

9/2021

[www.zbjv.ch](http://www.zbjv.ch)

Organ für schweizerische  
Rechtspflege und Gesetzgebung

# ZBJV

**Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins**  
**Revue de la société des juristes bernois**

---

157. Jahrgang  
Erscheint jeden Monat  
September 2021

Redaktoren  
Prof. Dr. Jörg Schmid  
Prof. Dr. Frédéric Krauskopf



Stämpfli Verlag

---

## Inhaltsverzeichnis

### Abhandlungen

- 487** Die Besteuerung von AG und Aktionär: Aspekte eines zweidimensionalen Verhältnisses  
Von PD Dr. MARTIN KOCHER, LL.M. (Taxation, LSE),  
Basel/Lausanne
- 512** Die sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2020  
Von Prof. Dr. iur. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg
- 541** Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum materiellen Strafrecht im Jahr 2020  
Von Prof. Dr. FELIX BOMMER, Zürich

## Impressum

### Herausgeber

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern

Tel. 031 300 66 44, Fax 031 300 66 88

E-Mail [verlag@staempfli.com](mailto:verlag@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com](http://www.staempfli.com)

### Verantwortliche Redaktoren

Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Luzern, Prof. Dr. FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Bern

### Redaktionelle Mitarbeiter:

Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Luzern; Dr. BERNHARD BERGER, Bern; Prof. Dr. FELIX BOMMER, Zürich; Prof. Dr. THOMAS GÄCHTER, Zürich; Prof. em. Dr. Dr. h.c. HEINZ HAUSHEER, Bern; Prof. Dr. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg; Prof. Dr. MARC M. HÜRZELER, Basel; Prof. Dr. MANUEL JAUN, Bern; Bundesgerichtsschreiber PD Dr. MARTIN KOCHER, St. Gallen; Prof. em. Dr. Dr. h.c. THOMAS KOLLER, Bern; Prof. em. Dr. Dr. h.c. CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Gallen; Prof. Dr. ANDREAS LIENHARD, Bern; Prof. Dr. iur. KARIN MÜLLER, Luzern; Prof. Dr. CHRISTOF RIEDO, Freiburg; Prof. Dr. ROGER RUDOLPH, Zürich; Prof. Dr. FRANZISKA SPRECHER, Bern; Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern; Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern; Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern; Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun; Prof. Dr. FRANZ ZELLER, Bern.

### Abonnemente

Mitgliedschaft Bernischer Juristenverein mit ZBJV inkl. Online-Archiv CHF 148.–,

Printabo für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins inkl. Online-Archiv

CHF 175.–, Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

*Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:*

Schweiz CHF 195.–, Europa CHF 233.50,

Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 142.–,

Einzelheft CHF 18.– (exkl. Versandkosten).

Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

**[www.zbjv.recht.ch](http://www.zbjv.recht.ch)**

### Bestellungen Abonnemente, Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern

Tel. 031 300 63 25

E-Mail [zeitschriften@staempfli.com](mailto:zeitschriften@staempfli.com), Internet [www.staempfliverlag.com/zeitschriften](http://www.staempfliverlag.com/zeitschriften)

**Inserate:** Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,

Tel. 031 300 63 82

E-Mail [inserate@staempfli.com](mailto:inserate@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com/zeitschriften](http://www.staempfli.com/zeitschriften)

**Druck und Spedition:** Stämpfli AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,

Tel. 031 300 66 66

E-Mail [info@staempfli.com](mailto:info@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com](http://www.staempfli.com)

**Auflage:** 1787 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127 (Print) /

e-ISSN 2504-1444 (Online)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

# Die sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2020

## Veröffentlicht in Band 146

sowie ausgewählte nicht amtlich publizierte Entscheide

Prof. Dr. iur. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg\*

### Übersicht

#### 1. Eigentum

- 1.1 Grundeigentum im Allgemeinen
- 1.2 Stockwerkeigentum
  - 1.2.1 Qualifizierung baulicher Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen
  - 1.2.2 Passivlegitimation bei der Dienstbarkeitsklage
  - 1.2.3 Aufteilung der Pfandsomme auf die einzelnen Einheiten bei Bauarbeiten an einem Grundstück im Stockwerkeigentum

#### 2. Beschränkte dingliche Rechte

- 2.1 Dienstbarkeiten
  - 2.1.1 Ermittlung des Zwecks / natürliche Publizität
  - 2.1.2 Passivlegitimation bei der Dienstbarkeitsklage
- 2.2 Grundpfandrechte
  - 2.2.1 Aufteilung der Pfandsomme auf die einzelnen Einheiten bei Bauarbeiten an einem Grundstück im Stockwerkeigentum
  - 2.2.2 Herabsetzung eines gepfändeten Eigentümerschuldbriefs auf den Betrag des Erlöses im Fall der Verwertung?
  - 2.2.3 Subrogation des Drittpfandeigentümers in die Rechtsstellung des Gläubigers

---

\* Für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Berichts danke ich meinen Unterassistenten BLaw Benjamin Risse und BLaw Johannes Rohrmann. Das Manuskript wurde am 12. Juli 2021 abgeschlossen.

## 1. Eigentum

### 1.1 Grundeigentum im Allgemeinen

*BGE 146 III 217 ff. (5A\_127/2019) = Pra 2020 Nr. 119*

*Das Vorkaufsrecht des Miteigentümers nach Art. 682 Abs. 2 ZGB kann nur dann ein gleich- oder vorrangiges Vorkaufsrecht im Sinn von Art. 681 Abs. 2 ZGB entfallen lassen, wenn es bereits in dem Moment besteht, in dem der Veräusserungsvertrag über das vom Vorkaufsrecht betroffene Grundstück abgeschlossen wird.*

1958 begründete die C. AG zulasten des in ihrem Eigentum stehenden Grundstücks Nr. x ein selbständiges und dauerndes Baurecht, das als Grundstück Nr. (y) in das Grundbuch eingetragen wurde. 1991 begründete sie am Grundstück Nr. x Stockwerkeigentum mit 32 Einheiten. Am 9. Juni 2011 verkaufte sie das Grundstück Nr. (y) sowie 27 Stockwerkeinheiten am Grundstück Nr. x an die A. AG. Der Eigentumsübergang erfolgte mit Datum vom 7. Juli 2011. B., Eigentümer der Stockwerkeinheit Nr. x/xz des Grundstücks Nr. x, erklärte am 20. September 2011, er übe sein Vorkaufsrecht am Grundstück Nr. (y) aus. Da die A. AG sein Vorkaufsrecht bestritt, klagte B. gegen sie auf Übertragung des Grundstücks Nr. (y). Während das zuständige Bezirksgericht verneinte, dass B. ein Vorkaufsrecht zustehe, hiess das Kantonsgericht Wallis die Klage gut. Das Bundesgericht weist die gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde in Zivilsachen ab.

Der Streit dreht sich um die Frage, ob Art. 681 Abs. 2 ZGB auf die vorliegende Konstellation Anwendung findet. Nach dieser Bestimmung entfällt das gesetzliche Vorkaufsrecht, wenn das betroffene Grundstück an eine Person veräussert wird, der ein Vorkaufsrecht im gleichen oder in einem vorderen Rang zusteht. Sowohl B. als auch die A. AG machen gestützt auf Art. 682 Abs. 2 ZGB als Miteigentümer des Grundstücks Nr. x, das mit dem selbständigen und dauernden Baurecht belastet ist, ein gleichrangiges Vorkaufsrecht am Baurechtsgrundstück Nr. (y) geltend. In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass B. am 9. Juni 2011 (Datum des Abschlusses des Kaufvertrags über das Grundstück Nr. [y]) bereits Stockwerkeigentümer war und die A. AG erst am 7. Juli 2011 das Eigentum an den 27 Stockwerkeinheiten erworben hat (E. 4.1). Konkret hat das Bundesgericht die Frage zu beantworten, zu welchem Zeitpunkt der Person, die das Grundstück

erwirbt, ein Vorkaufsrecht im gleichen oder in einem vorderen Rang zustehen muss, damit das Vorkaufsrecht der anderen Person entfällt. Der Wortlaut der Bestimmung («veräussert») ist in dieser Hinsicht nicht klar. Eckdaten sind der Abschluss des Veräusserungsvertrags und die Eintragung in das Grundbuch. Denkbar sind auch die Anmeldung des Veräusserungsgeschäfts beim Grundbuchamt sowie die Eintragung in das Grundbuch vor Ausübung des Vorkaufsrechts (E. 6.1). Die Entstehungsgeschichte von Art. 681 Abs. 2 ZGB zeigt eindeutig, dass das gleich- oder vorrangige Vorkaufsrecht bereits im Moment des Vertragsabschlusses bestehen muss (E. 6.2). Nichts anderes ergibt sich aus dem Zweck der Norm, geht es doch darum, den Eintritt von Drittpersonen in das Miteigentums- und Baurechtsverhältnis zu verhindern. Das liesse sich nicht erreichen, wenn der Moment der Eintragung des Kaufvertrags in das Grundbuch massgebend wäre, da die Drittperson schon in das Verhältnis eingetreten und jedes Vorkaufsrecht damit von vorneherein gegenstandslos wäre (E. 6.3). Auch der Beizug weiterer, im Zusammenhang mit dem Vorkaufsrecht relevanter Bestimmungen (Art. 216c Abs. 1 und Art. 216d Abs. 2 OR, Art. 47 BGG) führt zu keinem anderen Schluss (E. 6.4). Die Tatsache, dass die A. AG zum Zeitpunkt, zu dem B. sein Vorkaufsrecht geltend gemacht hat, bereits als Eigentümerin der Stockwerkeinheiten im Grundbuch eingetragen war, ändert nichts an der Rechtslage. Das Grundbuchamt war verpflichtet, diese Eintragung vorzunehmen, da es die Anmeldung eines Grundstückkaufvertrags im Fall des Bestehens eines gesetzlichen Vorkaufsrechts nicht mit der Begründung vorläufig abweisen darf, es sei noch unklar, ob das Vorkaufsrecht gültig ausgeübt worden sei. Sollte der Erwerber bereits im Grundbuch eingetragen sein, räumt Art. 681a Abs. 3 ZGB der vorkaufsberechtigten Person das Recht ein, ihren Anspruch ihm gegenüber geltend zu machen (E. 6.5). Das Vorkaufsrecht von B. wäre nur dann entfallen, wenn die A. AG zunächst Eigentümerin der Stockwerkeinheiten geworden wäre und erst anschliessend einen Kaufvertrag über das Baurechtsgrundstück abgeschlossen hätte. Eine derartige Vertragsgestaltung wäre nicht nur zulässig, sondern in Anbetracht der erheblichen Vermögensinteressen allenfalls auch angezeigt gewesen (E. 6.6 und 6.7).

