche Staatsangehörige, die mit der Erblasserin nicht verwandt sind, eingeräumt.

Dass eine Stiftung als juristische Person keine engen, schutzwürdigen Beziehungen zu einem Grundstück knüpfen kann, ist offensichtlich, wird doch dafür eine persönliche Präsenz von einer gewissen Regelmässigkeit und Intensität vorausgesetzt. Der Stiftung wurde konkret der Grundstückserwerb bewilligt mit der Auflage, das Grundstück innert zweier Jahre zu veräussern. Hingegen wurde der Eintrag der beiden Wohnrechte im Grundbuch nicht bewilligt (Urteil Nr. 2C\_534 / 2021 des Bundesgerichts vom 16.12.2021).

**84. Ausländerbestimmungen (Lex Koller, Fusion):** Personen im Ausland bedürfen für den Erwerb von Grundstücken grundsätzlich einer Bewilligung (vgl. Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland; BewG).

Kann das Grundbuchamt bei einer konkreten Anmeldung die Bewilligungspflicht nicht ohne Weiteres ausschliessen, so setzt es das Verfahren aus und räumt dem Erwerber eine Frist von 30 Tagen ein, um die Bewilligung oder die Feststellung einzuholen, dass er keiner Bewilligung bedarf. Das Grundbuchamt weist die Anmeldung ab, wenn der Erwerber nicht fristgerecht handelt oder die Bewilligung verweigert wird (Art. 18 Abs. 1 BewG).

Im konkreten Fall ging es um eine Fusion von zwei Aktiengesellschaften. Da trotz Aufforderung durch das Grundbuchamt kein Bewilligungsverfahren eingeleitet wurde, verfügte das Grundbuchamt die Abweisung des

Geschäftes, die von der Aufsichtsbehörde geschützt wurde (Entscheid des «Département des finances et des relations extérieures» des Kantons Waadt vom 16.11.2021).

**Bemerkung:** Bei einer Fusion zweier Aktiengesellschaften ist das Verfahren wie folgt geregelt: Dem Grundbuchamt ist ein beglaubigter Handelsregisterauszug einzureichen, wenn der übernehmende Rechtsträger im Handelsregister eingetragen ist (Art. 66 Abs. 1 lit. a GBV). Die Bestimmungen der Lex Koller sind zu beachten; vgl. Art. 1 lit. b der Verordnung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewV). Die Prüfungspflicht im Sinne der Lex Koller obliegt dem Handelsregisteramt gemäss Art. 18 Abs. 2 BewG. Die Abklärungen des Handelsregisteramts sind für das Grundbuchamt verbindlich; es kann nicht selbstständig weitere diesbezügliche Verfahren gemäss Art. 18 Abs. 2 BewG in Gang setzen (vgl. Roland Pfäffli, Fusionsgesetz und Grundbuchführung, BN 2004 S. 241 f.).

**85. Öffentliches Baurecht (Planungsmehrwert):** Gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (RPG; SR 700) sind erhebliche Vor- und Nachteile, die durch Planungen nach dem RPG entstehen, angemessen auszugleichen. Die Regelung erfolgt durch das kantonale Recht.

Im Kanton Bern ist die Regelung in den Art. 142a ff. BE BauG (Baugesetz; BSG 721.0) enthalten. Gemäss Art. 142a Abs. 2 BE BauG steht es den Gemeinden frei, bei Um- und Aufzonungen eine Mehrwertabgabe zu erheben. Im konkreten Fall ging es um die Bestimmung im Reglement über die Mehrwertabgabe der Gemeinde Meikirch. Darin wird festgehalten, dass bei Aufzonungen oder bei Einzonungen von bereits überbauten Grundstücken keine Mehrwertabgabe erhoben wird.

Das Bundesgericht ist anderer Ansicht. Es geht davon aus, dass gestützt auf Art. 5 RPG die Kantone mit gesetzlichen Regelungen auch bei Um- und Aufzonungen für einen angemessenen Ausgleich erheblicher Vorteile zu sorgen haben. Die entsprechende Bestimmung im Reglement der Gemeinde Meikirch wurde deshalb aufgehoben (Urteil Nr. 1C\_233 / 2021 des Bundesgerichts vom 5.4.2022 = Katharina Fontana in SJZ 2022 S. 826 = Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, ZBl 2022 S. 475 mit Kommentar von Markus Rüssli S. 482).

**Bemerkung:** Das Bundesgericht hat sich bereits früher mit der erwähnten Bestimmung im Reglement der Gemeinde Meikirch befasst (Urteil Nr. 1C\_195 / 2020 des Bundesgerichts vom 24.9.2020). Im Weiteren

hat das Bundesgericht gegenüber dem Kanton Basel-Landschaft entschieden, dass dieser seinen Gemeinden nicht verbieten darf, eine Mehrwertabgabe für Um- und Aufzonungen zu erheben (Urteil Nr. 1C\_245/2019 des Bundesgerichts vom 19.11.2020 = BGE 147 I 225 = Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, ZBl 2021 S. 217 = Bernhard Waldmann in Baurecht 2021 S. 69).

