



Dokument	<b>SJZ 119/2023 S. 207</b>
Autor	<b>Roland Pfäffli</b>
Titel	<b>Entwicklungen im Sachenrecht und Bodenrecht   Le point sur les droits réels et le droit foncier</b>
Seiten	<b>207-214</b>
Publikation	<b>Schweizerische Juristen-Zeitung</b>
Herausgeber / Redaktion	<b>Omar Abo Youssef (Red.), Pascal Hachem (Red.), Pascal Pichonnaz (Red.), Meinrad Vetter (Red.)</b>
Frühere Herausgeber	<b>Gaudenz G. Zindel (Red.)</b>
ISSN	<b>0036-7613</b>
Verlag	<b>Schulthess Juristische Medien AG</b>

SJZ 119/2023 S. 207

## Entwicklungen im Sachenrecht und Bodenrecht | Le point sur les droits réels et le droit foncier

### Berichtszeitraum Dezember 2021 bis November 2022

Prof. em. Dr. iur. Roland Pfäffli, Notar, Thun \*

## I. Gesetzgebung

### A. Besitzerschutz

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.»<sup>1</sup>

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.<sup>2</sup>

---

\* Prof. em. Dr. iur. Roland Pfäffli, Notar, ist als Konsulent tätig bei Von Graffenried & Cie Recht in Bern. Zudem ist er emeritierter Titularprofessor für Privatrecht an der Universität Freiburg.

1 *Nationalrat Olivier Feller*, Motion (Nr. 15.3531) «Bedingungen für die Anwendbarkeit von [Artikel 926 ZGB](#) lockern, um besser gegen Hausbesetzer vorgehen zu können» vom 9.6.2015, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20153531>> (zuletzt besucht am 6.12.2022).

2 *EJPD*, Medienmitteilung «Grundstückbesitzer sollen besser vor illegalen Hausbesetzungen geschützt werden» vom 29.6.2022, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-89488.html>> (zuletzt besucht am 6.12.2022).



## B. Bauhandwerkerpfandrecht

Es ist vorgesehen, die Anforderungen an die Ersatzsicherheit für ein Bauhandwerkerpfandrecht neu zu definieren. Im Unterschied zur heutigen Rechtslage sollen die Verzugszinse nicht für unbestimmte Zeit, sondern nur im Umfang von zehn Jahren sichergestellt werden, was durch eine entsprechende Änderung von [Art. 839 Abs. 3 ZGB](#)<sup>3</sup> umgesetzt werden soll. Der Bundesrat schlägt diese Präzisierung in seiner Botschaft vom 19. Oktober 2022 an das eidgenössische Parlament im Zusammenhang mit der Änderung des Obligationenrechts (Baumängel) vor.<sup>4</sup>

## C. Grundbuchverordnung

Am 10. Dezember 2021 hat der Bundesrat eine Änderung der Grundbuchverordnung ([GBV](#))<sup>5</sup> 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 [GBV](#) und im [ZGB](#) sind am 1. Januar 2023 in Kraft getreten.<sup>6</sup>

Mit den Anmeldebelegen müssen künftig die Angaben bezüglich der AHV-Nummer dem Grundbuchamt eingereicht werden ([Art. 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 ([Art. 164 GBV](#)).

Diese Änderung stützt sich auf eine Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversi-

**SJZ 119/2023 S. 207, 208**

cherung ([AHVG](#))<sup>7</sup>, die am 1. Januar 2022 in Kraft getreten ist.<sup>8</sup> Danach dürfen Behörden die AHV-Nummer zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben systematisch verwenden.<sup>9</sup>

## II. Rechtsprechung

### A. 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

<sup>3</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch ([ZGB](#)) vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

<sup>4</sup> *Bundesrat*, Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Baumängel) vom 19. Oktober 2022, BBI 2022 2743.

<sup>5</sup> Grundbuchverordnung ([GBV](#)) vom 23. September 2011 (SR 211.432.1).