## 1.2 Stockwerkeigentum

### 1.2.1 *Qualifizierung baulicher Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen*

*BGer 5A\_410/2019 vom 3. April 2020*

*Ob eine bauliche Massnahme bezüglich eines gemeinschaftlichen Teils, der sich in einem Bereich des Gebäudes befindet, an dem ein Sondernutzungsrecht besteht, ausschliesslich im Interesse der am Sondernutzungsrecht berechtigten Stockwerkeigentümer liegt und damit als luxuriös im Sinn von Art. 647e ZGB zu qualifizieren ist, beurteilt sich anhand eines Vergleichs der Interessen der Gemeinschaft mit denjenigen der betreffenden Stockwerkeigentümer an dieser baulichen Massnahme.*

A. A. und B. A., Gesamteigentümer einer Stockwerkeinheit (Terrassenhaus mit Nebenraum), klagten gegen die Stockwerkeigentümergeinschaft auf Anordnung folgender baulicher Massnahmen zulasten der Beklagten: Sanierung der Gebäudehülle der Stockwerkeigentumseinheit der Kläger (1) im Bereich des Kellers, (2) im Bereich der Rückwand des Hauswirtschaftsraums und des angrenzenden Büros und (3) bezüglich der feuchten Leichtbaukonstruktion im Eingangsbereich. Beide kantonale Instanzen wiesen die Klage ab. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde in Zivilsachen von A. A. und B. A. teilweise gut und entspricht in teilweiser Gutheissung der Klagen in Ziff. 1 und 3 formulierten Rechtsbegehren der Beschwerdeführer.

Das Bundesgericht hat zu entscheiden, ob die Beschwerdegegnerin für die Massnahmen zur Behebung der im Terrassenhaus der Beschwerdeführer an verschiedenen Stellen aufgetretenen Feuchtigkeitsmängel aufkommen muss. Voraussetzung dafür ist, dass gemeinschaftliche Teile von den Mängeln betroffen sind. Während für die Feuchtigkeit im Aussenkeller und im Eingangsbereich des Terrassenhauses derartige Mängel nachgewiesen sind, ist das beim Hauswirtschaftsraum und beim Büro nicht der Fall (E. 3.2 und 4.4.2).

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die technischen Mängel, die zu den Feuchtigkeitschäden führten, zwar den Wert und die Gebrauchsfähigkeit der Sache beeinträchtigten. Die Behebung der Mängel liege aber im alleinigen Interesse der Beschwerdeführer, da diese

an den betroffenen Räumlichkeiten ein Sondernutzungsrecht hätten. Damit seien die beantragten baulichen Massnahmen nicht notwendig im Sinn von Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB und könnten in Anbetracht von Art. 712h Abs. 3 ZGB schon gar nicht zulasten der Beschwerdegegnerin angeordnet werden (E. 4.1). Das Gesetz teilt bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen in notwendige, nützliche und luxuriöse Massnahmen ein, wobei jeweils unterschiedliche Zustimmungserfordernisse gelten. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist aus der Perspektive der Gemeinschaft zu beurteilen, welcher Art die bauliche Massnahme im konkreten Fall ist. Bauarbeiten, die im ausschliesslichen Individualinteresse eines oder einiger weniger Stockwerkeigentümer stehen, sind nach dieser Rechtsprechung als luxuriös einzustufen. Eine notwendige bauliche Massnahme im Sinn von Art. 647c ZGB ist immer auch notwendig im Sinn von Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB, sodass der einzelne Stockwerkeigentümer die gerichtliche Anordnung verlangen kann. Notwendig sind bauliche Massnahmen nach der Lehre unter anderem dann, wenn es um die Verhinderung von Feuchtigkeitsschäden geht (E. 4.3). Das Bundesgericht wirft mit Bezug auf die zu beurteilende Konstellation die Frage auf, ob die Beschwerdeführer tatsächlich – wie von der Vorinstanz festgehalten – über ein *Sondernutzungsrecht* an den betroffenen Räumlichkeiten verfügen oder ob diese nicht vielmehr zu deren Sonderrecht gehören. Da es aber in jedem Fall um gemeinschaftliche Teile geht, kann diese Frage offenbleiben (E. 4.4.1). Um feststellen zu können, ob die baulichen Massnahmen ausschliesslich einem oder einigen wenigen Stockwerkeigentümern dienen und damit luxuriös sind, muss das Interesse der Beschwerdeführer und dasjenige der Beschwerdegegnerin an der Sanierung der Aussenmauern des Kellerraums und der Leichtbaukonstruktion im Eingangsbereich einander gegenüber gestellt werden. Ob die Beschwerdeführer am Wert und an der Gebrauchstauglichkeit der Räume oder Bereiche, in denen sich die mangelhaften gemeinschaftlichen Gebäudeteile befinden, ein Interesse haben, ist in diesem Zusammenhang irrelevant. Die Vorinstanz hat deshalb Bundesrecht verletzt, als sie das Interesse der Beschwerdegegnerin an den baulichen Massnahmen am Interesse der Beschwerdeführer an den in ihrem Sondernutzungsrecht stehenden Bereichen gemessen hat (E. 4.4.3). Geht es – wie im vorliegenden Fall – darum, an einem gemeinschaftlichen Teil einen Feuchtigkeitsschaden zu beheben und entsprechenden Problemen für die Zukunft vorzubeugen,



müssen die baulichen Massnahmen aus Sicht der Gemeinschaft als notwendig angesehen werden. Die Beschwerdegegnerin macht nicht geltend, die beantragten Massnahmen seien nicht erforderlich oder nicht geeignet, den Wert und die Gebrauchsfähigkeit des Gebäudes zu erhalten. Da es um die Gebäudehülle geht, findet Art. 712h Abs. 3 ZGB keine Anwendung, wonach bei der Verteilung der Kosten zu berücksichtigen ist, wenn bestimmte gemeinschaftliche Bauteile, Anlagen oder Einrichtungen einzelnen Stockwerkeinheiten nicht oder nur in ganz geringem Masse dienen. Gemeinschaftliche Bauteile bestimmten nämlich, genau wie die gemeinsamen Anlagen und Einrichtungen, regelmässig den Standard der ganzen Liegenschaft. Art. 712h Abs. 3 ZGB darf deshalb nach der Rechtsprechung nur mit Zurückhaltung angewendet werden (E. 4.4.4 und 4.4.5).

Die Vorinstanz hat sich für ihr Urteil offenbar auf BGE 141 III 357 ff. abgestützt. Nach diesem Entscheid erfolgt die Qualifizierung einer baulichen Massnahme an einem gemeinschaftlichen Teil aus der Sicht der Gemeinschaft; eine bauliche Massnahme im alleinigen Interesse eines Stockwerkeigentümers (oder einzelner Stockwerkeigentümer) gilt deshalb als luxuriös. Der Berichtsentscheid verdeutlicht nun, dass nur das Interesse an den von den baulichen Massnahmen betroffenen gemeinschaftlichen Teilen massgebend ist und nicht etwa dasjenige an den Bereichen, in denen sich diese gemeinschaftlichen Teile befinden. Geht es also – wie hier – um die Aussenhülle bestimmter Räumlichkeiten, spielt es für die Qualifizierung der baulichen Massnahmen keine Rolle, dass einzelne Stockwerkeigentümer ein Sondernutzungsrecht an diesen Räumlichkeiten haben und deshalb (besonders) an den Bauarbeiten interessiert sind. Dem Ergebnis, dass die baulichen Massnahmen im vorliegenden Fall als notwendig anzusehen sind, ist ohne Weiteres zuzustimmen. Nach der bereits im Zusammenhang mit BGE 141 III 357 ff. von der Berichterstatterin vertretenen Ansicht hat die Qualifizierung allerdings nicht aus der Perspektive der Gemeinschaft zu erfolgen, was nach dem Berichtsentscheid (E. 4.4.3) einen Vergleich der involvierten Interessen und damit eine Abwägung erforderlich macht. Vielmehr kommt es darauf an, ob es bei der baulichen Massnahme um die Erhaltung des Wertes und der Gebrauchsfähigkeit («notwendig»), die Wertsteigerung oder die Verbesserung der Wirtschaftlichkeit oder Gebrauchsfähigkeit («nützlich») oder um die Verschönerung, die Ansehnlichkeit oder die

Bequemlichkeit («luxuriös») des betreffenden gemeinschaftlichen Bauteils geht (BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Die sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015, ZBJV 153 [2017], 645 f.). Soweit die baulichen Massnahmen der Beseitigung von Mängeln am gemeinschaftlichen Bauteil dienen, ist grundsätzlich von einer notwendigen Massnahme auszugehen (BGE 107 II 141 ff. [143], E. 2; vgl. dazu etwa auch CHRISTOPH THURNHERR, Bauliche Massnahmen bei Mit- und Stockwerkeigentum, Grundlagen und praktische Probleme, Zürcher Diss., Zürich/Basel/Genf 2010, Nr. 186). Das Interesse der einzelnen Stockwerkeigentümer an der Durchführung der baulichen Massnahmen kann immerhin mit Bezug auf die Kostentragung eine Rolle spielen. Nach Art. 712h Abs. 3 ZGB ist nämlich bei der Verteilung der Kosten zu berücksichtigen, wenn bestimmte gemeinschaftliche Bauteile, Anlagen oder Einrichtungen einzelnen Stockwerkeinheiten nicht oder nur in ganz geringem Masse dienen. Das Bundesgericht lehnt es zu Recht ab, diese Bestimmung auf die vorliegende Konstellation anzuwenden, da die Hülle des in Terrassenhäuser aufgegliederten Gebäudes als zwingend gemeinschaftlicher Teil der Erhaltung der gemeinsamen Sache zur langfristigen Nutzung dient und ihre Sanierung damit im Interesse sämtlicher Stockwerkeigentümer liegt (vgl. THURNHERR, a. a. O., Nr. 64).