**86.** Bauen ausserhalb der Bauzone (Errichtung eines Zauns): Der Wisent ist eine europäische Rinderart. Man nennt ihn auch den europäischen Bison. Konkret ging es um die Errichtung eines Zauns für die Haltung einer Herde von 7 bis maximal 15 Wisenten, und zwar ausserhalb der Bauzone im Grenzgebiet zwischen den Gemeinden Welschenrohr und Balm bei Günsberg im Kanton Solothurn.

Das Bauvorhaben wurde als standortgebunden qualifiziert. Die raumplanungsrechtliche Ausnahmegewilligung zur Realisierung wurde mit zahlreichen Auflagen erteilt. Die Baubewilligung wurde auf fünf Jahre ab Rechtskraft befristet. Dies alles war bundesrechtskonform (Urteil Nr. 1C\_186/2021 des Bundesgerichts vom 28.2.2022 = Juris in Jusletter vom 21.3.2022).

**87.** Bauen ausserhalb der Bauzone (Rückbau): Eine Gemeinde im Kanton Solothurn liess ein Teilstück einer Strasse in der Landwirtschaftszone mit einer Länge von 660 Metern betonieren. Die Betonierung des Strassenabschnitts konnte weder nach Art. 22 noch nach Art. 24 oder 24c RPG nachträglich bewilligt werden, sodass der Rückbau angeordnet wurde (Urteil Nr. 1C\_154/2020 des Bundesgerichts vom 13.7.2021 = Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, ZBl 2022 S. 442).

**Bemerkung:** Bereits am 26. Oktober 2018 befasste sich das Bundesgericht mit diesem Fall. Damals wurde die Sache zur Neu Beurteilung an das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn zurückgewiesen (Urteil Nr. 1C\_168/2018).

**88.** Bauen ausserhalb der Bauzone (Umbau von Stall zum Ferienhaus): In landwirtschaftliche Wohnbauten, die in ihrer Substanz erhalten sind, können landwirtschaftsfremde Wohnnutzungen zugelassen werden. Bei einer vollständigen Zweckänderung – wie im vorliegenden Fall in der Gemeinde Binn VS (Umbau eines Stalles zu einem Ferienhaus) – muss allerdings das Gebäude als schützenswert anerkannt sein, was konkret verneint wurde. Die Umwandlung in ein Ferienhaus wurde somit nicht

bewilligt, da die Voraussetzungen von Art. 24d RPG nicht erfüllt waren (Urteil Nr. 1C\_111/2020 des Bundesgerichts vom 11.8.2021 = BGE 147 II 465).

**Bemerkung:** In einem anderen Fall aus dem Kanton Graubünden wurde die Umnutzung bzw. der Umbau eines Weidstalls in ein Bienenhaus in der Landwirtschaftszone abgelehnt. Es wurden der Rückbau und die Renaturierung angeordnet (Urteil Nr. 1C\_488/2021 des Bundesgerichts vom 9.2.2022 sowie Urteil Nr. 1C\_204/2019 des Bundesgerichts vom 8.4.2020).

**89.** Versicherungen: Am 1. Januar 2022 ist eine Revision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG; SR 221.229.1) in Kraft getreten (AS 2020 S. 4969 mit Berichtigung AS 2021, Dokument Nr. 357). Mit dieser Revision wurde auch die Systematik im VVG angepasst. Dabei findet sich (wohl unbewusst) die Bestimmung über die Auswirkungen bei einer Eigentumsänderung (Handänderung), die im Art. 54 geregelt wird, neuerdings im 1. Abschnitt bei den Sachversicherungen. Konkret heisst das, dass Rechte und Pflichten bei den Sachversicherungen von Gesetzes wegen auf den Käufer übergehen, wenn dieser den Übergang nicht bis spätestens 30 Tage nach dem Eigentumsübergang gegenüber der Versicherungsgesellschaft ablehnt, was bereits bisher der Fall war.

Hingegen, und dies ist neu und wichtig, gehen die Haftpflichtversicherungen nicht von Gesetzes wegen auf den Käufer über. Sie sind demzufolge vom Verkäufer zu kündigen und der Käufer hat neue Verträge für das Vertragsobjekt abzuschliessen, damit keine Versicherungslücke entsteht.

**Bemerkung:** Der Verband bernischer Notare hat diesbezüglich einen Standardtext (Textbaustein) für den Grundstückskauf in seiner Musterurkunden-Sammlung ausgearbeitet.