<sup>6</sup> Vgl. Verordnung über die abschliessende Inkraftsetzung der Änderung vom 15. Dezember 2017 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Beurkundung des Personenstands und Grundbuch) vom 10. Dezember 2021, AS 2021 917; Änderung der Grundbuchverordnung ([GBV](#)) vom 10. Dezember 2021, AS 2021 918.

<sup>7</sup> Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung ([AHVG](#)) vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10).

<sup>8</sup> Vgl. Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung ([AHVG](#)) (Systematische Verwendung der AHV-Nummer durch Behörden) vom 18. Dezember 2020, AS 2021 758.

<sup>9</sup> 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 373 f.](#)).



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 u.U. gegen den Willen eines Sonderrechtsberechtigten abgeändert werden; im Rahmen von nützlichen baulichen Massnahmen selbst dann, wenn die Änderung weder zwingend noch nötig ist.<sup>10</sup>

## B. Stockwerkeigentum (Abberufung des Verwalters)

Das schweizerische Recht kennt keinen klagbaren Anspruch auf ordnungsgemässe Verwaltung oder Einhaltung des Reglements beim Stockwerkeigentum. Gegenüber gesetzes- oder reglementwidrigen Verfügungen der Verwaltung kann der einzelne Stockwerkeigentümer an die Stockwerkeigentümerversammlung 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 abzurufen ([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. Keine 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.<sup>11</sup>

**SJZ 119/2023 S. 207, 209**

## C. 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.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> BGer [5A\\_972/2020](#) vom 5.10.2021 = *Bettina Hürlimann-Kaup*, in: [ZBJV 2022 449](#).

<sup>11</sup> BGer [5A\\_920/2020](#) vom 15.10.2021.

<sup>12</sup> BGer [5A\\_936/2020](#) vom 15.7.2021.



## D. 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 i.S.v. [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.<sup>13</sup>

## E. 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.<sup>14</sup>

Nachdem der Belastete seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen war, 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](#)<sup>15</sup>). Konkret wurde eine Ordnungsbusse von CHF 100.00 angedroht für jeden Tag der Nichterfüllung, was vom Bundesgericht bestätigt wurde.<sup>16</sup>

In einem anderen Fall ging es auch um die Vollstreckung im Zusammenhang mit einem Wegrecht. Konkret weigerte sich der Verurteilte, eine Hecke und drei Felsbrocken zu entfernen.<sup>17</sup>

## F. Dienstbarkeiten (Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands)

Ein Grundstück ist mit einer Grunddienstbarkeit belastet, die ein Benützungsrecht an drei Aussenparkplätzen beinhaltet. In der Folge wurde gestützt auf eine Baubewilligung auf dem belasteten Grundstück eine Über-

### SJZ 119/2023 S. 207, 210

bauung 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.<sup>18</sup>

<sup>13</sup> BGer [5A 852/2021](#) vom 27.4.2022.

<sup>14</sup> BGer [5A 640/2016](#) vom 28.6.2017.

<sup>15</sup> Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, [ZPO](#)) vom 19. Dezember 2008 (SR 272).

<sup>16</sup> BGer [5A 871/2021](#) vom 26.4.2022.

<sup>17</sup> BGer [5D 215/2021](#) vom 28.6.2022.

<sup>18</sup> BGer [5A 223/2021](#) vom 7.12.2021, in: [ZBGR 2022 176](#) = *Frederik Weber*, in: *ius.focus* 5/2022 3 = *Katharina Fontana*, in: [SJZ 2022 407](#).



## G. 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 i.S.v. [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.<sup>19</sup>

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 Intensivholungszone 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.<sup>20</sup>

## H. 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 Berechnete 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.<sup>21</sup>

## I. Dienstbarkeiten (Auslegung eines Bauverbots)

Im Grundbuch ist mit dem Stichwort «Bauverbot» folgende Grunddienstbarkeit eingetragen: Der jeweilige Eigentümer des Grundstücks darf auf der im beiliegen-

**SJZ 119/2023 S. 207, 211**

den 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 Dienstbarkeitsberechnete 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.<sup>22</sup>

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.