### 1.2.2 Passivlegitimation bei der Dienstbarkeitsklage

*BGer 5A\_664/2019 vom 3. Dezember 2020*

*Ist beim Stockwerkeigentum die Stammparzelle mit einer Dienstbarkeit belastet und wird der Dienstbarkeitsberechtigte durch gemeinschaftliche Bauteile auf dem belasteten Grundstück in der Ausübung seines Rechts eingeschränkt, muss er die einzelnen Stockwerkeigentümer als notwendige passive Streitgenossenschaft einklagen; die Stockwerkeigentümergeinschaft ist nicht passivlegitimiert.*

B. B. und C. B. sind Gesamteigentümer des Grundstücks Nr. 427 der Gemeinde U. Das Nachbargrundstück Nr. 263 steht im Eigentum von A. Es ist seit 1968 zugunsten des Grundstücks Nr. 427 mit einem Fuss- und Fahrwegrecht belastet. Das Wegrecht mit einer Breite von 3 m stellt den einzigen Zugang zum berechtigten Grundstück dar. 2014 liess A. drei Einfamilienhäuser erstellen und gestaltete das

Grundstück zu Stockwerkeigentum mit drei Einheiten aus. Im Rahmen dieser Bauarbeiten wurden an bestimmten Stellen entlang des von der Dienstbarkeit betroffenen Wegs Blumentröge aufgestellt. In diesen Bereichen kann das Wegrecht nicht mehr in seiner vollen Breite ausgeübt werden. 2015 verkaufte A. eine der drei Stockwerkeinheiten an D. C. und E. C. Im Jahr 2016 erhoben B. B. und C. B. Klage gegen A. mit dem Rechtsbegehren, dieser sei zu verurteilen, die erforderlichen Arbeiten vorzunehmen, damit der Weg auf der gesamten Länge wieder eine Breite von 3 m aufweise. Die erste Instanz hiess die Klage gut. Das Kantonsgericht des Kantons Waadt wies die gegen diesen Entscheid erhobene Berufung ab. Das Bundesgericht tritt auf die von A. erhobene Beschwerde in Zivilsachen nicht ein, heisst die gleichzeitig eingereichte subsidiäre Verfassungsbeschwerde gut, hebt den vorinstanzlichen Entscheid auf und weist die Klage von B. B. und C. B. ab.

Der Beschwerdeführer macht vor Bundesgericht geltend, die Vorinstanz sei in Willkür verfallen, indem sie ihn bezüglich der von den Beschwerdegegnern erhobenen *Actio confessoria* für allein passivlegitimiert gehalten habe. Die Vorinstanz begründete ihre Auffassung damit, der Beschwerdeführer habe die fraglichen Arbeiten durch eine Firma, deren alleiniger Geschäftsführer er gewesen sei, zu einem Zeitpunkt vornehmen lassen, zu dem er das Eigentum an allen drei Stockwerkeinheiten auf sich vereinigt gehabt habe. Er müsse deshalb als Störer angesehen werden. Der Umstand, dass später – wenn auch vor Klageerhebung – eine Stockwerkeinheit veräussert worden sei, ändere daran nichts (E. 3.1).

Wird ein Dienstbarkeitsberechtigter in der Ausübung seiner Dienstbarkeit gestört, kann er mit der *Actio confessoria* gegen jeden Störer vorgehen, sei dieser Verhaltens- oder Zustandsstörer (E. 4). Belastet die Dienstbarkeit im Fall von Stockwerkeigentum die Stamm-parzelle, kann sich die Klage nicht gegen einen einzelnen Stockwerkeigentümer richten, da sich die Liegenschaft nicht zu Sonderrecht ausscheiden lässt. Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Dienstbarkeit die Stamm-parzelle belastet und die fraglichen Arbeiten vor der Veräusserung der einen Stockwerkeinheit erfolgt sind, die Klage aber erst danach eingereicht worden ist. Zwar trägt der Beschwerdeführer die Verantwortung für die Arbeiten und ist insofern Verhaltensstörer. Als Miteigentümer des belasteten Grundstücks ist er gleichzeitig aber auch Zustandsstörer. Da die Dienstbarkeit nicht seinen Stockwerkan-

teil, sondern die Stammparzelle belastet, kann er als Zustandsstörer entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht allein eingeklagt werden. Das angefochtene Urteil ist damit offensichtlich unhaltbar, da es nicht vollstreckt werden kann (E. 4.1).

Abschliessend befasst sich das Bundesgericht mit der Frage, ob die Passivlegitimation in der hier zu beurteilenden Konstellation bei den Stockwerkeigentümern als notwendige passive Streitgenossenschaft oder bei der Stockwerkeigentümergeinschaft liegt. Die bisherige Rechtsprechung zu dieser Frage ist uneinheitlich. In einem kürzlich ergangenen Leitentscheid (BGE 145 III 121 ff.) hat das Bundesgericht der Gemeinschaft die Passivlegitimation abgesprochen im Zusammenhang mit der Actio negatoria eines Stockwerkeigentümers, mit der sich dieser gegen von gemeinschaftlichen Bauteilen ausgehenden Störungen seines Sonderrechts zur Wehr setzen wollte. Zur Begründung führte es aus, die Stammparzelle stehe im Miteigentum der einzelnen Stockwerkeigentümer und nicht in demjenigen der Gemeinschaft. Zwar betraf dieser Entscheid das interne Verhältnis zwischen den Stockwerkeigentümern, er lässt sich aber auch auf ein externes Verhältnis anwenden, hält er doch für das interne Verhältnis lediglich fest, dass der betroffene Stockwerkeigentümer zunächst einen Beschluss der Versammlung herbeiführen muss und er erst, wenn dieser Weg (allenfalls auch nach erfolgreicher Anfechtungsklage) nicht zum Erfolg führt, die übrigen Stockwerkeigentümer als Zustandsstörer in ihrer Eigenschaft als Miteigentümer einklagen kann. Diese für die Actio negatoria ergangene Rechtsprechung lässt sich auf die Actio confessoria übertragen, wobei zu beachten ist, dass der Weg über den Beschluss ausser Betracht fällt, wenn es sich beim Dienstbarkeitsberechtigten um einen Dritten handelt, da ein Aussenstehender keinen Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung herbeiführen kann. Im vorliegenden Fall bilden damit die Stockwerkeigentümer eine notwendige passive Streitgenossenschaft (E. 4.2).

Das Bundesgericht überträgt seine in BGE 145 III 121 ff. für das interne Verhältnis ergangene Rechtsprechung zur Passivlegitimation im Zusammenhang mit Störungen, die von gemeinschaftlichen Teilen ausgehen, im Berichtsentscheid ohne weitere Ausführungen auf den Fall, dass die Klage von einem Dritten ausgeht. Das erstaunt. Nach E. 4.3.3 von BGE 145 III 121 ff. ist die Stockwerkeigentümergeinschaft unter anderem dann passivlegitimiert, «wenn

ein Dritter eine Handlung oder Leistung verlangt, die zu den gemeinschaftlichen Verwaltungsaufgaben zu rechnen ist». Das Bundesgericht setzt sich in diesem Entscheid mit der Frage auseinander, ob das Gesagte *im internen Verhältnis ebenfalls gilt*, weil nach jüngerer Lehre «auch ein Stockwerkeigentümer die Gemeinschaft ins Recht fassen können [soll], wenn sie im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit das Eigentumsrecht im Sinn des Sonderrechts des Einzelnen widerrechtlich verletzt oder übermässig auf dessen Einheit einwirkt». Zwar liegt nach E. 4.3.6 des Entscheids die Besonderheit im internen Verhältnis darin, dass zunächst der Weg über einen Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung eingeschlagen werden muss, bevor eine Klage auf Beseitigung der Störung möglich ist. Dass der gestörte Stockwerkeigentümer gegen die übrigen Stockwerkeigentümer klagen muss, weil diese aufgrund ihrer (Mit-)Eigentümerstellung am Grundstück als Zustandsstörer gelten, wird nicht als für das interne Verhältnis spezifischer Umstand bezeichnet. Gleichzeitig hält der Entscheid aber fest, dass es zu den Verwaltungsaufgaben der Gemeinschaft gehört, eine Störung des Nachbargrundstücks durch gemeinschaftliche Teile zu verhindern (so ausdrücklich E. 4.3.6 mit Bezug auf übermässige Immissionen durch auf dem zu Stockwerkeigentum ausgestalteten Grundstück gewachsene Bäume). Damit ist nach der oben zitierten E. 4.3.3 bei der Klage eines *Dritten* die Gemeinschaft passivlegitimiert («wenn ein Dritter eine Handlung [...] verlangt, die zu den gemeinschaftlichen Verwaltungsaufgaben zu rechnen ist»). Indem der Berichtsentcheid die Passivlegitimation der Gemeinschaft bei einer Störung, die von gemeinschaftlichen Teilen ausgeht, nun auch verneint, wenn die Klage von einer Drittperson ausgeht, setzt er sich in Widerspruch zu BGE 145 III 121 ff. Nach der hier vertretenen Auffassung überzeugt die Begründung des Bundesgerichts nicht, die Stockwerkeigentümer müssten als Zustandsstörer angesehen werden, da sie (und nicht etwa die Gemeinschaft) Eigentümer des Grundstücks seien. Die Begriffe «Verhaltensstörer» und «Zustandsstörer» kommen aus dem Polizeirecht (BGE 144 II 332 ff. [336], E. 3.1). Das Bundesgericht verwendet sie aber auch im Bereich der sachenrechtlichen Abwehrklagen (BGer 6B\_49/2021, E. 4.5). Nach der Rechtsprechung ist Zustandsstörer, «wer die tatsächliche oder rechtliche Herrschaft über Sachen hat, welche den Besitz oder das Eigentum eines anderen unmittelbar stören oder gefährden» (BGE 145 III 121 ff. [123], E. 4.1). Dabei mag es sich in

erster Linie um den Eigentümer des Grundstücks handeln, von dem die Störung ausgeht. Es fallen aber auch andere Personen wie namentlich der Verwalter dieses Grundstücks in Betracht, da Anknüpfungspunkt der Zustandshaftung die Verfügungsmacht ist, die es dem Gewalthaber erlaubt, die Störung zu verhindern oder zu beseitigen (BGE 114 Ib 44 ff. [50], E. 2c/aa). «Verwalter» in diesem Sinn ist bei einer Störung, die von gemeinschaftlichen Teilen eines zu Stockwerkeigentum ausgestalteten Grundstücks ausgeht, die Stockwerkeigentümergeinschaft. Ihr muss damit auch die Passivlegitimation zukommen (die Passivlegitimation für die im Berichtsentcheid zu beurteilende Konstellation ebenfalls bejahend VALENTIN PICCININ, *La propriété par étages en procès*, Freiburger Diss., Genf/Zürich/Basel 2015 [AISUF Band 354], Nr. 257; kritisch zur Verneinung der Passivlegitimation der Gemeinschaft in BGE 145 III 121 ff. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Die sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2019, ZBJV 156 [2020], 359).