**90.** Datenschutzgesetz (Totalrevision): Das Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz; DSG; SR 235.1) wurde totalrevidiert (vgl. Bundesblatt 2020 S. 7639). Das neue Gesetz und die Ausführungsbestimmungen in der neuen Datenschutzverordnung (DSV) und der neuen Verordnung über Datenschutzzertifizierungen (VDSZ) treten am 1. September 2023 in Kraft (AS 2022, Dokument Nr. 491).

Das neue Gesetz und die entsprechenden Bestimmungen in den Verordnungen sorgen künftig für einen besseren Schutz der persönlichen Daten. Insbesondere werden der Datenschutz den technologischen

Entwicklungen angepasst, die Selbstbestimmung über die persönlichen Daten gestärkt sowie die Transparenz bei der Beschaffung von Personendaten erhöht.

**91. Betreibungs- und Konkursrecht (Änderung):** Mit den Motionen Nr. 18.3510 von Ständerat Claude Hêche (SP JU) und Nr. 18.3683 von Nationalrat Beat Flach (GLP AG) wurde der Bundesrat beauftragt, eine Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vorzulegen, um verschuldeten Privatpersonen unter gewissen Voraussetzungen ein schuldenfreies Leben zu ermöglichen. Im Gegensatz zu den meisten anderen westlichen Rechtsordnungen bietet das Schweizer Recht heute für hoch verschuldete oder mittellose Privatpersonen keine Möglichkeit, ihre Finanzen nachhaltig zu sanieren. Die Betroffenen haben keine realistischen Aussichten darauf, je wieder schuldenfrei zu leben und über mehr als das betreibungsrechtliche Existenzminimum zu verfügen.

Der Bundesrat schlägt deshalb die Schaffung gesetzlicher Rahmenbedingungen vor, damit unter bestimmten Bedingungen diese Personen sich von ihren Schulden befreien können, und zwar durch eine Änderung im SchKG. Am 3. Juni 2022 wurde das Vernehmlassungsverfahren eröffnet (Vernehmlassungsfrist: 26. September 2022; Bundesblatt 2022, Dokument Nr. 1362).

**92. Betreibungsrecht (provisorische Rechtsöffnung):** In einem Kaufrechtsvertrag verpflichtete sich der belastete Grundeigentümer, nach der Ausübung des Kaufrechts seine Eintragungsbewilligung bzw. die Grundbuchanmeldung (Verfügungsgeschäft) zum Vollzug der Eigentumsübertragung im Grundbuch beim Notar zu erteilen, und zwar Zug um Zug gegen Überweisung des Kaufpreises.

Das Kaufrecht wurde in der Folge ausgeübt. Der Notar hat die Parteien zur Beurkundung des erwähnten Antrages eingeladen. Die Parteien waren zwar anwesend bzw. vertreten. Der Vertreter des Käufers weigerte sich jedoch, an der Beurkundung teilzunehmen; der Kaufpreis wurde nicht bezahlt. In der Folge betrieb der Verkäufer den Käufer zur Bezahlung des Kaufpreises von CHF 5,90 Mio. Für die provisorische Rechtsöffnung genügt es, wenn der Gläubiger nachweist, dass er seine eigene Leistung im Sinne von Art. 82 OR ordnungsgemäss angeboten hat. Dieser Nachweis kann auch mit Urkunden erbracht werden, die keine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG sind. Konkret war dies erfüllt, da der Gläubiger (Verkäufer) seine eigene Leistung, d. h. die

notwendige Eintragungsbewilligung, nachweisbar erbringen wollte. Die provisorische Rechtsöffnung wurde erteilt (Urteil Nr. 5A\_367/2021 des Bundesgerichts vom 14.12.2021 = BGE 148 III 145).

**Bemerkung:** Speziell sei auf die Erwägung 4.2.2.3 des Urteils hingewiesen, wo die drei Stufen der Vertragsabwicklung abgebildet sind: Kaufrechtsvertrag (Verpflichtungsgeschäft), Grundbuchanmeldung (Verfügungsgeschäft) und konkreter Grundbucheintrag im Hauptbuch (zurückbezogen auf das Datum der Grundbuchanmeldung). Dies im Sinne von Paul-Henri Steinauer, *Les droits réels*, Band II, Bern 2020, Note 2086.

**93. Betreibungsrecht (Arrestvollzug):** Der Gläubiger kann für eine fällige Forderung, soweit diese nicht durch ein Pfand gedeckt ist, Vermögensstücke des Schuldners, die sich in der Schweiz befinden, mit Arrest belegen lassen (Art. 271 Abs. 1 SchKG). Der Arrestvollzug ist in Art. 275 Abs. 1 SchKG geregelt, der auf die Art. 91 bis 109 SchKG verweist. Nicht erwähnt wird dabei die Bestimmung von Art. 89 SchKG, der eine rechtshilfweise Pfändung durch das Betreibungsamt des Ortes, wo die zu pfändenden Vermögensstücke liegen, ermöglicht.

