

9/2022

www.zbjv.ch

Organ für schweizerische  
Rechtspflege und Gesetzgebung

# ZBJV

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins  
Revue de la société des juristes bernois

158. Jahrgang  
Erscheint jeden Monat  
September 2022

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

## online+

Ihre Vorteile auf  
einen Blick: Seite III

## en ligne+

Vos avantages en  
un coup d'œil :  
Page III



Stämpfli Verlag

## 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, Studen BE; 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 154.–,  
Printabo für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins inkl. Online-Archiv  
CHF 184.–, Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

#### *Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:*

Schweiz CHF 214.–, Europa CHF 249.50,  
Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 149.–,  
Einzelheft CHF 24.– (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, Kommunikationsunternehmen, 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, Kommunikationsunternehmen, 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 2021

### Veröffentlicht in Band 147

sowie ausgewählte nicht amtlich publizierte Entscheide

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

### Übersicht

1. **Stockwerkeigentum**
  - 1.1 Bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen I
  - 1.2 Bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen II
2. **Dienstbarkeiten**
  - 2.1 Teilung eines selbständigen und dauernden Baurechts
  - 2.2 Verlegung eines Wegrechts
  - 2.3 Ablösung einer Dienstbarkeit

## 1. Stockwerkeigentum

### 1.1 Bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen I

*BGE 147 III 553 ff. (BGer 5A\_831/2020)*

*Bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen setzen grundsätzlich einen vorgängigen Beschluss über die Ausführung und die Kosten der Massnahmen voraus. Fehlt es an einem solchen Beschluss, kann der eigenmächtig handelnde Stockwerkeigentümer nur die Gemeinschaft auf Rückerstattung verklagen; die anderen Stockwerkeigentümer sind nicht passivlegitimiert. Ob in einem solchen Fall die Geschäftsführung ohne Auftrag oder die ungerechtfertigte Bereicherung als Grundlage für den Rückerstattungsanspruch dienen könnte, bleibt offen.*

---

\* Für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Berichts danke ich meiner Unterassistentin BLaw Rebecca Sigrist.

Ein in Stockwerkeigentum aufgeteiltes Grundstück ist mit einem Doppeleinfamilienhaus überbaut. Die beiden Stockwerkeinheiten mit einer Wertquote von je 50/100 werden von A. bzw. (im hälftigen Mit-eigentum) vom Ehepaar B. gehalten. Den beiden Einheiten ist je ein Teil des Vorplatzes zur Sondernutzung zugewiesen. Das Ehepaar B. liess im Zusammenhang mit der Erneuerung des ihnen zu Sondernutzungsrecht zugewiesenen Teils des Vorplatzes gegen den Willen von A. auch die unterhalb ihrer Vorplatzhälfte verlaufenden gemeinsamen Werkleitungen für Strom, Wasser und Gas erneuern. A. klagte daraufhin auf Wiederherstellung des vorherigen baulichen Zustands. Das Ehepaar B. verlangte widerklageweise die hälftige Beteiligung von A. an den Kosten für die Erneuerung der Werkleitungen. Das Kantonsgericht Schaffhausen hiess die Klage im Wesentlichen gut und wies die Widerklage ab. Auf Beschwerde des Ehepaars B. wies das Obergericht des Kantons Schaffhausen die Sache hinsichtlich der Klage zu neuer Entscheidung nach Durchführung eines Beweisverfahrens an die erste Instanz zurück und hiess die Widerklage teilweise gut. Das Bundesgericht heisst die mit Bezug auf die Widerklage von A. erhobene Beschwerde in Zivilsachen gut und weist die Widerklage ab.