<sup>19</sup> BGer [5A 714/2021](#) vom 8.3.2022 = *Iva Gavranovic*, in: *ius.focus* 5/2022 4.

<sup>20</sup> BGer [5A 346/2021](#) vom 29.11.2021 = *Julia Stöckli*, in: *ius.focus* 2/2022 3. Das Bundesgericht hatte sich bereits in einem früheren Verfahren mit dieser Auslegung befasst (BGer [5A 702/2019](#) vom 18.9.2020).

<sup>21</sup> BGer [5A 472/2021](#) vom 29.3.2022, in: *Praxis* 2022 Nr. 65.

<sup>22</sup> BGer [5A 692/2021](#) vom 25.4.2022.





## J. 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.<sup>23</sup>

## K. Dienstbarkeit (Löschung)

Hat eine Dienstbarkeit für das berechtigte Grundstück alles Interesse verloren, so kann der Belastete ihre Löschung verlangen ([Art. 736 Abs. 1 ZGB](#)). Ist ein Interesse des Berechtigten 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.<sup>24</sup>

## L. 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.<sup>25</sup> 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](#)<sup>26</sup> genügend Verteidigungsmöglichkeiten, um sich gegen den Zahlungsbefehl zu wehren, beispielsweise mit einem Rechtsvorschlag oder gege-

### SJZ 119/2023 S. 207, 212

benenfalls durch eine Aberkennungsklage. Von dieser Möglichkeit hat er jedoch nicht Gebrauch gemacht; die Grundpfanderrichtung war somit rechtmässig.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> BGer [5A 28/2021](#) vom 31.3.2022.

<sup>24</sup> BGer [5A 1043/2021](#) vom 27.6.2022.

<sup>25</sup> [BGE 142 III 720](#), in: Praxis 2018 Nr. 56 = [ZBGR 2017 396](#) = *Stephan Wolf/Isabelle Nuspliger*, in: [ZBJV 2017 530](#).

<sup>26</sup> Bundesgesetz über Schuldbetreuung und Konkurs ([SchKG](#)) vom 11. April 1889 (SR 281.1).

<sup>27</sup> BGer [5A 858/2020](#) vom 1.11.2021.



## M. Bauhandwerkerpfandrecht (richtiges Grundstück)

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 E. 2b und E. 2c/bb](#), wonach das belastete Grundstück sowohl für die provisorische als auch für die definitive Eintragung identisch sein muss.<sup>28</sup>

## N. Erwerbsbewilligung (Vermächtnis)

Wer ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück erwerben will, braucht dazu grundsätzlich eine Bewilligung ([Art. 61 Abs. 1 BGBB](#)<sup>29</sup>). Eine Ausnahme von der Bewilligungspflicht bildet der Erwerb durch Erbgang und durch erbrechtliche Zuweisung ([Art. 62 lit. a BGBB](#)).

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 [BGBB](#) berufen. Er benötigt somit eine Erwerbsbewilligung.<sup>30</sup>

## O. Verfügungsbeschränkung

Wird zur Sicherung eines obligationenrechtlichen Anspruchs im Grundbuch eine Verfügungsbeschränkung gemäss [Art. 960 Abs. 1 Ziff. 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 Ziff. 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.<sup>31</sup> Es handelt sich um eine Bestätigung der Rechtsprechung aus dem Jahr 1978.<sup>32</sup>

## P. Grundstückkauf (kleinere Fläche als zugesichert)

In einem öffentlich beurkundeten Vertrag wurde ein Grundstück (Eigentumswohnung im Stockwerkeigentum) zum Preis von CHF 1 200 000.00 verkauft. Im Vertrag wurde jegliche Gewährleistung des Verkäufers wegbedungen, wobei arglistig verschwiegene Mängel ausgeschlossen wurden ([Art. 199 OR](#)<sup>33</sup>).

In der Verkaufsdokumentation wurde eine Wohnfläche von 110 m<sup>2</sup> (ohne Terrasse) für das Kaufobjekt 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 in 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

---

<sup>28</sup> BGer [5A\\_664/2021](#) vom 15.11.2021, in: Praxis 2022 Nr. 90 = SZP 2022 210.