Die Vorinstanz (Kantonsgericht von Graubünden) kommt im Sinne einer Lückenfüllung zum Schluss, dass der Art. 89 SchKG für den Arrestvollzug sinngemäss zu gelten habe, und zwar durch Einsetzung eines «Lead-Betreibungsamtes» durch den Arrestrichter. Das Bundesgericht sieht darin keine Verletzung von Bundesrecht und bestätigt somit das vorinstanzliche Urteil (Urteil Nr. 5A\_1000/2020 des Bundesgerichts vom 1.2.2022 = BGE 148 III 138 = Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs, BLSchK 2022 S. 92 = Fritz Rothenbühler / Pablo Duc in «ius.focus» 2022 Heft 4 S. 23).

**Bemerkung:** Es wird in diesem Zusammenhang verwiesen auf die Abhandlung von Dominik Milani, *Der schweizweite Arrestbefehl und sein Vollzug durch das Lead-Betreibungsamt*, Aktuelle Juristische Praxis, AJP 2022 S. 591.

**94. Betreibungsrecht (Digitalisierung):** Das Betreibungswesen soll weiter digitalisiert werden. Der Bundesrat will den Einsatz elektronischer Verlustscheine fördern und die (umstrittene) Versteigerung von beweglichen Vermögensgegenständen über Online-Plattformen regeln. Weiter ist angedacht, auf dem Betreibungsregisterauszug künftig bekannt zu geben, ob die genannte Person im von der Auskunft erfassten Zeitraum im Einwohnerregister des Betreibungskreises erfasst war und ob während dieses

Zeitraums ein Zuzug oder Wegzug erfolgte. Zudem soll die jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung Berücksichtigung finden und einerseits eine (hinreichende) gesetzliche Grundlage für die Beschränkung der Anzahl Forderungen je Betreibungsbegehren geschaffen und andererseits klargestellt werden, dass eine requisitorische Verarrestierung möglich ist.

Zu den vorgesehenen Gesetzesänderungen im Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG) hat der Bundesrat am 22. Juni 2022 das Vernehmlassungsverfahren eröffnet (Frist: 17. Oktober 2022).

**95. Konkursrecht:** Am 18. März 2022 hat das eidgenössische Parlament das Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses verabschiedet (vgl. Bundesblatt 2022, Dokument Nr. 702). Dieses Gesetz hat zum Ziel, mit verschiedenen Massnahmen im Obligationenrecht, im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht und im Strafrecht zu verhindern, dass das Konkursverfahren von Schuldnern dazu missbraucht wird, sich ihrer Verpflichtungen zu entledigen. Das Kernstück der Vorlage bildet die Verbesserung der Durchsetzbarkeit des strafrechtlichen Tätigkeitsverbots, das es dem Gericht erlaubt, jemandem die Ausübung einer Funktion in einem Unternehmen zu verbieten. Neu ist auch, dass die Steuerbehörden die Betreuung einer Steuerforderung auf Konkurs fortzusetzen haben (Art. 43 Ziffer 1 SchKG wurde aufgehoben).

Die Referendumsfrist am 7. Juli 2022 unbenutzt abgelaufen. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten.

**96. Anwaltsrecht (Werbung):** Gemäss Art. 12 lit. d BGFA können die Anwälte Werbung machen, solange diese objektiv bleibt und solange sie dem Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit entspricht.

Es ist zulässig, dass ein Anwalt von der Möglichkeit Gebrauch macht, über Google Anzeigen im Internet zu schalten. Ebenso sind Suchmaschinenoptimierungen (Meta-Tags) als Werbemassnahmen erlaubt. Es entspricht dem Informationsbedürfnis des Publikums, dass es bei der Benutzung einer Suchmaschine Hinweise auf Anwaltskanzleien erhalte, denen es möglicherweise sein Anliegen anvertrauen könne. Dass eine Anwaltskanzlei anstrebe, durch Suchmaschinenoptimierung mittels Meta-Tags möglichst oft und möglichst weit vorne auf der Trefferliste zu erscheinen, kann nicht als reisserisch, aufdringlich oder marktschreierisch bezeichnet werden, sondern entspricht dem wettbewerblichen Verhalten in wahrscheinlich allen Wirtschaftsbranchen (Entscheid der Anwaltskammer

St. Gallen vom 7.12.2021 = Anwaltsrevue 2022 S. 89, bearbeitet und mit Bemerkungen versehen von Walter Fellmann S. 92).