Es ist unbestritten, dass es sich bei den fraglichen Werkleitungen um gemeinschaftliche Teile im Sinn von Art. 712b Abs. 2 Ziff. 3 ZGB handelt. Betroffen ist damit das interne Verhältnis der Stockwerkeigentümergeinschaft. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung laufen die rechtlichen Beziehungen zwischen den einzelnen Stockwerkeigentümern und der Gemeinschaft grundsätzlich über letztere. Über gemeinschaftliche Belange ist Beschluss zu fassen. Das gilt insbesondere für Verwaltungshandlungen und bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen. Der einzelne Stockwerkeigentümer kann dann den Beschluss über die Durchführung der Massnahme gerichtlich anfechten oder – im Fall eines negativen Beschlusses – bei im Sinn von Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB notwendigen Verwaltungshandlungen die gerichtliche Anordnung verlangen (E. 5.1). Bauliche Massnahmen setzen unabhängig davon, ob sie notwendig, nützlich oder luxuriös sind, einen Beschluss voraus; unterschiedlich sind lediglich die dafür erforderlichen Quoren. Davon ausgenommen sind nur die gewöhnlichen Verwaltungshandlungen (Art. 647a Abs. 1 ZGB) sowie die dringlichen Verwaltungshandlungen (Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). Im vorliegenden Fall wird zu Recht nicht geltend gemacht, dass der Ersatz von Werkleitungen zu den gewöhnlichen Verwaltungshandlungen

gen gehört. Die gemäss Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB erforderliche Dringlichkeit einer Verwaltungshandlung wird danach beurteilt, «ob ein vernünftiger Mensch unter den konkreten Umständen mit seinem Eingreifen nicht länger zugewartet hätte». In casu waren die Leitungen teilweise bis zu 70 Jahre alt. Nach Richtlinien des Bundesamtes für Konjunkturfragen aus dem Jahr 1994 haben Leitungen zwar eine allgemeine Lebensdauer von 50 bis 70 Jahren. Dass die ersetzten Leitungen aber undicht gewesen wären oder unmittelbar Schaden gedroht hätte, ergibt sich aus dem angefochtenen Urteil nicht. Darin ist vielmehr lediglich die Rede davon, die Leitungen hätten wohl in absehbarer Zeit ohnehin ausgetauscht werden müssen. Da also weder eine gewöhnliche noch eine dringliche Verwaltungshandlung vorlag, hatten die Beschwerdegegner nicht das Recht, die baulichen Massnahmen ohne vorgängige Beschlussfassung auf Kosten aller Miteigentümer bzw. der Gemeinschaft zu veranlassen (E. 5.2).

Die Stockwerkeigentümer tragen die Kosten, die für den Unterhalt, die Reparatur und die Erneuerung von gemeinschaftlichen Teilen anfallen, grundsätzlich nach Massgabe ihrer Wertquoten (vgl. Art. 712h Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Bedürfen die Massnahmen einer vorgängigen Beschlussfassung, muss der Beschluss nicht nur die Ausführung, sondern auch die daraus entstehenden Kosten umfassen. Dieser sog. Ausgabenbeschluss ist Voraussetzung für die Regelung der Kostentragung nach Art. 712h Abs. 2 Ziff. 1 ZGB. Die Antwort auf die Frage, ob und – wenn ja – inwieweit die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag oder die ungerechtfertigte Bereicherung zur Anwendung kommen, wenn ein Stockwerkeigentümer eigenmächtig bauliche Massnahmen durchführen lässt, fällt in der Literatur unterschiedlich aus. Das Bundesgericht hält mit der Beschwerdeführerin fest, dass eine Anwendung dieser Regeln im Fall von irreversiblen baulichen Massnahmen dazu führen würde, dass ein Stockwerkeigentümer gegen den Willen, aber auf Kosten der anderen seine Pläne durchsetzen könnte (E. 5.3). Es lässt die Frage aber offen, da die Beschwerdeführerin nicht passivlegitimiert ist. Bei baulichen Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen geht es um die Verwaltungstätigkeit der Gemeinschaft, die in dieser Hinsicht gemäss Art. 712f Abs. 1 und 2 ZGB handlungsfähig und prozessual verselbständigt ist. Würde die Gemeinschaft dem eigenmächtig handelnden Stockwerkeigentümer aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigter Bereicherung haften, müsste sie gestützt auf Art. 712m Abs. 1 Ziff. 4 ZGB

darüber Beschluss fassen, wie die anfallenden Kosten unter den Stockwerkeigentümern zu verteilen sind. Der Stockwerkeigentümer muss also stets über die Gemeinschaft vorgehen und kann nicht nach seinem Gutdünken direkt von anderen Stockwerkeigentümern Ersatz verlangen (E. 5.4).