### 1.2.3 *Aufteilung der Pfandsumme auf die einzelnen Einheiten bei Bauarbeiten an einem Grundstück im Stockwerkeigentum*

*BGE 146 III 7 ff. (5A\_919/2018) = Pra 2020 Nr. 99*

Siehe dazu unten 2.2.1

## 2. Beschränkte dingliche Rechte

### 2.1 Dienstbarkeiten

#### 2.1.1 *Ermittlung des Zwecks / natürliche Publizität*

*BGer 5A\_873/2018 vom 19. März 2020*

*Zur Ermittlung des Zwecks einer Dienstbarkeit ist zunächst nach der in Art. 738 ZGB vorgesehenen Stufenordnung vorzugehen. Nur wenn weder das Stichwort noch der Errichtungsakt die Frage nach dem Zweck beantworten, darf die mutmassliche Interessenlage zur Zeit der Errichtung der Dienstbarkeit herangezogen werden. – Der Umstand, dass bauliche Anlagen oder Bäume auf dem belasteten*

*Grundstück im Moment des Erwerbs des berechtigten Grundstücks die Ausübung eines Wegrechts verhindern, bedeutet nicht, dass der Erwerber sich hinsichtlich des Bestands des Wegrechts nicht auf den Grundbucheintrag verlassen durfte; der Grundsatz der natürlichen Publizität findet insofern keine Anwendung.*

Zulasten des Grundstücks Nr. www und zugunsten unter anderem des Grundstücks Nr. xxx ist im Grundbuch ein Wegrecht eingetragen, das im Errichtungsakt aus dem Jahr 1867 folgendermassen umschrieben wird: «a. von seinem Heimwesen den Fussweg entlang durch diesseitigen Schopf gegen T. und das U. durch den vorhandenen Weg fahren zu können. b. sollte er mit Ladung nicht durch den Schopf fahren können, so ist er berechtigt, über der Brügg durch diesseitige Hofstatt zu fahren». Die Grundstücke liegen in Hanglage mit einem Gefälle von Norden nach Süden. Das Grundstück Nr. xxx grenzt im Osten an das Grundstück Nr. www. Das in lit. a des Errichtungsakts beschriebene «Hauptwegrecht» führt vom Wohnhaus auf dem Grundstück Nr. xxx in östlicher Richtung durch den Schopf des Wohnhauses auf dem Grundstück Nr. www hindurch weiter auf einen Feldweg über das Grundstück Nr. zzz, der nach T. und U. führt. Für die Benutzung dieses Feldwegs besteht ein Wegrecht zulasten des Grundstücks Nr. zzz und zugunsten des Grundstücks Nr. xxx. Das «Ausweichwegrecht» nach lit. b des Errichtungsakts soll hangaufwärts (also nördlich des Schopfes) ausgeübt werden, bevor es in den bereits genannten Feldweg einmündet. Das Grundstück Nr. xxx ist seit 1987 durch eine Gemeindestrasse erschlossen. Eine direkte Zufahrt zu dem auf dem Grundstück befindlichen Wohnhaus fehlt; es ist aber über die Gemeindestrasse zu Fuss über einen 80 cm breiten Weg mit einer Neigung zwischen 16% und 18,5% erreichbar. 2012 klagte B., Eigentümer des Grundstücks Nr. www, auf Löschung des Wegrechts, eventuell auf dessen Verlegung. A., Eigentümer des Grundstücks Nr. xxx, verlangte die Abweisung der Klage und beantragte widerklageweise, B. sei zur Freihaltung der Wege für den Fuss- und Fahrverkehr zu verpflichten. Die erste Instanz hiess die Klage gut und wies die Widerklage ab. Gegen diesen Entscheid erhob A. Berufung, die das Obergericht des Kantons Bern abwies. Das Bundesgericht heisst die von A. gegen dieses Urteil eingereichte Beschwerde in Zivilsachen gut, soweit es darauf eintritt, weist das Klagebegehren auf Löschung des zugunsten

des Grundstücks Nr. xxx bestehenden Wegrechts ab und weist die Sache zur Beurteilung der Widerklage an die Vorinstanz zurück.

Gemäss Art. 736 Abs. 1 ZGB kann der Eigentümer des von einer Dienstbarkeit belasteten Grundstücks die Löschung des Rechts verlangen, wenn es für das berechnigte Grundstück alles Interesse verloren hat. Vor Bundesgericht sind sämtliche Voraussetzungen betreffend die Löschung der Dienstbarkeit streitig. Zu beurteilen ist unter anderem, welchen Zweck das Wegrecht hat und ob es überhaupt noch ausgeübt werden kann (E. 2.3). Die Parteien gehen nunmehr immerhin übereinstimmend davon aus, dass das Wegrecht ein Fuss- und ein Fahrwegrecht umfasst (E. 3.2.1).

Die beiden Vorinstanzen haben den Zweck des Wegrechts anhand des historischen Kontextes ermittelt. Das Wegrecht sei zugunsten eines sog. Taunerhauses, einer Behausung von Kleinbauern, die einem Zusatzerwerb als Tagelöhner nachgingen, errichtet worden. Vor diesem Hintergrund und in Anbetracht der damaligen Bedürfnisse der Tauner habe sich das Wegrecht auf Transporte von Waren und Kleingütern zu Wohn- oder Landwirtschaftszwecken beschränkt und nicht auch Erholungszwecke umfasst (E. 3.1 und 3.2). Das Bundesgericht ruft in Erinnerung, dass zur Ermittlung des Zwecks einer Dienstbarkeit primär auf den Grundbucheintrag abzustellen ist (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Ergibt sich der Zweck nicht aus dem Stichwort, so gilt jener Zweck, der aus dem Dienstbarkeitsvertrag selbst hervorgeht oder objektiv zu erkennen ist (Art. 738 Abs. 2 ZGB). Nur wenn die Auslegung des Dienstbarkeitsvertrags zu keinem eindeutigen Resultat führt, sind die Interessen zur Zeit der Errichtung aufgrund der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks heranzuziehen. Im vorliegenden Fall ergibt sich aus dem Vertragstext, dass einzig die Nutzung der berechtigten Grundstücke (in Form von Wohnen und Bauern) den Zweck des Wegrechts begründet und beschränkt. Der Zweck geht nicht nur aus dem Dienstbarkeitsvertrag selbst hervor, er ist aufgrund der örtlichen Gegebenheiten auch objektiv erkennbar. In Anbetracht dessen ist das Vorgehen der Vorinstanzen unzulässig, den Zweck durch Heranziehen der mutmasslichen Interessenlage zur Zeit der Errichtung der Dienstbarkeit zu ermitteln und dadurch im Vergleich zum Vertragstext massiv einzuschränken. Die über das Internet ermittelte Interessenlage der Vertragsparteien, die sich im Jahr 1867 gegenüberstanden, ist heute auch nicht objektiv erkennbar. Es handelt sich dabei ausserdem lediglich um eine Hypothese, die eben-



so gut anders lauten könnte. Schliesslich steht der von den Vorinstanzen ermittelte Zweck im Widerspruch zum Dienstbarkeitsvertrag; so lässt sich etwa nicht erklären, warum sich die Dienstbarkeitsberechtigten, wenn sie tatsächlich nur Kleingüter transportieren wollten, in lit. b des Errichtungsaktes ein Ausweichwegrecht für grosse Transporte haben einräumen lassen. Es besteht nach dem Gesagten kein Grund, mit Bezug auf den Zweck vom Wortlaut des Dienstbarkeitsvertrags abzuweichen (E. 3.6).

Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass das *Fahrwegrecht* zugunsten des Grundstücks Nr. xxx auf der festgestellten Haupt- und Ausweichstrecke wegen eines Mäuerchens, Obstbäumen und eines Schopftors nicht mehr ausgeübt werden könne und die Dienstbarkeit deshalb für den Beschwerdeführer alles Interesse verloren habe. Es sei unzulässig, diese Hindernisse in freier Wahl der Route zu umfahren. Mäuerchen, Obstbäume und Schopftor hätten im Moment, in dem der Beschwerdeführer das berechnete Grundstück erworben habe, bereits existiert. Aufgrund der natürlichen Publizität müsse er sich die nach aussen sichtbare Beschaffenheit des Grundstücks entgegenhalten lassen; er habe nicht gutgläubig auf den Grundbucheintrag vertrauen dürfen. Das Bundesgericht folgt dieser Auffassung nicht. Der Grundsatz der natürlichen Publizität bedeutet bei Wegrechten insbesondere, dass die für die Ausübung der Dienstbarkeit erforderlichen, nach aussen sichtbaren baulichen Anlagen auf dem belasteten Grundstück in der Regel auch Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit bestimmen und insofern den guten Glauben des Erwerbers des berechtigten Grundstücks in einen allgemein gehaltenen Grundbucheintrag zerstören können. Im vorliegenden Fall geht es aber gerade nicht um Anlagen, welche die Ausübung der Dienstbarkeit ermöglichen sollen, sondern im Gegenteil um solche, die den Beschwerdeführer daran hindern, sein Wegrecht auszuüben. Sie können deshalb seinen guten Glauben in das Grundbuch nicht erschüttern. Weiter setzt sich das Bundesgericht mit der Frage auseinander, ob in Anbetracht der Hindernisse der Beschwerdeführer oder seine Rechtsvorgänger durch konkludentes Verhalten auf die Dienstbarkeit verzichtet haben. Nach der Rechtsprechung darf die Nichtausübung einer Dienstbarkeit während längerer Zeit nur dann als Verzichtserklärung verstanden werden, wenn die Umstände klar darauf hindeuten und eine andere Auslegung höchst unwahrscheinlich (oder ausgeschlossen) erscheint. Das Bundesgericht hat in mehreren Fällen, in denen

Anlagen oder Pflanzen die Ausübung eines Wegrechts ver- oder behinderten, ohne dass die zum Zeitpunkt der Errichtung oder Pflanzung wegrechtsberechtigte Person dagegen opponiert hätte, einen Verzicht auf die Dienstbarkeit verneint. Auch im vorliegenden Fall kann nicht von einem eindeutigen konkludenten Verzicht des Beschwerdeführers oder seiner Rechtsvorgänger ausgegangen werden, da das Schopftor geöffnet, das Mäuerchen abgerissen und die Bäume gestutzt oder gefällt werden können (E. 5). Mit Bezug auf das *Fusswegrecht* zugunsten des Grundstücks Nr. xxx kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass der Weg über die Gemeindestrasse keine gleichwertige Alternative darstellt, die ein Interesse an der Dienstbarkeit dahinfallen liesse, da dieser länger und insbesondere auch steiler ist als der Weg über das belastete Grundstück (E. 6). Eine Löschung des zugunsten des Grundstücks Nr. xxx bestehenden Wegrechts fällt damit ausser Betracht (E. 8.1).