**97. Anwaltsrecht (Arbeitsverhältnis):** Eine Rechtsanwältin schloss einen Zusammenarbeitungsvertrag mit einer Anwaltskanzlei ab. Der Vertrag sah vor, dass die Anwältin unter dem Label der Anwaltskanzlei als Konsultantin anwaltliche Dienstleistungen erbringt. Die Kanzlei stellte einen Arbeitsplatz, die Infrastruktur sowie ihre Akquise-Kanäle (Massnahmen zur Gewinnung von Neukunden) zur Verfügung. Dabei wurde vereinbart, dass die Anwältin vom Umsatz ihrer eigenen Mandate 20% der Kanzlei abgebe. Soweit sie Mandate von der Kanzlei zugewiesen bekam, wurde vereinbart, dass 50% des Umsatzes an die Anwältin gehen.

Strittig war, ob es sich dabei um ein Arbeitsverhältnis nach Obligationenrecht oder um eine selbstständige Tätigkeit handelt. Nicht alle Anwälte, die als Konsultanten in einer Anwaltskanzlei arbeiten, sind automatisch selbstständig erwerbstätig. Dies muss im Einzelfall geprüft werden, was im konkreten Fall dazu geführt hat, dass eine selbstständige Tätigkeit angenommen wurde. Die Anwältin hat direkt am Erfolg ihres Arbeitseinsatzes partizipiert und das wirtschaftliche Risiko getragen (Urteil Nr. 4A\_360/2021 des Bundesgerichts vom 6.1.2022 = Marc Schmid in: Weblaw, digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, dRSK, Anwältin mit reiner Umsatzbeteiligung ist keine Arbeitnehmerin, publiziert am 22.4.2022).

**98. Anwaltsrecht (Disziplinarrecht):** Die Walliser Aufsichtsbehörde über die Anwälte hat einen Anwalt wegen Verletzung der beruflichen Sorgfaltspflichten (Art. 12 lit. a Anwaltsgesetz; SR 935.61) mit einer Busse von CHF 3000.– bestraft.

Der Anwalt hatte im Rahmen einer Anhörung seine Haltung verloren, dabei zwei Polizisten als Cowboys betitelt und ihnen vorgeworfen, sie würden den «Puck» in juristischer Hinsicht nicht checken (qu'ils ne touchaient pas le puck). Darüber hinaus bezeichnete er den Gegenanwalt als «Pantin» (Hampelmann), «Guignol» (Kasper) und als «fils à papa». Ein solches Benehmen erachtet das Bundesgericht als inakzeptabel. Dies entspricht nicht dem Verhalten eines Anwalts, der seinen Beruf sorgfältig und gewissenhaft ausübt. Die ausgesprochene Busse wurde deshalb bestätigt (Urteil Nr. 2C\_354/2021 des Bundesgerichts vom 24.8.2021 = David Jenny in «ius.focus» 2021 Heft 10 S. 31 = Kurzfassung in «plädoyer» 2021 Heft 5 S. 68).

**Bemerkung:** Der gleiche Anwalt wurde bereits in anderem Zusammenhang wegen Verstosses gegen die Berufsregeln mit einer Busse von CHF 1000.– bestraft (Urteil Nr. 2C\_243/2020 des Bundesgerichts vom 15. 6. 2020).

**99. Anwaltsrecht (Vollmacht):** Gemäss Art. 40 Abs. 1 BGG können die Parteien in Zivil- und Strafsachen vor Bundesgericht nur von Anwälten vertreten werden, die gemäss Anwaltsgesetz dazu berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichtsbehörden zu vertreten, d. h. von solchen Anwälten, die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind.

Im konkreten Fall bevollmächtigte die prozessführende Partei einen Juristen (Anwalt und Notar) mit der Wahrung ihrer Rechte vor Gericht. Der Bevollmächtigte war jedoch nicht im Anwaltsregister eingetragen. Deshalb hat er mittels einer Substitutionsvollmacht einen Anwalt, der in einem Anwaltsregister eingetragen war, mit der Prozessführung beauftragt. Dies ist jedoch nicht zulässig.

Fehlt es einem Anwalt an der eigenen Vertretungsbefugnis (wie im vorliegenden Fall), vermag er diese auch nicht durch eine Substitutionsvollmacht an einen in einem kantonalen Register eingetragenen Rechtsanwalt zu schaffen. Das Bundesgericht ist deshalb auf die Beschwerde nicht eingetreten (Urteil Nr. 5A\_110/2022 des Bundesgerichts vom 26. 4. 2022 = Katharina Fontana in SJZ 2022 S. 778).

**100. Gericht (Nachfrist):** Setzt ein Gericht eine Nachfrist zur Verbesserung einer Beschwerdeschrift, wie dies beispielsweise in Art. 52 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021) vorgesehen ist, so muss es berücksichtigen, dass dem Empfänger einer eingeschriebenen Sendung eine Abholfrist von sieben Tagen gewährt wird.