<sup>29</sup> Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht ([BGBB](#)) vom 4. Oktober 1991 (SR 211.412.11).

<sup>30</sup> BGer [2C\\_735/2021](#) vom 11.3.2022.

<sup>31</sup> BGer [5A\\_491/2021](#) vom 2.2.2022 = [BGE 148 III 109](#), in: Praxis 2022 Nr. 74.

<sup>32</sup> [BGE 104 II 170](#), in: Praxis 1978 Nr. 220 = [ZBGR 1980 324](#) mit redaktioneller Bemerkung von *Hans Huber* (334) = *Peter Liver*, in: ZBJV 1980 146; vgl. zum Ganzen auch *Henri Deschenaux*, Schweizerisches Privatrecht, Band V/3, Das Grundbuch, II. Teilband, 671 f. mit Fn. 79.

<sup>33</sup> Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) ([OR](#)) vom 30. März 1911 (SR 220).



Verkäufer hat bewusst jeweils eine zu grosse Wohnfläche angegeben. Er wurde verurteilt, dem Käufer den Betrag von CHF 200 000.00 als

#### SJZ 119/2023 S. 207, 213

Minderwert sowie rund CHF 7500.00 an Parteikosten zurückzuerstatten.<sup>34</sup>

In diesem Zusammenhang wird auf zwei weitere Fälle hingewiesen, wo die Wohnfläche einer Stockwerkeinheit nicht der tatsächlichen Fläche entsprach.<sup>35</sup>

### Q. Ausländerbestimmungen (Lex Koller)

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](#)<sup>36</sup>).

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 Grundstückerwerb bewilligt mit der Auflage, das Grundstück innert zweier Jahre zu veräussern. Hingegen wurde der Eintrag der beiden Wohnrechte im Grundbuch nicht bewilligt.<sup>37</sup>

### III. Literaturhinweise

*Simone Albisetti/Andrea Carri/Francesco Macri*, L'apparhotel: il mirabile monstrum della LAFE e i suoi riverberi nella LASEc, *RtiD I* 2022 321 ff.; *Christian Brückner/Mathias Kuster*, Die Vormerkung «weiterer vertraglicher Bestimmungen» gemäss [Art. 779b Abs. 2 ZGB](#), [ZBGR 2022 329 ff.](#); *Gieri Caviezel/Dominik Rohrer*, Der Heimfall von Wasserkraftwerken, Ein wichtiger Moment für das verleihende Gemeinwesen, [AJP 2022 429 ff.](#); Valérie Défago/Amédéo Wermelinger (Hrsg.), *Servitudes, territoire et approvisionnement énergétique: trio explosif?*, Basel 2022; *Philipp Eberhard*, Grundstückkäufe in der Schweiz durch Personen im Ausland, [SJZ 2022 431 ff.](#); *Urs Fasel*, Sachenrecht, Entwicklungen 2021, Bern 2022; *Nadine Feuerstein*, Die Stellung des Vermächtnisnehmers im bäuerlichen Erbrecht, unter besonderer Berücksichtigung ausgewählter notarieller Aspekte, *BIAR* 2022 117 ff.; *Christine Glättli*, Der Register-Schuldbrief in der notariellen Praxis, *BN* 2022 348 ff.; *Barbara Graham-Siegenthaler*, in: Regina Aebi-Müller/Christoph Müller (Hrsg.), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Allgemeine Bestimmungen*, [Art. 641–654a ZGB](#), Bern 2022; *Barbara Graham-Siegenthaler/Philipp Eberhard*, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sachenrecht 2021/2022, *Jusletter* vom 22. August 2022; Michel Hottelier/Bénédict Foëx (Hrsg.), *Le transfert de la propriété immobilière, De la conclusion du contrat de vente aux effets successoraux*, Zürich/Genf 2022; *Bettina Hürlimann-Kaup*, Die sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2021, [ZBJV 2022 444 ff.](#); *Bettina Hürlimann-Kaup*, Sachenrecht – Literaturspiegel 2019–2021, *ZSR I* 2022 455 ff.; *Hansheiri Inderkum*, Die Übertragung von Register-Schuldbriefen bei Grundstückerwerbverträgen, *BN* 2022 358 ff.; *Alfred Koller*, Das Prinzip der natürlichen Publizität und die Stufenordnung von [Art. 738 ZGB](#), Die zwei Wirkungsweisen der natürlichen Publizität, [ZBGR 2022 1 ff.](#); *Patrick Lombardi*, La gestion fiduciaire de cédulas hypothécaires de registre, Bern 2022; *Irène Martin-Rivara*, Dans les sinuosités juridiques des chemins privés: du chemin détenu en copropriété à la servitude de passage, [ZBGR 2022 69 ff.](#); *Yannick Minnig*, Aufgabe von in das Grundbuch aufgenommenen selbstständigen und dauernden Rechten: Verzicht