Gemäss BGE 137 III 153 ff. (156), E. 4.1.3, kann der gute Glaube des Erwerbers in das Grundbuch durch die natürliche Publizität zerstört werden, «die darin besteht, dass der Rechtsbestand im physischen Zustand der Liegenschaft nach aussen sichtbar in Erscheinung tritt». Der gute Glaube des Erwerbers kommt allerdings nur dann zum Zug, wenn ein Rechtsmangel vorliegt, das Grundbuch mit anderen Worten nicht mit der tatsächlichen Rechtslage übereinstimmt (JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2017, Nr. 1281b). Das wäre bei der hier interessierenden Konstellation der Fall, wenn die Dienstbarkeit entgegen dem Grundbucheintrag nicht mehr bestehen würde. Denkbar wäre namentlich, dass die Ausübung der Dienstbarkeit unmöglich geworden ist (BGE 121 III 52 ff. [54 f.], E. 3a) oder der Berechtigte einseitig auf sein Recht verzichtet hat. In beiden Fällen geht die Dienstbarkeit ausserbuchlich unter (vgl. etwa PETER LIVER, Zürcher Kommentar, IV. Band: Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten [Art. 730 bis 792], Erster Band: Die Grunddienstbarkeiten [Art. 730 bis 744], 3. A., Zürich 1980, N 102 zu Art. 736 ZGB). Das Bundesgericht verneint für den vorliegenden Fall zu Recht ein Erlöschen der Dienstbarkeit (und damit indirekt auch das Vorliegen eines Rechtsmangels): Der blosser Umstand, dass sich auf dem Trasse des Wegrechts bauliche Anlagen und Bäume befinden, bedeutet nicht, dass die Ausübung der Dienstbarkeit nicht mehr möglich ist, da sich die Hindernisse entfernen lassen. Aus

dem Bestehen der Hindernisse allein kann ausserdem nicht abgeleitet werden, es liege ein einseitiger Verzicht auf das Recht durch konkludentes Verhalten vor (vgl. dazu ausführlich, namentlich auch zur Unterscheidung zwischen dem Verzicht auf die *Ausübung* des Rechts und dem Verzicht auf das Recht selbst *LIVER*, a. a. O., N 97 ff. zu Art. 734 ZGB). Der Grundsatz der natürlichen Publizität findet im vorliegenden Fall demnach schon deshalb keine Anwendung, *weil es an einem Rechtsmangel fehlt*. Wäre die Dienstbarkeit hingegen ausserbuchlich und ohne anschliessende Nachführung des Grundbuchs untergegangen, läge also mit anderen Worten ein Rechtsmangel vor, hätten die örtlichen Gegebenheiten den guten Glauben des Erwerbers allenfalls zerstören können. Die natürliche Publizität mag also durchaus auch mit Bezug auf Hindernisse, welche die Ausübung der Dienstbarkeit erschweren oder verhindern, eine Rolle spielen (vgl. dazu *SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP*, a. a. O., Nr. 1281b). Nach dem Gesagten kann der Begründung des Bundesgerichts nicht gefolgt werden, wonach der Grundsatz der natürlichen Publizität keine Anwendung findet, weil es hier nicht wie in den bisher beurteilten Fällen um bauliche Anlagen geht, die für die Ausübung der Dienstbarkeit erforderlich sind, sondern um solche, welche die Ausübung gerade verhindern (vgl. E. 5.6). Im Ergebnis ist dem Entscheid aber zuzustimmen.

### 2.1.2 *Passivlegitimation bei der Dienstbarkeitsklage*

*BGer 5A\_664/2019 vom 3. Dezember 2020*

Siehe dazu oben 1.2.2

## 2.2 **Grundpfandrechte**

### 2.2.1 *Aufteilung der Pfandsumme auf die einzelnen Einheiten bei Bauarbeiten an einem Grundstück im Stockwerkeigentum*

*BGE 146 III 7 ff. (5A\_919/2018) = Pra 2020 Nr. 99*

*Erbringt ein Bauhandwerker Arbeiten auf einem im Stockwerkeigentum stehenden Grundstück, die sowohl gemeinschaftliche Teile als auch Teile im Sonderrecht betreffen, muss er die verschiedenen Leistungen zunächst den einzelnen Gebäudeteilen zuordnen und die*

*Kosten dann entsprechend den allgemeinen Regeln auf die jeweiligen Stockwerkanteile verteilen. Eine schematische Aufteilung sämtlicher Aufwendungen nach Massgabe der Wertquoten kann nur ganz ausnahmsweise erfolgen, nämlich wenn eine individualisierte Berechnung nicht möglich oder unverhältnismässig ist. Dem Bauhandwerker obliegt die Behauptungs- und Beweislast für die Umstände, die diese Voraussetzung als erfüllt erscheinen lassen.*

Das zu Stockwerkeigentum ausgestaltete Grundstück Nr. 730 verfügt über vier Einheiten mit einer Wertquote von je 250/1000. Je eine Einheit steht im Eigentum von E., B., C. und F. Im Jahr 2000 schlossen C. und F. mit der A. SA einen Werkvertrag über die Baumeisterarbeiten («lavori di capomastro») für die Erstellung von zwei unterirdisch miteinander verbundenen Villen auf dem Grundstück. Die A. SA löste den Werkvertrag vor Abschluss der Arbeiten auf den 25. April 2002 auf. Sie liess zunächst superprovisorisch und dann provisorisch auf den vier Stockwerkeinheiten Bauhandwerkerpfandrechte eintragen und klagte dann unter anderem gegen E. und B. auf definitive Eintragung. Der Einzelrichter hiess die Klage teilweise gut. Das Tribunale d'appello des Kantons Tessin hiess die von den Beklagten gegen diesen Entscheid erhobene Berufung gut, wies die Klage ab und verfügte die Löschung der entsprechenden Vormerkungen im Grundbuch. Das Bundesgericht weist die Beschwerde in Zivilsachen der A. SA ab, soweit es darauf eintritt.

Vor Bundesgericht ist umstritten, ob im vorliegenden Fall die Pfandsomme auf die verschiedenen Stockwerkeinheiten, wie vom Einzelrichter angenommen, gestützt auf deren Fläche und die Bedeutung («pertinenza») der gemeinschaftlichen Teile statt auf der Grundlage der an den einzelnen Einheiten vorgenommenen Arbeiten aufgeteilt werden kann. Nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht der Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts an dem Grundstück, auf dem der Handwerker Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert hat. Nach dem in dieser Norm enthaltenen Spezialitätsprinzip muss das Pfandobjekt, das für den vom Bauhandwerker geschaffenen Mehrwert Sicherheit bieten soll, genau bestimmt werden. Werden Bauarbeiten auf mehreren Grundstücken erbracht, müssen Teilpfandrechte im Sinn von Art. 798 Abs. 2 ZGB errichtet werden, welche die einzelnen Grundstücke nur mit dem Anteil der Forderung belasten, für den der jeweilige Eigentümer einzustehen hat. Es obliegt deshalb

dem Bauhandwerker, für jedes Grundstück genau über die erbrachten Arbeiten und das gelieferte Material sowie den in Rechnung gestellten Einheitspreis Buch zu führen und nach Abschluss der Arbeiten separat abzurechnen. Es ist grundsätzlich nicht zulässig, die Gesamtkosten abstrakt auf die Grundstücke zu verteilen oder eine Aufteilung der Kosten etwa nach dem Volumen der Grundstücke vorzunehmen. Geht es um Stockwerkeigentum und profitieren mehrere Einheiten von den Bauarbeiten, sind – sofern nicht ausnahmsweise die Voraussetzungen für ein Gesamtpfand erfüllt sind – Teilpfandrechte an den einzelnen Einheiten zu errichten, und zwar in Höhe des Teils der Forderung, der auf den einzelnen Stockwerkeigentümer entfällt. Betreffen die Bauarbeiten gemeinschaftliche Teile und ist mindestens ein Stockwerkeigentumsanteil bereits mit einem Pfandrecht belastet, muss der Bauhandwerker die Pfandsumme nach Massgabe der jeweiligen Wertquote auf die einzelnen Anteile aufteilen, um entsprechende Teilpfandrechte eintragen zu lassen (E. 2.1). Hat der Bauhandwerker an mehreren Einheiten (Grundstücken oder Stockwerkeinheiten) in einem Zug Arbeiten erbracht, die funktional zusammenhängen, liegt, selbst wenn die Arbeiten auf verschiedenen Verträgen beruhen, eine einheitliche Bauleistung vor, und die Frist von Art. 839 Abs. 2 ZGB beginnt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für sämtliche Arbeiten erst mit Vollendung der letzten zur einheitlichen Bauleistung gehörenden Arbeit zu laufen. Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht in zwei unpublizierten Entscheiden (BGer 5A\_682/2010 und 5A\_683/2010) auf den ähnlich komplexen Fall übertragen, dass Arbeiten global in Rechnung gestellt werden bezüglich einer gemeinsamen Vorrichtung, die sich, wenn auch zu ungleichen Teilen, über mehrere Grundstücke erstreckt. Es kam zum Schluss, dass es dem Bauhandwerker aufgrund der speziellen Konstellation nicht zumutbar war, für jedes Grundstück eine separate Abrechnung vorzunehmen. In derartigen Fällen kann die Aufteilung der Kosten auf die einzelnen Grundstücke über ein Gutachten erfolgen (E. 2.2).