Konkret wurde dem Beschwerdeführer von der Vorinstanz (Bundesverwaltungsgericht) eine nicht erstreckbare Nachbesserungsfrist bis zum 26. April 2021 gewährt. Dieser Endtermin war identisch mit dem letzten Tag der Abholfrist der entsprechenden Verfügung des Gerichts. In der Folge rügte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 28. April 2021 die angesetzte Nachfrist, worauf das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde nicht eintrat. Das Bundesgericht hob diesen Nichteintretensentscheid auf und wies die Sache zu einer neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück (Urteil Nr. 2C\_496/2021 des Bundesgerichts vom 30. 11. 2021 = Katharina Fontana in SJZ 2022 S. 301).

**101. Forderungsklage (unbeziffert):** Eine zivilrechtliche Klage enthält ein Rechtsbegehren. Wird die Bezahlung eines Geldbetrags verlangt, so ist dieser ziffernmässig anzugeben. Ist es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern, so kann sie eine unbezifferte Forderungsklage erheben. Sie muss jedoch einen Mindestwert angeben, der als vorläufiger Streitwert gilt (Art. 85 Abs. 1 ZPO).

Nach der Rechtsprechung genügt es dabei nicht, wenn die klagende Partei «einzig unter Hinweis auf fehlende Informationen» auf die an sich erforderliche Bezifferung verzichtet. Vielmehr obliegt ihr der Nachweis in der Klageschrift, dass und inwieweit eine Bezifferung unmöglich oder unzumutbar ist. Mit anderen Worten: Bei Einreichung einer unbezifferten Forderungsklage ist es Aufgabe der klagenden Partei, ihr Begehren so weit wie möglich zu beziffern und, wo dies nicht möglich ist, aufzuzeigen, dass die Bedingungen für eine unbezifferte Forderungsklage erfüllt sind.

Im konkreten Fall wurde im Rahmen einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage die Forderung mit einem CHF 100 000.– übersteigenden Betrag angegeben, was als unbezifferte Forderungsklage gilt. Die vom Kläger unter pauschalem Verweis auf angeblich mangelnde, beweismässig noch zu erstellende Informationen unterlassene Bezifferung genügte als Begründung nicht, sodass auf die Klage nicht eingetreten werden konnte (Urteil Nr. 4A\_581/2021 des Bundesgerichts vom 3. 5. 2022).

**Bemerkung:** Der Kläger hätte im vorliegenden Fall in der Klageschrift ein Eventualbegehren formulieren können, und zwar derart, dass er im Falle der Unzulässigkeit der unbezifferten Forderungsklage «die Bezahlung von (genau) CHF 100 000.– verlangt, unter Vorbehalt der Nachklage».

In einem anderen Urteil befasste sich das Bundesgericht mit einer unbezifferten Herabsetzungsklage (Urteil Nr. 5A\_101/2021 des Bundesgerichts vom 28. 5. 2021 = Tarkan Göksu in: Weblaw, digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, dRSK, Unbezifferte Herabsetzungsklage, publiziert am 6. 4. 2022 = Urs Fasel, Erbrecht, Entwicklungen 2021, Bern 2022, S. 6).

**102. Klagebewilligung (keine selbstständige Widerklage):** Im konkreten Fall fand vor der Schlichtungsbehörde (Miete und Pacht) eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher der Mieter als Kläger auftrat. Der Vermieter erhob eine Widerklage. Eine Einigung kam nicht zustande und die Schlichtungsbehörde erteilte dem Mieter die Klagebewilligung. Der

Mieter reichte in der Folge keine Klage beim Gericht ein. Allerdings erhob der Vermieter, gestützt auf die dem Mieter erteilte Klagebewilligung, eine Klage beim Gericht, basierend auf seiner Widerklage, die er im Rahmen des Schlichtungsverfahrens erhoben hatte.

Es stellte sich die Frage, ob ein Widerkläger, gestützt auf die dem Hauptkläger ausgestellte Klagebewilligung, unabhängig vom Hauptkläger an das Gericht gelangen kann. Das Bundesgericht verneint diese Frage. Die Klagebewilligung wird hinfällig, wenn der Hauptkläger die Frist zur Klageeinreichung unbenutzt verstreichen lässt. Auf die Widerklage ist somit nicht einzutreten (Urteil Nr. 4A\_437/2021 des Bundesgerichts vom 25.3.2022 = mietrechtspraxis, mp 2022 S.142 = Selim Keller in Jusletter vom 22.8.2022 = Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht, SZZP 2022 S.346).