<sup>34</sup> BGer [4A 535/2021](#) vom 6.5.2022, in: *Praxis* 2022 Nr. 81 = *Harald Bärtschi*, in: *ius.focus* 7/2022 6.

<sup>35</sup> BGer [4A 417/2007](#) vom 14.2.2008, in: [ZBGR 2009 243](#) bzw. BGer [4A 383/2016](#) vom 22.9.2016.

<sup>36</sup> Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland ([BewG](#)) vom 16. Dezember 1983 (SR 211.412.41).

<sup>37</sup> BGer [2C 534/2021](#) vom 16.12.2021.





oder Dereliktion? [ZBGR 2022 197 ff.](#); *Roland Norer/Andreas Wasserfallen*, Agrarrecht, Entwicklungen 2021, Bern 2022; *Roland Pfäffli*, Das Vorkaufsrecht an Grundstücken, in: Festschrift «100 Jahre Verband solothurnischer Notare», Solothurn 2022, 119 ff.; *Denis Piotet*, Schweizerisches Privatrecht, Band

#### **SJZ 119/2023 S. 207, 214**

V/2, Die beschränkten dinglichen Rechte im Allgemeinen, die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Basel 2022; *José-Miguel Rubido*, L'acquisition immobilière, Zürich/Genf 2022; *Fritz Schiesser*, Der Register-Schuldbrief – ein Erfolgsmodell, BN 2022 343 ff.; *Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup*, Sachenrecht, 6. A., Zürich/Genf 2022; *Anne Elisabeth Schnierer*, Aspekte der elektronischen Grundbuchführung, BN 2022 365 ff.; *Daniel Staehelin*, Der sicherungsübereignete Register-Schuldbrief – zehn Jahre später, BN 2022 352 ff.; *Meinrad Vetter/Antonio Carbonara*, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ein praxisbezogener Leitfaden zur gerichtlichen Anordnung, Zürich/Genf 2023; *Amédéo Wermelinger* (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2022, Tagung vom 15. November 2022, Bern 2022; *Amédéo Wermelinger/Roland Pfäffli*, Nebensächliche Verpflichtungen und Unterhaltlasten im Dienstbarkeitsrecht – Ist der Berechtigte fein raus?, [ZBGR 2022 5 ff.](#); *Amédéo Wermelinger/Roland Pfäffli*, Obligations accessoires et charges d'entretien relatives aux servitudes – le bénéficiaire tire-t-il le gros lot?, BN 2022 383 ff.; *Amédéo Wermelinger et al.*, #stockwerkeigentum, Stockwerkeigentum sowie deren Gemeinschaft anhand von über 200 Fragen einfach erklärt, Winterthur 2022; *Jonas Wolfisberg*, Abwehransprüche im Verhältnis zwischen dem Grundeigentümer und dem Bauberechtigten, Zürich/Genf 2022.

Eine detaillierte Übersicht zu ausgewählter Rechtsprechung in der Schweiz im Jahr 2022, zusammengestellt aus über 50 juristischen Zeitschriften, ist traditionsgemäss in der Zeitschrift «Der bernische Notar» (BN) erschienen (*Roland Pfäffli*, BN 2022 497 ff.).