Die Beschwerdeführerin macht vor Bundesgericht geltend, eine Aufteilung auf die einzelnen Grundstücke anhand der konkret erbrachten Arbeits- und Materialeleistungen sei nach der Rechtsprechung bei Umständen, wie sie hier vorlägen, nicht möglich, wenn die ausgeführten Bauarbeiten auch gemeinschaftliche Teile betreffen. Das Bundesgericht folgt dieser Argumentation nicht. Aufgrund des Spezialitätsprinzips muss der Bauhandwerker das Grundstück, das vom Pfandrecht

betroffen ist, bestimmt angeben und die erbrachten Leistungen und in Rechnung gestellten Kosten für jedes Grundstück einzeln aufzuführen. Zwar ist eine analoge Anwendung der erwähnten Rechtsprechung über den Fristenlauf auf die Bestimmung des Umfangs der Pfandsumme und des Pfandobjekts nicht ausgeschlossen. Sie hat aber mit grösster Vorsicht und nur unter der Voraussetzung zu erfolgen, dass es im konkreten Fall tatsächlich unmöglich ist, eine separate Aufschlüsselung und Fakturierung vorzunehmen. Es obliegt dem Bauhandwerker, die Umstände zu behaupten und zu beweisen, die im konkreten Fall dafür sprechen, dass diese Voraussetzung erfüllt ist. Die vorliegende Konstellation lässt sich nicht mit dem in BGer 5A\_682/2010 und 5A\_683/2010 beurteilten Sachverhalt vergleichen. In diesem Fall handelte es sich beim Bauhandwerker nicht um einen Generalunternehmer, sondern um einen Subunternehmer; er war deshalb nicht verpflichtet, zwischen den für die einzelnen Bauten erbrachten Leistungen zu unterscheiden. Weiter hätten die erbrachten Arbeiten (unter anderem das Giessen von Beton) jeweils den Beizug eines Geometers erfordert, um eine separate Abrechnung für die betroffenen Grundstücke erstellen zu können, was offensichtlich unverhältnismässig gewesen wäre. Die Beschwerdeführerin beschränkt sich darauf, die Ähnlichkeit dieser Konstellation mit dem vorliegenden Sachverhalt zu behaupten. Sie zeigt nicht auf, warum sie nicht in der Lage gewesen sein soll, die Leistungen im Verlauf der Bauarbeiten korrekt zu verbuchen. Überdies war sie nicht Subunternehmerin, sondern Unternehmerin im Sinn der Art. 363 ff. OR, weshalb es ihr oblag, von Anfang an ein System der Rechnungsstellung nach Baufortschritt anhand der Kostenvoranschläge einzurichten (E. 4.1). Sie hätte darlegen müssen, warum es bei den infrage stehenden Bauten nicht möglich oder unverhältnismässig war, von vorneherein eine für jede Stockwerkeinheit separate Inrechnungstellung der Leistungen vorzusehen. In Anbetracht dessen, dass eine schematische Aufteilung der Kosten die Ausnahme darstellt, genügt der blosser Hinweis auf Faktoren, die eine individualisierte Berechnung schwierig machen könnten, dafür nicht (E. 4.4.1).

Die Aufteilung der Pfandsumme auf die einzelnen Stockwerkeinheiten kann den Bauhandwerker im konkreten Fall vor grosse Herausforderungen stellen. Die Grundregeln sind allerdings klar: Nach Lehre und Rechtsprechung müssen die Kosten für Bauarbeiten, die sich auf gemeinschaftliche Teile beziehen, nach den Wertquoten auf

die einzelnen Einheiten aufgeteilt werden. Kosten, die lediglich Teile im Sonderrecht betreffen, sind der entsprechenden Stockwerkeinheit zu belasten (vgl. dazu neben E. 2.1.3 des Berichtsentseids etwa PAUL-HENRI STEINAUER, *Les droits réels*, Tome III, 4. A., Bern 2012, Nr. 2880 mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall sind offenbar sowohl gemeinschaftliche Teile als auch Teile im Sonderrecht von den Bauarbeiten betroffen, auch wenn sich aus dem Sachverhalt nicht ganz klar ergibt, welche Bauarbeiten genau erbracht worden sind. Unter A.a des Entscheids ist von «*lavori di capomastro*» die Rede, was dafür spricht, dass es um die Erstellung des Rohbaus der beiden Villen geht. Bei derartigen Konstellationen nimmt die überwiegende Lehre an, dass die Arbeiten zunächst nach der Art der Gebäudeteile (gemeinschaftlich oder im Sonderrecht) zu unterscheiden und dann entsprechend den genannten Grundregeln zuzuweisen sind (vgl. etwa AMÉDÉO WERMELINGER, *Zürcher Kommentar*, Art. 712a–712t ZGB, *Das Stockwerkeigentum*, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2019, N 130 zu Art. 712c ZGB; TAMARA BERCHTOLD, *Zur Revisionsbedürftigkeit des Bauhandwerkerpfandrechts und ein Vorschlag zur Neuformulierung von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB*, Diss. Zürich 2008, 134). SCHUMACHER spricht sich hingegen dafür aus, in diesem Fall die Stockwerkeinheiten *quotenproportional* mit dem *gesamten* Vergütungsanspruch zu belasten; vorbehalten bleiben immerhin Ansprüche für Arbeiten an Teilen im Sonderrecht, die (für den Unternehmer erkennbar) über den Standardausbau hinausgehen (RAINER SCHUMACHER, *Das Bauhandwerkerpfandrecht*, *Systematischer Aufbau*, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2008, Nr. 792 ff.; DERSELBE, *Stockwerkeigentum und Bauhandwerkerpfandrecht: Komplexitätsfallen*, in: Amédéo Wermelinger [Hrsg.], *Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2013*, Bern 2013, 65 ff. [93 f.]). Diese Auffassung wird unter anderem damit begründet, dass die «(physische) Unterscheidung zwischen Bauteilen im Sonderrecht und gemeinschaftlichen Bauteilen [...] teilweise unmöglich bzw. wegen des übermässigen Aufwandes unzumutbar und deshalb als Kriterium oft unbrauchbar» ist (SCHUMACHER, *Bauhandwerkerpfandrecht*, Nr. 793). Das Bundesgericht gibt zwar die Meinung von SCHUMACHER wieder (vgl. E. 2.2.3), verwirft sie dann aber mit der knappen Begründung, sie sei isoliert geblieben; ausserdem komme eine schematische Aufteilung der Kosten nur ganz ausnahmsweise in Betracht (E. 4.1.2). Nach der hier vertretenen Ansicht zeigt gerade der Fall des Rohbaus die Berechtigung von SCHUMACHERS Überlegungen. So lässt sich z. B. häufig nur

mittels der statischen Pläne oder über eine Expertise feststellen, ob eine Innenwand im Sinn von Art. 712b Abs. 2 Ziff. 2 ZGB für die konstruktive Gliederung und Festigkeit des Gebäudes von Bedeutung ist und damit einen gemeinschaftlichen Teil darstellt (SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Nr. 793). Die Schwierigkeit, die Leistungs- zuordnung vorzunehmen, wird auch von denjenigen Autoren betont, die von einer Aufteilung nach den Grundregeln ausgehen. Sie sprechen sich deshalb ebenfalls dafür aus, die Pfandsomme nach der Wertquote auf die einzelnen Einheiten aufzuteilen, wenn sich die Leistungen nicht oder nur mit einem unverhältnismässigen Aufwand den verschiedenen Gebäudeteilen zuordnen lassen (BERCHTOLD, a. a. O., 134 f.; MICHÈLE GASSER/ALEXANDRA MÄUSLI/ROGER WEBER, in: Peter Münch/Peter Karlen/Thomas Geiser [Hrsg.], Beraten und Prozessieren in Bausachen, Vierter Band, Basel/Genf/München 1998, Rz. 13.24; ARTHUR MATHIS, Das Bauhandwerkerpfandrecht in der Gesamtüberbauung und im Stockwerkeigentum, St. Galler Diss., Bern 1988, 62 f.). Sollte es im vorliegenden Fall tatsächlich um die Erstellung des Rohbaus gegangen sein, wäre es deshalb nicht erstaunlich, dass der Bauhandwerker auf eine separate Buchführung verzichtet und der Gutachter in Ermangelung einer solchen eine Aufteilung der Kosten nach den Wertquoten («suddivisione dei costi per millesimi») vorgenommen hat (vgl. die unpublizierte E. 4.4.2; dazu auch MATHIS, a. a. O., 62, wonach für Leistungen der Rohbauphase I, wie z. B. Maurerarbeiten und Fertigbetonlieferungen, eine Aufteilung nach den Wertquoten «die einzige vernünftige Lösung» sei). Es erscheint übermässig hart, die Klage in derartigen Fällen mit der Begründung abzuweisen, der Bauhandwerker hätte klar und detailliert («in modo chiaro e dettagliato»; E. 4.4.1) die Umstände darlegen müssen, aufgrund derer eine individualisierte Aufteilung der Leistungen nicht möglich oder unverhältnismässig war, und sich nicht mit dem blossen Hinweis auf die Schwierigkeit der Berechnung begnügen dürfen.

Bemerkenswert ist schliesslich, dass die Vorinstanz (wie das Bundesgericht) die Klage auf definitive Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte für diese zwei Einheiten abgewiesen, in einem separaten Verfahren die Klage hinsichtlich der beiden anderen, im Eigentum der Vertragspartner der Beschwerdeführerin stehenden Stockwerkeinheiten hingegen gutgeheissen hat, wobei letzteres Urteil in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. den unveröffentlichten Teil B.c des Sachverhalts).



### *2.2.2 Herabsetzung eines gepfändeten Eigentümerschuldbriefs auf den Betrag des Erlöses im Fall der Verwertung?*

*BGE 146 III 426 ff. (5A\_806/2019) = Pra 2020 Nr. 123*

*Art. 156 Abs. 2 SchKG, wonach ein vom Grundeigentümer zu Faustpfand begebener Eigentümer- oder Inhabertitel im Fall separater Verwertung auf den Betrag des Erlöses herabgesetzt wird, findet auf gepfändete Eigentümerschuldbriefe weder direkte noch analoge Anwendung.*

Am 17. Oktober 2012 pfändete das zuständige Betreibungsamt gestützt auf eine von A. gegen B. erhobene Betreibung provisorisch zwei im Eigentum von B. stehende Grundstücke. Am 30. Oktober 2012 errichtete B. einen Inhaberschuldbrief (Eigentümerschuldbrief) im 1. Rang auf den beiden Grundstücken, den das Betreibungsamt am 22. November 2012 pfändete. Die infolge der provisorischen Pfändung im Grundbuch vorgemerkten Verfügungsbeschränkungen hinsichtlich der beiden Grundstücke wurden am 29. November 2012 wieder gelöscht. Im Jahr 2017 übertrug B. das Eigentum an den Grundstücken auf seine damalige Ehefrau. Im Oktober 2018 verfügte das Betreibungsamt die Verwertung des gepfändeten Schuldbriefs über eine Versteigerung nach Art. 125 ff. SchKG. Die Steigerungsbedingungen hielten in Ziffer 11 unter anderem fest, dass Art. 156 Abs. 2 SchKG, wonach zu Faustpfand begebene Eigentümer- oder Inhabertitel auf den Betrag des Erlöses herabgesetzt werden, keine Anwendung findet. Gegen diese Bestimmung erhob B. Beschwerde, die das zuständige Bezirksgericht abwies. Das Obergericht des Kantons Zürich hiess die dagegen erhobene Beschwerde gut. A. gelangte daraufhin mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Dieses hebt das vorinstanzliche Urteil auf und hält fest, dass Ziffer 11 der Steigerungsbedingungen in ihrer ursprünglichen Fassung bestehen bleibt.