**103.** Aberkennungsklage (Klagenhäufung): Bei einer Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG) ist eine Klagenhäufung im Sinne von Art. 90 ZPO zulässig, d. h., es können mehrere Ansprüche gegen dieselbe Partei in einer Klage vereinigt werden. Allerdings ist dies nur zulässig, wenn der zusätzliche Anspruch – wie die Aberkennungsklage – ebenfalls vom Schlichtungsobligatorium befreit ist. Eine Ausnahme hiervon gilt für das Begehren auf Herausgabe des Schuldbriefs, wenn dieses einen reinen Nebenanspruch zum Feststellungsbegehren auf Nichtbestand der in Betreuung gesetzten Forderung, das Gegenstand der Aberkennungsklage bildet, darstellt (Urteil Nr. 4A\_592/2021 des Bundesgerichts vom 6.7.2022).

**104.** Prozesskosten: Die Prozesskosten setzen sich zusammen aus den Gerichtskosten und der Parteienschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Unter «Parteienschädigung» versteht man die Kosten, die einer Partei durch den Prozess (nebst den Gerichtskosten) erwachsen und die das Gericht auf Antrag grundsätzlich der obsiegenden Partei zulasten der unterliegenden Partei zuzusprechen hat, und zwar gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO. Dabei gilt bei Nichteintreten und bei Klagerückzug die klagende Partei als unterliegend. Bei Anerkennung der Klage gilt die beklagte Partei als unterliegend.

Das Bundesgericht hat den Grundsatz, wonach der Begriff «Prozesskosten» namentlich die Parteienschädigung umfasst, bestätigt (Urteil Nr. 4A\_647/2020 des Bundesgerichts vom 9.9.2021 = BGE 148 III 42). Für die Verteilung der Prozesskosten ist grundsätzlich nur das Gesamt-

ergebnis in der Hauptsache massgebend (Urteil Nr. 4A\_442/2021 des Bundesgerichts vom 8.2.2022 = Pascal Burgunder in «ius.focus» 2022 Heft 6 S.19).

**Bemerkung:** Die in Anwaltskreisen übliche Formulierung «Die Parteikosten werden wettgeschlagen» bedeutet: «Jede Partei trägt ihre Anwaltskosten selbst» (Susanne Meier Walter, «in dubio», Zeitschrift des Bernischen Anwaltsverbandes, 1999 S. 4).

**105.** Vergleich (gerichtlich genehmigter): Ein gerichtlich genehmigter Vergleich ist einem rechtskräftigen Urteil gleichgestellt (Art. 208 und Art. 241 Abs. 2 ZPO). Die Aufhebung eines solchen Vergleichs ist (wie auch die Aufhebung eines Urteils) ausschliesslich mittels Revision möglich (Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO).

Die «Überschreibung» (Ecrasement) eines in Rechtskraft erwachsenen Vergleichs bzw. Urteils durch einen neuen Entscheid ist im schweizerischen Recht nicht bekannt (Urteil Nr. 4A\_150/2020 des Bundesgerichts vom 17.9.2020 = Vanessa Müller in «ius.focus» 2022 Heft 1 S.19).

**106.** Bundesgericht (Anonymisierung): Bei der Veröffentlichung von Urteilen des Bundesgerichts werden grundsätzlich die Namen der Rechtsvertreter nicht anonymisiert. Entgegen diesen Gepflogenheiten kann der Name eines Rechtsvertreters, dem die Verfahrenskosten auferlegt werden, anonymisiert werden, wenn das Interesse am Persönlichkeitsschutz überwiegt. Eine Anonymisierung ist allerdings nicht bereits dann am Platz, wenn das Bundesgericht das Verhalten des Rechtsvertreters kritisiert.

Im vorliegenden Fall ging es darum, dass ein Rechtsanwalt gegen die Schweizerische Eidgenossenschaft eine Schadenersatzklage in der Höhe von CHF 7 Mio. einreichte, da sein Name nicht anonymisiert wurde in Fällen, in welchen ihm vom Bundesgericht als Rechtsvertreter die Verfahrenskosten auferlegt wurden. Wer berufsmässig Rechtsvertretungen wahrnimmt und dabei in einer Weise vorgeht, die zur Kostenverlegung an ihn führt, kann nicht geltend machen, es gehe um Informationen, die in seine Privatsphäre fielen und daher geheimzuhalten seien. Konkret lag keine Verletzung von Art. 8 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vor (Urteil Nr. 2E\_4/2019 des Bundesgerichts vom 28.10.2021 = Katharina Fontana in SJZ 2020 S.192).

**Bemerkung:** Das Bundesgericht befasste sich in einem anderen Urteil mit der Frage, ob der Generalsekretär des Bundesstrafgerichts befugt war,

über ein Gesuch um «verstärkte Anonymisierung» zu entscheiden. Es kam zum Schluss, dass die Anonymisierung von Urteilen eine Aufgabe der Rechtsprechung sei und nicht eine Aufgabe der Gerichtsverwaltung (Urteil Nr. 1C\_432/2020 des Bundesgerichts vom 7. 2. 2022 = Daniel Kettiger/Andreas Lienhard in Richterzeitung von Weblaw 2022/2).