Im vorliegenden Fall beträgt der Streitwert der Widerklage lediglich Fr. 8210.–. Dennoch tritt das Bundesgericht auf die Beschwerde in Zivilsachen ein und begründet dies mit dem Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinn von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (unpublizierte E. 2). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, «wenn ein allgemeines und dringendes Interesse besteht, dass eine umstrittene Frage höchstrichterlich geklärt wird, um eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts herbeizuführen und damit eine erhebliche Rechtsunsicherheit auszuräumen» (BGE 147 II 201 ff. [207], E. 2.1). Eine solche ist insbesondere dann nicht gegeben, wenn es bei der aufgeworfenen Rechtsfrage bloss darum geht, Grundsätze der Rechtsprechung auf einen konkreten Fall anzuwenden (BGE 133 III 493 ff. [495 f.], E. 1.2). Nach Bundesgericht ist im Berichtsentscheid folgende Rechtsfrage zu beurteilen: Kann ein Stockwerkeigentümer, der eigenmächtig bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen vorgenommen hat, namentlich gestützt auf Art. 423 Abs. 2 OR von einem anderen Stockwerkeigentümer Ersatz verlangen? Davon sei eine Vielzahl von möglichen ähnlichen Fällen betroffen, bei welchen der Mindeststreitwert von Fr. 30 000.– wohl häufig nicht erreicht werde. Ausserdem bestehe ein allgemeines Interesse an der Klärung dieser Frage, da so eine Rechtsunsicherheit ausgeräumt werden könne (unpublizierte E. 2). Das Bundesgericht beantwortet dann allerdings nur einen Teil dieser Frage, nämlich den nach der Passivlegitimation, und dies namentlich unter Hinweis auf seine bisherige Rechtsprechung zur Passivlegitimation der Stockwerkeigentümergeinschaft. Nach dem Berichtsentscheid kann der eigenmächtig handelnde Stockwerkeigentümer also nur gegen die Gemeinschaft vorgehen, um allfällige Ersatzansprüche durchzusetzen. Anders ist das dann, wenn ein Stockwerkeigentümer gestützt auf Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB (und damit rechtmässig) Massnahmen ergreift. Hier kommt Art. 649 Abs. 2 ZGB zur Anwendung (BGE 119 II 404 ff. [407], E. 4), und der Stockwerkeigentümer kann von den übrigen

Stockwerkeigentümern nach Massgabe ihrer Anteile Ersatz verlangen. Darüber hinaus hat er nach herrschender Lehre die Möglichkeit, seine Regressforderung gegenüber der Gemeinschaft geltend zu machen (ARTHUR MEIER-HAYOZ/HEINZ REY, Berner Kommentar, Bern 1988, N 29 zu Art. 712h ZGB; CHRISTOPH THURNHERR, Bauliche Massnahmen bei Mit- und Stockwerkeigentum, Grundlagen und praktische Probleme, Zürcher Diss., Zürich/Basel/Genf 2010 [Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 219], Nr. 154 und 444 mit Hinweisen). Ist im konkreten Fall umstritten, ob die Voraussetzungen von Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB erfüllt sind, richtet der betroffene Stockwerkeigentümer seine Klage also mit Vorteil gegen die Gemeinschaft, da diese in beiden Fällen passivlegitimiert ist.