Nach Ansicht der Vorinstanz liegt in Bezug auf gepfändete Eigentümer- und Inhabertitel eine echte Lücke vor, die durch eine analoge Anwendung von Art. 156 Abs. 2 SchKG zu schliessen ist (E. 2). Das Bundesgericht legt die Bestimmung zunächst anhand des grammatikalischen, des systematischen, des teleologischen und des historischen Elements aus und kommt implizit zum Schluss, dass sie nur auf zu Faustpfand begebene Eigentümer- und Inhabertitel (direkte) Anwendung findet. Davon gehen auch die überwiegende Lehre sowie

kantonale Entscheide aus (E. 3.2). Das Problem, das der Gesetzgeber seinerzeit mit der Einführung von Art. 156 Abs. 2 SchKG für verpfändete Titel behoben hat, nämlich die Möglichkeit, dass sich der Faustpfandgläubiger durch die Ersteigerung des Schuldbriefs und anschließender Verwertung des Grundstücks bereichert, kann auch bei der Pfändung und Verwertung eines Inhaber- oder Eigentümerschuldbriefs auftreten. Das Bundesgericht prüft deshalb, ob mit Bezug auf die Behandlung gepfändeter Eigentümer- und Inhabertitel ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt, was die Annahme einer echten Lücke verbieten würde. Zwar gibt es keine Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet hat, gepfändete Titel wie verpfändete zu behandeln. Es ist aber davon auszugehen, dass es ihm mit der Einführung von Art. 156 Abs. 2 SchKG um die Lösung des Problems mit Bezug auf verpfändete Titel und damit um einen spezifischen und punktuellen Eingriff ging. Hinsichtlich der gepfändeten Titel scheint es in der Praxis eher selten zu Situationen zu kommen, die einer Korrektur durch das Gericht oder den Gesetzgeber bedürften. Da der Gesetzgeber davon abgesehen hat, die Problematik umfassend zu lösen, kann nicht von einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes gesprochen werden. Es liegt mit anderen Worten keine echte Lücke vor. Gepfändete Titel sind demzufolge so zu behandeln, wie es vor dem Inkrafttreten von Art. 156 Abs. 2 SchKG auch für verpfändete Titel der Fall war. Es lässt sich also nicht ausschliessen, dass sich der Gläubiger im konkreten Fall bereichert. Dieses Ergebnis mag unbefriedigend sein, eine Korrektur kann aber nur über den Gesetzgeber erfolgen. Das gilt umso mehr, als unklar ist, ob hinsichtlich der gepfändeten Titel tatsächlich die in Art. 156 Abs. 2 SchKG vorgesehene Regelung zu wählen wäre, da auch andere Lösungen in Betracht kämen wie etwa die punktuelle Lockerung der Abstraktheit der vom Ersteigerer erworbenen Schuldbriefforderung oder die Einführung einer Anrechnungspflicht. Denkbar wäre auch, bei Eigentümer- und Inhabertiteln von der in Art. 95 Abs. 2 SchKG vorgesehenen Pfändungsreihenfolge abzuweichen und sofort das dahinterstehende Grundstück zu pfänden. Ein Abweichen von der Reihenfolge ist im Übrigen gestützt auf Art. 95 Abs. 4<sup>bis</sup> und 5 SchKG unter bestimmten Voraussetzungen bereits nach geltendem Recht möglich. Im vorliegend zu beurteilenden Fall hätte das Problem vermieden werden können, wenn die bereits gepfändeten Grundstücke nicht durch den Eigentümerschuldbrief ersetzt worden wären. Auch ein solches Verbot liesse sich gesetzlich vorsehen (E. 3.3).

Aus dem Gesagten folgt, dass die durch die Vorinstanz vorgenommene Lückenfüllung bundesrechtswidrig ist (E. 3.4).

### 2.2.3 *Subrogation des Drittpfand Eigentümers in die Rechtsstellung des Gläubigers*

*BGer 5A\_658/2019 vom 7. Juli 2020*

*Zwischen dem Drittpfand Eigentümer und dem Schuldbriefschuldner besteht in der Regel ein Auftragsverhältnis. Beahlt der Drittpfand Eigentümer den Gläubiger, so geht die Schuldbriefforderung von Gesetzes wegen auf ihn über (Art. 827 Abs. 2 ZGB). Statt die Schuldbriefforderung geltend zu machen, kann er die Rückerstattung der dem Gläubiger bezahlten Summe grundsätzlich auch gestützt auf Art. 402 Abs. 1 OR (Auslagenersatz) verlangen.*

Auf dem Grundstück Nr. 1850 befand sich ein Wohnhaus, das der Eigentümer B. B. seiner Tochter C. B. sowie deren Ehegatten A. seit Ende der 1970er-Jahre gratis als Familienwohnung zur Verfügung stellte. Ende der 1980er-Jahre kamen die beteiligten Parteien überein, das bestehende Wohnhaus abzureissen und an seiner Stelle einen Neubau zu errichten, der ebenfalls von der Tochter und ihrer Familie bewohnt werden sollte. Die Kosten für den Abriss und den Neubau sollten vollständig durch C. B. und A. getragen werden. Um dem Ehepaar die Aufnahme eines Baukredits zu ermöglichen, erklärte sich B. B. bereit, sein Grundstück mit drei Inhaberschuldbriefen zu belasten und diese der kreditgebenden Bank zu fiduziarischem Eigentum zu übertragen; Schuldner dieser Forderungen waren die Ehegatten. Der Neubau wurde im Lauf des Jahres 1991 errichtet. Um die Situation rechtlich abzusichern, errichteten die Parteien zugunsten des Ehepaares C. B. und A. sowie zulasten der Parzelle Nr. 1850 ein selbstständiges und dauerndes Baurecht, das nicht als Grundstück in das Grundbuch eingetragen wurde. 2001 trennte sich das Ehepaar, wobei A. weiterhin im Haus wohnen blieb. Während des Scheidungsverfahrens kam es zu Auseinandersetzungen darüber, wem das Haus zugesprochen werden sollte. Da sowohl A. als auch C. B. die Zahlung der Hypothekarzinsen einstellten, kündigte die kreditgebende Bank im Januar 2006 das Darlehen mit sofortiger Wirkung. Darüber hinaus kündigte sie die drei Schuldbriefforderungen auf den 31. Juli 2006. In der Folge gelangten die Schuldbriefe zunächst zu F., einem Freund

von A., der in das Darlehen eintrat, die offene Restschuld gegenüber der Bank beglich und A. ein Darlehen in entsprechender Höhe einräumte. 2010 zahlte B. B. dem Darleiher F. die offene Summe zurück, woraufhin ihm Letzterer die Schuldbriefe übertrug. B. B. wurde damit Gläubiger der Schuldbriefforderungen, für die seine Tochter C. B. und sein ehemaliger Schwiegersohn A. solidarisch hafteten. Gleichzeitig erlosch das Darlehen, das F. seinem Freund A. gegeben hatte. Im Oktober 2016 forderte B. B. C. B. und A. erfolglos auf, ihm die an F. überwiesene Summe zurückzuzahlen. Er reichte daraufhin Klage mit dem Begehren ein, das im Grundbuch eingetragene Baurecht sei nichtig zu erklären. Eventualiter beantragte er den vorzeitigen Heimfall des Baurechts, wobei er einen Anspruch der Baurechtsnehmer auf eine Entschädigung verneinte. In jedem Fall seien die Beklagten zu verpflichten, ihm die an F. bezahlte Darlehenssumme zurückzuerstatten. Das erstinstanzliche Gericht entsprach in der Folge dem Eventualbegehren des Klägers, verfügte den vorzeitigen Heimfall, beauftragte das Grundbuchamt, B. B. als neuen Berechtigten des Baurechts einzutragen, und verpflichtete A. sowie C. B., dem Kläger die an F. überwiesene Summe zurückzuzahlen. Das Kantonsgericht des Kantons Genf wies die von A. dagegen erhobene Berufung ab. A. wendet sich mit einer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht und beantragt die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids. Für den Fall, dass der vorzeitige Heimfall durch das Bundesgericht geschützt werden sollte, verlangt er die Bezahlung einer angemessenen Entschädigung (Art. 779g ZGB) durch den Beschwerdegegner B. B. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt.

Der Beschwerdeführer sieht eine Verletzung von Art. 779g ZGB und Art. 58 ZPO darin, dass die Vorinstanz den Beschwerdegegner nicht zur Leistung einer angemessenen Entschädigung verpflichtet hat. Das Bundesgericht hält dazu fest, dass die Bezahlung einer angemessenen Entschädigung i. S. v. Art. 779g ZGB eine Voraussetzung darstellt, um das vorzeitige Heimfallsrecht ausüben zu können. Weder die Pflicht zur Bezahlung der Entschädigung noch die Berechnungsweise können im Voraus vertraglich festgelegt werden. Sobald indessen ein Fall des vorzeitigen Heimfalls eingetreten ist, steht es den Parteien frei, sich über die geschuldete Entschädigung zu einigen. Da das «schuldhaftes Verhalten des Bauberechtigten» gemäss Gesetzeswortlaut in die Bemessung einfließt, muss die Entschädigung in zwei Schritten berechnet werden: Zunächst ist sie anhand des effektiven Wertes der auf

dem Grundstück stehenden Bauten zu bestimmen. Dann ist der errechnete Betrag zwecks Berücksichtigung des Verschuldens um einen bestimmten Anteil zu reduzieren, wobei durchaus die Möglichkeit besteht, dass der Grundeigentümer am Ende gar keine Entschädigung schuldet oder der Bauberechtigte ihm sogar eine solche bezahlen muss (E. 5.1.1). In casu war insbesondere umstritten, ob der Beschwerdegegner mit Blick auf die Dispositionsmaxime (Art. 58 ZPO) in rechtsgemässiger Weise verlangt hat, dass *keine* Entschädigung i. S. v. Art. 779g ZGB geschuldet sei. Das Bundesgericht bestreitet nicht, dass der Beschwerdegegner in seinem Gesuch keinen entsprechenden Antrag gestellt hat. Es ergibt sich jedoch klar aus den Rechtsschriften des Beschwerdegegners, dass er die Frage angesprochen hat und – wenn auch gestützt auf eine falsche Gesetzesbestimmung (Art. 779d ZGB) – die Ansicht vertrat, dass keine Entschädigung geschuldet sei bzw. die Höhe derselben durch ein entsprechendes Gutachten festgestellt werden müsse. Vor diesem Hintergrund durfte sich der Beschwerdeführer vor der ersten Instanz nicht damit begnügen, Nichteintreten auf das Gesuch zu verlangen. Vielmehr wäre es seine Aufgabe gewesen, rechtzeitig (also nicht erst vor der Rechtsmittelinstanz) zu begründen, warum ihm trotz des gegen ihn erhobenen Vorwurfs, er habe die Verpflichtungen des Baurechtsvertrags in grober Weise verletzt, eine angemessene Entschädigung zustehen soll (E. 5.3.2).

Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe Art. 779f ZGB i. V. m. Art. 18 und 402 ff. OR verletzt, indem sie ihn zusammen mit seiner Ex-Ehefrau zur Rückzahlung der vom Beschwerdegegner an F. bezahlten Darlehenssumme verpflichtet habe. Das Bundesgericht erinnert in diesem Zusammenhang an die Rechtslage bezüglich der Drittpfandverhältnisse: Bei der Sicherungsübereignung des Schuldbriefs kommt es zu keiner Novation der sichergestellten Forderung. Die Schuldbriefforderung besteht neben der Forderung aus dem Grundverhältnis. Beahlt der Drittpfandeigentümer den Gläubiger, um eine Zwangsverwertung seines Grundstücks zu verhindern, geht die Schuldbriefforderung gemäss Art. 827 Abs. 2 ZGB mitsamt den Nebenrechten von Gesetzes wegen auf ihn über. Der Grundeigentümer erhält den Schuldbrief ausgehändigt, der zu einem Eigentümergrundpfandrecht wird. Gleichzeitig besteht zwischen dem Drittpfandeigentümer und dem Schuldner nach der Lehre regelmässig ein Auftragsverhältnis. Gestützt darauf hat der Drittpfandeigentümer einen alternativen Rückforderungsanspruch (vgl. Art. 402 Abs. 1 OR),

wobei ihm die mit der Schuldbriefforderung verknüpften Nebenrechte unter diesem Titel nicht zukommen. Voraussetzung für den auftragsrechtlichen Anspruch ist, dass die Aufwendungen des Beauftragten in Anbetracht der für ihn ersichtlichen Umstände für die Ausführung des Auftrags objektiv erforderlich waren. Die Beurteilung dieser Frage ist aus der Sicht eines sorgfältigen und redlichen Beauftragten vorzunehmen (E. 6.1).

Im vorliegenden Fall kam die Vorinstanz zum Schluss, dass der Beschwerdegegner nicht die Schuldbriefforderungen geltend gemacht, sondern die Rückzahlung der an F. bezahlten Summe gestützt auf das Auftragsrecht verlangt hat. Ihrer Ansicht nach standen die Parteien in einem Auftragsverhältnis und gehörte die Zahlung des noch offenen Betrags an F. zur ordnungsgemässen Ausführung dieses Auftrags (E. 6.2). Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, ein Auftragsverhältnis könne höchstens insofern bejaht werden, als der Beschwerdegegner sich bereit erklärt habe, sein Grundstück zur Absicherung des Baukredits zur Verfügung zu stellen. Ein Auftrag hinsichtlich der Rückzahlung der Darlehenssumme bestehe hingegen nicht, da die Rückzahlungspflicht Bestandteil eines separaten Vertrags mit der Bank gebildet habe, an dem der Beschwerdegegner nicht beteiligt gewesen sei. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner mit der Bezahlung der Darlehenssumme an F. eine familieninterne Gefälligkeit erfüllt habe und daher nicht berechtigt sei, diesen Betrag vom Beschwerdeführer zu verlangen (E. 6.3). Das Bundesgericht geht mit der Vorinstanz davon aus, dass der Beschwerdegegner die Rückzahlung der an F. geleisteten Summe gestützt auf das Auftragsrecht fordert, da die Geltendmachung der Schuldbriefforderungen die Zwangsverwertung seines eigenen Grundstückes nach sich ziehen würde. Wie die Vorinstanz kommt es zum Schluss, dass sich der Abschluss eines Auftrags implizit aus dem Vertrag auf Errichtung des Baurechts ergibt, in dem sich der Beschwerdegegner mit der Verpfändung seines Grundstücks zugunsten der Bank einverstanden erklärte, was offensichtlich im Interesse der Baurechtsberechtigten lag. Es gibt keine Anzeichen dafür, dass der Beschwerdegegner als Auftragnehmer auf den Ersatz seiner Auslagen nach Art. 402 Abs. 1 OR (und damit auch auf die Rückerstattung der an F. bezahlten Summe) verzichtet hätte. Auch wenn er die Schuldbriefforderungen im eigenen Interesse und ohne Anweisung der Auftraggeber bezahlt hat, liegt keine Vertragsverletzung vor, weil er aufgrund der Zahlungseinstellung der

Baurechtsberechtigten nur auf diese Weise eine eventuelle Zwangsverwertung seines Grundstücks verhindern konnte (E. 6.4).

Schliesslich rügt der Beschwerdeführer, der angefochtene Entscheid verstosse gegen Art. 2 Abs. 2 ZGB und sei willkürlich. Die Vorinstanz hielt fest, der Beschwerdegegner habe mit seinem Begehren um Rückzahlung der an F. bezahlten Summe einzig die Einhaltung des Baurechtsvertrags verlangt. Die Tatsache, dass der Beschwerdegegner darüber hinaus infolge des Heimfalls in den Genuss des Wohnhauses komme, ohne eine Entschädigung bezahlen zu müssen, resultiere aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer und dessen Ex-Ehefrau nicht rechtzeitig die Zahlung der vom Gesetz vorgesehenen Entschädigung verlangt hätten. Im Weiteren habe der Beschwerdeführer den aktuellen Wert der Baute nicht beziffert. Sodann sei im Baurechtsvertrag kein Baurechtszins vorgesehen gewesen, was es dem Beschwerdeführer ermöglicht habe, während fast dreissig Jahren kostenfrei im direkt am Ufer des Genfersees gelegenen Haus zu leben. Es liege demnach kein Rechtsmissbrauch vor. Die vom Beschwerdeführer dagegen vorgebrachten Argumente sind überwiegend appellatorisch und nicht geeignet, einen Rechtsmissbrauch oder Willkür aufzuzeigen (E. 7).

Drittpfandverhältnisse werden häufig vereinbart, um einem Familienmitglied die Aufnahme eines Kredits zu ermöglichen. Änderungen im familiären Umfeld (z. B. eine Scheidung) können in diesem Zusammenhang zum Problem werden, wie der vorliegende Fall deutlich macht. Der Entscheid hat insbesondere für den Beschwerdeführer weitreichende Konsequenzen, muss er doch in solidarischer Haftung mit seiner Ex-Frau seinem Ex-Schwiegervater Fr. 1 388 438.50 bezahlen, während er gleichzeitig seinen Eigentumsanteil am Wohnhaus verliert, ohne dafür eine Entschädigung zu erhalten. Für den Beschwerdegegner enden mit dem Urteil jahrelange rechtliche Auseinandersetzungen, die er zunächst mit F. und dann mit seinem Ex-Schwiegersohn und seiner Tochter geführt hat. Die Parteien hätten sich wohl einiges ersparen können, wenn sie das selbständige und dauernde Baurecht als Grundstück in das Grundbuch eingetragen und den Baukredit über die Verpfändung dieses Grundstücks abgesichert hätten.

Das Bundesgericht geht in E. 6.4 davon aus, dass der Beschwerdegegner seinen Anspruch auf Erstattung der bezahlten Summe nicht



auf die Schuldbriefforderungen, sondern auf das Auftragsrecht abstützt. Alles andere wäre nach Ansicht des obersten Gerichts erstaunlich («surprenant»), da der Weg über die Schuldbriefe im Fall der Zwangsvollstreckung notwendigerweise zur Verwertung seines Grundstücks führen würde. Dem kann nicht gefolgt werden. Zwar findet das *Beneficium excussionis realis* nach Rechtsprechung und überwiegender Lehre grundsätzlich auch auf Drittpfandverhältnisse Anwendung (vgl. dazu DIETER ZOBL/CHRISTOPH THURNHERR, *Berner Kommentar*, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 1. Unterteilband: Systematischer Teil und Art. 884–887 ZGB, 3. A., Bern 2010, Syst. Teil, N 596 mit Hinweisen sowie N 619). Das kann aber nicht gelten, wenn der Drittpfandeigentümer durch Subrogation in die Gläubigerstellung eingetreten ist (ebenso PAUL-HENRI STEINAUER, *Zürcher Kommentar*, Zivilgesetzbuch, Art. 842–865 und 875 ZGB, *Der Schuldbrief*, Die Anlehensobligationen mit Grundpfandrecht, 2. A., Zürich 2015, N 18 zu Art. 853 ZGB; DANIEL STAEHELIN, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf [Hrsg.], *Basler Kommentar*, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. A., Basel 2019, N 13 zu Art. 854 ZGB; HANS LEEMANN, *Berner Kommentar*, Band IV: Sachenrecht, II. Abteilung: Art. 730–918, Bern 1925, N 8 zu Art. 816 ZGB und N 21 zu Art. 827 ZGB). Hätte der Schuldner auch in diesem Fall die Möglichkeit, die Vorabverwertung des Pfandes zu verlangen, würde jedes Interesse des Gläubigers/Grundeigentümers an der Durchsetzung der Schuldbriefforderung dahinfallen. Das *Beneficium excussionis realis* wird damit gerechtfertigt, dass der Schuldner den verpfändeten Vermögenswert nicht frei verwerten kann, um sich Mittel für die Tilgung seiner Schuld zu beschaffen, und bei Durchführung der ordentlichen Betreuung allenfalls die Pfändung und Verwertung anderer Objekte oder gar den Konkurs erdulden müsste, selbst wenn die Forderung durch Verwertung des Pfandes hätte getilgt werden können. Der Gläubiger hat das Pfand ausserdem erhalten, damit er sich beim Verzug des Schuldners daraus bezahlt machen kann, weshalb ihm «im Regelfalle» zugemutet werden darf, zunächst das Pfand verwerten zu lassen (vgl. zum Ganzen BGE 77 III 100 ff. [102], E. 1). Im vorliegenden Ausnahmefall, in dem Gläubiger und Drittpfandeigentümer identisch sind, ist die Vorabverwertung des Pfandes für den Gläubiger aber offensichtlich unzumutbar.