**107.** Persönliches: Die vorliegende Zusammenstellung ist die vierzigste in dieser Folge, die seit 1983 jeweils in der Nummer vier dieser Zeitschrift erscheint. Bereits vorher habe ich die Rechtsprechung als Präsident des Vereins bernischer Grundbuchverwalter und Staatskassenvorsteher im Rahmen meines Jahresberichts zusammengestellt (vgl. BN 1980 S. 142 ff.; BN 1981 S. 213 ff.; BN 1982 S. 109 ff.). Danach hat mich mein Studienfreund und damaliger Redaktor der Zeitschrift, Professor Dr. iur. Peter Ruf, gebeten, die Rechtsprechungsübersicht als selbstständige Publikation weiterzuführen und auszubauen. Sie bildet seither einen festen Bestandteil in der Nummer vier dieser Zeitschrift.

Ich danke allen, die mir freundlicherweise Entscheide zur Besprechung zugestellt oder Hinweise auf Urteile gegeben haben. Diese habe ich stets mit der erforderlichen Vertraulichkeit behandelt; ich habe mich einzig mit den sich stellenden Rechtsfragen auseinandergesetzt. Es geht um Sachfragen im Dienste der Fortentwicklung des Rechts. Die traditionelle Publikation wird in gewohnter Weise von mir fortgeführt, denn die Auseinandersetzung mit der Aktualität trägt viel zur Erhaltung meines Geistes bei.

**108.** Dank: Für die Kontrolle des Manuskripts und der Druckfahnen sowie für die Anregungen, welche die Lesbarkeit und Verständlichkeit des vorliegenden Beitrags beeinflusst haben, danke ich MLaw Daniela Byland, Notarin und Rechtsanwältin bei ambralaw Rechtsanwälte / Notare, Bern und Zollikofen, und MLaw Manuela Mosimann, Notarin und Rechtsanwältin beim Landnotariat + Advokatur, Grosshöchstetten, Langnau im Emmental und Sumiswald.

## Rezensionen / Literaturhinweise

**Barbara Graham-Siegenthaler, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654a ZGB, 1514 Seiten, gebunden, Bern 2022 (Stämpfli), CHF 548.–, ISBN 978-3-7272-3536-8.**

Nach dem Rechtsgelehrten Ernst Rabel gehört das Sachenrecht zur schönsten Partie des ZGB. Im Zentrum des Sachenrechts steht das allumfassende Recht an einer Sache, das Eigentum. Diesem Gebiet widmet sich der vorliegende Berner Kommentar. Diesen muss man eigentlich nicht vorstellen. Längst haben sich die von Arthur Meier-Hayoz in den Voraufagen (1959, 1966 und 1981) vertretenen Lehrmeinungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichts und in der schweizerischen Literatur niedergeschlagen. Nun liegt seit wenigen Tagen das bedeutende Werk auf den heutigen Stand weiterentwickelt und nachgeführt vor.

Diese Nachführung bzw. Neubearbeitung hat Professorin Dr. iur. Barbara Graham-Siegenthaler, Rechtsanwältin, ordentliche Professorin für Schweizerisches und Internationales Privatrecht sowie Privatrechtsvergleichung an der Universität Luzern, unter Mitarbeit von MLaw Philipp Eberhard, Rechtsanwalt, vorgenommen. Die Kommentierung trägt der Entwicklung, Rechtsetzung, Rechtsprechung und Literatur Rechnung.

Bereits der Umfang des Buches spricht für sich: Waren es bei der letzten Auflage 715 Seiten, sind es heute deren 1514, was die Rechtsentwicklung und den Stellenwert des Kommentars anzudeuten vermag. Das Buch ist unterteilt in einen Systematischen Teil (ST) sowie die effektive Kommentierung der einzelnen Artikel. Der Systematische Teil, der rund 500 Seiten umfasst, enthält folgende neun Abschnitte (Kapitel):

1. Quellen und Hilfsmittel der Rechtsfindung
2. Sachen und andere Rechtsobjekte
3. Die dinglichen Rechte und die Realobligationen
4. Begriff, Inhalt und Arten des Eigentums
5. Eigentumsgarantie und Enteignung
6. Schutz des Privateigentums im Völkerrecht und im IPR
7. Intertemporales Recht
8. Internationales Privatrecht
9. Allgemeine Bestimmungen

Die eigentliche Kommentierung befasst sich mit dem Inhalt des Eigentums, dem Umfang des Eigentums und dem gemeinschaftlichen Eigentum.

Eine Buchbesprechung kann lediglich einen kleinen Teil des Werks näher beleuchten. Einige willkürlich herausgegriffene Themen mögen andeuten, was alles in diesem Kommentar zu finden ist.