Offen bleibt im Berichtentscheid, ob und inwieweit sich der eigenmächtig (und ohne gesetzliche Grundlage) handelnde Stockwerkeigentümer auf die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der ungerechtfertigten Bereicherung berufen kann. Nach Bundesgericht gibt die Literatur darauf unterschiedliche Antworten. Die in E. 5.3 des Berichtentscheids zitierten Autoren sind sich – im Anschluss an einen ebenfalls zitierten Entscheid des Zürcher Obergerichts – allerdings im Wesentlichen darüber einig, dass kein Fall einer gebotenen Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinn von Art. 422 OR vorliegt und damit lediglich Ansprüche aus Bereicherungsrecht zu prüfen sind. Der eigenmächtig handelnde Stockwerkeigentümer kann von den übrigen Stockwerkeigentümern keinen vollen Wertersatz fordern, da er ihnen die Bereicherung aufgedrängt hat. In Anlehnung an Art. 672 Abs. 3 ZGB darf ihm nur zugesprochen werden, was den anderen der Eingriffserfolg allermindestens wert ist (vgl. z. B. JÖRG SCHMID, Renovation von Stockwerkeigentum – Konfliktpunkte und Lösungen, in: Schweizerische Baurechtstagung 2005, 33 ff. [43]). Ob das Bundesgericht dieser Auffassung folgen würde, bleibt unklar, wenn es in E. 5.3 a.E. im Sinn eines Obiter Dictum festhält, «dass die Anwendung der betreffenden Rechtsfiguren [i. e. die Geschäftsführung ohne Auftrag und die ungerechtfertigte Bereicherung] bei nicht reversiblen baulichen Massnahmen zur Folge hätte, dass ein Stockwerkeigentümer gegen den Willen der anderen seine Pläne umsetzen und sich hierfür bezahlt machen könnte». In dieser Hinsicht gelingt es dem Berichtentscheid nach der hier vertretenen Ansicht deshalb nicht, die bestehende Rechtsunsicherheit auszuräumen.

## 1.2 Bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen II

*BGer 5A\_972/2020 vom 5. Oktober 2021*

*Greift eine nützliche bauliche Massnahme an einem gemeinschaftlichen Teil in das Sonderrecht eines Stockwerkeigentümers ein, bedarf der Beschluss über die Ausführung der Massnahme der Zustimmung des betroffenen Stockwerkeigentümers nur nach Massgabe von Art. 647d Abs. 2 und 3 ZGB. – Werden Stockwerkeigentümer, die von der geplanten baulichen Massnahme nicht unmittelbar berührt werden, vom Stimmrecht über die Ausführung und die Finanzierung der Massnahme ausgeschlossen, ist der getroffene Beschluss nur anfechtbar und nicht nichtig.*

Auf dem zu Stockwerkeigentum ausgestalteten Grundstück C stehen seit 1974 vier Wohnblöcke mit zwei unterirdischen Einstellhallen. Die 34 Stockwerkeinheiten teilen sich auf in 24 Wohnungen, 8 Bastelzimmer in den Kellergeschossen sowie die beiden Autoeinstellhallen. Letztere wurden zu einem Teil den als Wohnung genutzten Einheiten und zu einem anderen Teil dem jeweiligen Eigentümer eines (inzwischen ebenfalls zu Stockwerkeigentum ausgestalteten) Nachbargrundstücks zu Miteigentum zugewiesen. Am 30. Mai 2018 genehmigte die Stockwerkeigentümerversammlung mit Mehrheitsbeschluss die Sanierung und Neuerstellung der Balkone sowie die Finanzierung dieser Arbeiten, die teilweise über den Erneuerungsfonds erfolgen sollte. A. ist Inhaber einer Stockwerkeinheit mit einer 4.5-Zimmer-Wohnung im Gebäude B sowie zu  $\frac{1}{17}$  Miteigentümer der Einstellhalle B. Er klagte gegen die Stockwerkeigentümergeinschaft auf Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses vom 30. Mai 2018, eventualiter auf Aufhebung des Beschlusses hinsichtlich der Neuerstellung der Balkone sowie der teilweisen Finanzierung der Neuerstellung über den Erneuerungsfonds. Die Klage hatte vor den kantonalen Instanzen keinen Erfolg. Das Bundesgericht weist die von A. erhobene Beschwerde in Zivilsachen ab.

Der Beschwerdeführer bestreitet zunächst, dass die Balkone sanierungsbedürftig sind. Bei Balkonen handelt es sich um zwingend gemeinschaftliche Teile, da sie die äussere Gestalt des Gebäudes und – je nach Ausgestaltung – auch dessen Konstruktion betreffen. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers hängt die Gültigkeit eines Beschlusses über bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen

nicht generell davon ab, dass für die Durchführung der Arbeiten ein unmittelbarer oder tatsächlicher Bedarf besteht. Massgebend ist vielmehr, ob das für die bauliche Massnahme erforderliche Quorum erfüllt ist, was von deren Qualifizierung als notwendig, nützlich oder luxuriös abhängt (E. 3). Die Vorinstanz hat für die Qualifizierung der beschlossenen Massnahmen unterschieden zwischen dem Ersatz der Balkone im Rahmen des Sanierungsbedarfs (notwendige bauliche Massnahme) und der aus der Neuerstellung resultierenden Vergrösserung der Balkone (nützliche bauliche Massnahme). Da bei den Balkonen unbestrittenermassen Betonabplatzungen aufgetreten und die Balkonseitenwände nicht nur in schlechtem Zustand, sondern auch asbesthaltig sind, ist die Qualifizierung der Sanierung als notwendige bauliche Massnahme nicht zu beanstanden. Es ist nicht ersichtlich, warum die Vergrösserung der Balkone nicht, wie von der Vorinstanz angenommen, zu einer Vergrösserung des Gebrauchswerts und damit zu einer Erhöhung des Verkehrswerts der gesamten Stockwerkeigentumseinheit führen soll. Damit sind die baulichen Massnahmen mit der Vorinstanz insgesamt als nützlich im Sinn von Art. 647d Abs. 1 ZGB anzusehen (E. 4).

Weiter stellt sich dem Bundesgericht die Frage, ob die Vergrösserung des Balkons des Beschwerdeführers, die gegen dessen Willen erfolgt, einen widerrechtlichen Eingriff in dessen Sonderrecht darstellt. Balkone sind insofern speziell, als sie zwar zu den gemeinschaftlichen Teilen gehören, die einzelnen Stockwerkeigentümer aber ein Interesse daran haben, den unmittelbar an ihr jeweiliges Sonderrecht grenzenden Balkon selbständig zu nutzen und zu gestalten. Rechtsprechung und Lehre unterscheiden deshalb zwischen der Aussen- und der Innenseite des Balkons. Der Begründungsakt kann die Innenseite des Balkons der jeweiligen Stockwerkeinheit zur Sondernutzung oder – wie hier – zu Sonderrecht zuweisen. Da die Aussen- und die Innenseite des Balkons untrennbar miteinander verbunden sind, besteht ein Konflikt zwischen dem gemeinschaftlichen Teil und dem Sonderrecht, den das Gesetz in Art. 712g ZGB auflöst. Gemäss Abs. 1 der Norm kommen die Art. 647 ff. ZGB zum Zug; vorbehalten bleibt eine andere Vereinbarung nach Massgabe von Abs. 2, die im hier zu beurteilenden Fall jedoch nicht besteht. Damit findet vorliegend Art. 647d ZGB Anwendung. Im Fall einer nützlichen baulichen Massnahme an gemeinschaftlichen Teilen kann das Sonderrecht gegen den Willen des Berechtigten grundsätzlich selbst dann geändert werden, wenn

die Änderung weder zwingend noch erforderlich ist. Die Zustimmung des Stockwerkeigentümers ist nach Art. 647d Abs. 2 ZGB immerhin dann vorausgesetzt, wenn ihm die Änderungen den Gebrauch oder die Benutzung der Sache zum bisherigen Zweck erheblich und dauernd erschweren oder unwirtschaftlich machen. Davon kann bei den Arbeiten, die zu einer Vergrösserung des Balkons um 2,7 m<sup>2</sup> führen, keine Rede sein. Die Stockwerkeigentümersammlung konnte die bauliche Massnahme damit auch ohne Zustimmung des Beschwerdeführers rechtsgültig beschliessen. Im Übrigen hat der Beschwerdeführer nicht geltend gemacht, die Änderung könne ihm in Sinn von Art. 647d Abs. 3 ZGB nicht zugemutet werden (E. 5).

Schliesslich befasst sich das Bundesgericht mit dem Argument des Beschwerdeführers, der Beschluss vom 30. Mai 2018 sei nichtig, da einzelne Stockwerkeigentümer von der Abstimmung ausgeschlossen worden seien. Davon betroffen waren die an den Einheiten «Einstellhalle» und «Bastelraum» Berechtigten, wobei sich der Ausschluss aufgrund des im Reglement vorgesehenen Kopfstimmprinzips auf diejenigen Personen beschränkte, die daneben nicht noch über ein Sonderrecht an einer der Wohnungen verfügten, also namentlich Mitglieder der Stockwerkeigentümergeinschaft des Nachbargrundstücks. Das Bundesgericht weist zunächst darauf hin, dass sich die Frage der blossen Anfechtbarkeit des Beschlusses hier nicht stellt, weil der Beschwerdeführer – entgegen Art. 2 ZGB – den Ausschluss bestimmter Stockwerkeigentümer vom Stimmrecht nicht bereits in der Versammlung gerügt und damit sein Anfechtungsrecht verwirkt hat. Es ruft dann seine Rechtsprechung in Erinnerung, wonach «von der Nichtigkeit eines Beschlusses der Versammlung der Stockwerkeigentümer auszugehen [ist], wenn er eine gravierende Widerrechtlichkeit enthält, welche die Struktur des Stockwerkeigentums schwerwiegend verletzt, nicht vereinbar ist mit Bestimmungen, welche Gläubiger oder das öffentliche Interesse schützen, unmoralisch ist oder einen unmöglichen Inhalt hat oder wenn der Beschluss ohne Rechtfertigungsgründe Persönlichkeitsrechte verletzt». Inhaltlich hat die Versammlung zwei verschiedene Beschlüsse gefasst: die Entfernung der bestehenden und die Montage neuer Balkone auf der einen Seite sowie die Finanzierung dieser Massnahmen unter anderem durch Entnahme eines Teilbetrags aus dem Erneuerungsfonds auf der anderen Seite. Die zu Unrecht von der Abstimmung ausgeschlossenen Stockwerkeigentümer hätten den Beschluss anfechten können, haben aber darauf verzichtet.

Es steht ausserdem fest, dass beide Beschlüsse mit Zustimmung der Mehrheit aller Stockwerkeigentümer (also inklusive der von der Stimmabgabe zu Unrecht ausgenommenen Personen) zustande kam und die zustimmenden Stockwerkeigentümer ausserdem den grösseren Teil der Sache vertraten. Mit Bezug auf den Beschluss über die Sanierung der Balkone konnten sämtliche Stockwerkeigentümer abstimmen, die von dieser Massnahme unmittelbar betroffen waren. Der Beschwerdeführer behauptet nicht, dass die vom Stimmrecht ausgeschlossenen Eigentümer durch die neuen Balkone in der späteren Nutzung ihres Bastelraums im Keller bzw. der Einstellhalle beeinträchtigt würden. Damit kann nicht von einem gravierenden Eingriff in die Grundstrukturen des Stockwerkeigentums oder in zwingende Schutzrechte der Stockwerkeigentümer ausgegangen werden. Der Beschluss ist mit anderen Worten nicht nichtig. Entsprechendes gilt mit Bezug auf den Beschluss, einen Teil der für die Sanierung anfallenden Kosten über den Erneuerungsfonds zu finanzieren. Zwar betrifft dieser Beschluss auch die Eigentümer der Bastelzimmer und der Einstellhalle unmittelbar. Tangiert sind aber nicht ihre Eigentumsrechte als solche, sondern vermögensrechtliche Aspekte der Gemeinschaft. Ausserdem dient der dem Erneuerungsfonds entnommene Betrag ausschliesslich der Deckung der als notwendig bezeichneten Sanierungskosten, da er den geschätzten Kosten einer «reinen» Balkonsanierung entspricht. Der Beschluss berührt damit weder die Grundstrukturen des Stockwerkeigentums noch zwingende Schutzrechte der Stockwerkeigentümer (E. 7).

Der Entscheid betrifft einen Fall von kombiniertem Stockwerkeigentum, bei dem sich mehrere Gebäude auf dem Grundstück befinden, die je horizontal in Einheiten aufgeteilt sind. Er zeigt einmal mehr die Schwierigkeiten auf, die sich bei der Anwendung der Art. 647c–647e ZGB auf das Stockwerkeigentum ergeben. Die Bestimmungen kommen hier nur unter der Voraussetzung zum Zug, dass es um gemeinschaftliche Teile geht. Wenn das Gesetz in diesem Zusammenhang jeweils von «der Sache» spricht, ist beim Stockwerkeigentum – anders als beim gewöhnlichen Miteigentum – unklar, was damit gemeint ist (vgl. im vorliegenden Zusammenhang insbesondere Art. 647d Abs. 2 ZGB: «Änderungen, die einem Miteigentümer den Gebrauch oder die Benutzung der Sache zum bisherigen Zweck erheblich und dauernd erschweren oder unwirtschaftlich machen [...]»).

Nach der publizierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung «geht es um die Bauteile, welche nicht zu Sonderrecht im Sinn von Art. 712b ZGB ausgeschieden, sondern gemeinschaftlich sind» (BGE 141 III 357 ff. [360], E. 3.2 mit Hinweisen). Im Berichtssentscheid untersucht das Bundesgericht nun aber ohne jede Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung, ob die Vergrösserung des Balkons dem Beschwerdeführer den Gebrauch oder die Benutzung der *in seinem Sonderrecht stehenden Innenseite* zum bisherigen Zweck im Sinn von Art. 647d Abs. 2 ZGB erheblich erschwert oder unwirtschaftlich macht (E. 5.3; vgl. dazu auch THURNHERR, a. a. O., Nr. 269, wonach der Begriff der Sache in Art. 647d Abs. 2 ZGB aus Gründen des Minderheitenschutzes neben den gemeinschaftlichen Teilen auch den Sonderrechtsbereich eines Stockwerkeigentümers umfasst, dessen Gebrauch oder Benutzung durch die bauliche Massnahme allenfalls erschwert würde). Offen bleibt auch, wie sich die Rechtslage gezeigt hätte, wenn das Balkoninnere nicht – wie hier – dem Sonderrecht zugewiesen worden wäre, sondern daran ein reglementarisches Sondernutzungsrecht bestanden hätte. Gemäss Art. 712g Abs. 4 ZGB bedarf eine Änderung der reglementarischen Zuteilung der Zustimmung der direkt betroffenen Stockwerkeigentümer. Versteht man unter «Änderung» im Sinn dieser Norm jeden Eingriff in das Sondernutzungsrecht, fällt darunter auch eine Erhöhung des Flächenmasses (vgl. AMÉDÉO WERMELINGER, Zürcher Kommentar, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2019, N 176 zu Art. 712g ZGB). Dann hätte der Beschwerdeführer der Vergrösserung seines Balkons in jedem Fall (und nicht nur unter den Voraussetzungen von Art. 647d Abs. 2 und 3 ZGB) zustimmen müssen.

Von Bedeutung ist der Berichtssentscheid weiter insofern, als er festhält, dass ein Beschluss, bei dessen Fällung Stockwerkeigentümer zu Unrecht vom Stimmrecht ausgeschlossen werden, nicht nichtig, sondern bloss anfechtbar ist. Im vorliegenden Fall geht es um die zwei Stockwerkeinheiten «Einstellhalle», die im Miteigentum stehen. Offenbar wurden diese beiden Stimmen bei der Beschlussfassung nicht berücksichtigt. Damit blieb es den Miteigentümern verwehrt, gemäss Art. 712o Abs. 1 ZGB ihre Stimme durch einen Vertreter abzugeben. Diejenigen unter ihnen, die nicht zusätzlich über ein Sonderrecht an einer der Wohnungen verfügten, konnten mit anderen Worten an der Meinungsbildung nicht teilhaben. Das Bundesgericht betont aber, dass die Beschlüsse auch bei Hinzurechnung dieser beiden Stimmen mit der Mehrheit aller Stockwerkeigentümer, die gleichzeitig den grösse-

ren Teil der Sache vertreten, zustande gekommen sind (E. 7.2.4 a. E.). Es verneint einen Eingriff in die Grundstrukturen der Stockwerkeigentümergeinschaft oder in zwingende Schutzrechte der Stockwerkeigentümer mit der Begründung, die vom Stimmrecht ausgeschlossenen Stockwerkeigentümer seien durch die Sanierung weder unmittelbar betroffen, noch würden sie in der späteren Nutzung ihres Sonderrechts beeinträchtigt (E. 7.2.5). Dazu ist zunächst festzuhalten, dass bauliche Massnahmen immer in die Substanz des Gebäudes und damit in das Eigentum eingreifen. Somit sind sämtliche Stockwerkeigentümer durch bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen materiell betroffen. Darüber hinaus besteht das Risiko, dass ein Bauhandwerkerpfandrecht errichtet wird, wobei die Pfandsumme nach Massgabe von Art. 648 Abs. 3 ZGB anteilmässig auf sämtliche Stockwerkeigentumsanteile verteilt wird. Das gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung selbst dann, wenn der einzelne Stockwerkeigentümer von der konkreten baulichen Massnahme nicht profitiert und deshalb intern gestützt auf Art. 712h Abs. 3 ZGB keine Kosten übernehmen muss (vgl. BGE 125 III 113 ff. [117 f.], E. 3a). Unter diesen Gesichtspunkten scheint es zumindest diskutabel, ob die blossе Anfechtbarkeit des Beschlusses dem Schutzbedürfnis der Stockwerkeigentümer gerecht wird. Die Frage stellt sich (über den vorliegenden Fall hinaus), wenn das kombinierte Stockwerkeigentum über Untergemeinschaften pro Gebäude verfügt und eine dieser Untergemeinschaften unter Ausschluss der übrigen Stockwerkeigentümer über bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen «ihres» Gebäudes beschliesst (zur Unzulässigkeit, einer Untergemeinschaft die Kompetenz zur selbständigen Beschlussfassung über bauliche Massnahmen an gemeinschaftlichen Teilen einzuräumen, vgl. JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Stockwerkeigentumsrecht [Art. 712a–712t ZGB], Zürich/Basel/Genf 2019 [LBR Band 129], 54).

## 2. Dienstbarkeiten

### 2.1 Teilung eines selbständigen und dauernden Baurechts

*BGE 147 III 1 ff. (BGer 5A\_341/2019) = Pra 2021 Nr. 26 = ZBGR 102/2021, 245 ff.*

*Wird ein selbständiges und dauerndes Baurecht, das als Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist, flächenmässig geteilt, liegt keine Neubegründung, sondern eine blosser Änderung der Dienstbarkeit mit Rangwahrung vor, sofern die Aufteilung auf gleich- und nachrangige Rechte keine Auswirkungen hat und sich der Inhalt des Baurechts abgesehen von der Fläche nicht ändert. In einem solchen Fall muss die Mindestdauer von 30 Jahren für das im Umfang der ausgeschiedenen Fläche neu zu eröffnende Hauptbuchblatt nicht gegeben sein.*

Auf dem Grundstück der Ortsbürgergemeinde U., das eine Fläche von 27 004 m<sup>2</sup> aufweist, lasten vier selbständige und dauernde Baurechte, die als Grundstücke in das Grundbuch aufgenommen sind. Berechtigt sind unter anderem die A. AG auf einer Fläche von 10 920 m<sup>2</sup> sowie die B. AG auf einer Fläche von 3 570 m<sup>2</sup>. Das selbständige und dauernde Baurecht der A. AG läuft noch bis zum 16. Mai 2038. Während es der B. AG an Platz mangelt, verfügt die A. AG über überschüssige Fläche. Aus diesem Grund einigten sich die beiden Baurechtsnehmerinnen mit der Baurechtsgeberin mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 28. November 2017 auf eine Verkleinerung der Baurechtsfläche der A. AG. Der freiwerdende Flächenteil sollte in ein neues, fünftes Baurechtsgrundstück überführt und der B. AG zugewiesen werden. Das zuständige Grundbuchamt wies die Eintragung des Rechtsgeschäfts ab. Die von den Gesuchstellern beim zuständigen Departement dagegen erhobene Beschwerde wurde insbesondere mit der Begründung abgewiesen, selbständige und dauernde Baurechte könnten nicht wie Liegenschaften geteilt werden und es sei ausserdem eine Mindestdauer von 30 Jahren einzuhalten. Nachdem das zweitinstanzlich zuständige Verwaltungsgericht des Kantons Aargau die von der A. AG, der B. AG und der Ortsbürgergemeinde U. dagegen erhobene Beschwerde abgewiesen hatte, wandten sich die drei Beschwerdeführerinnen mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundes-

gericht. Sie beantragten die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Sache zwecks Neuurteilung an die Vorinstanz. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und weist die Sache zur Neuurteilung an das Verwaltungsgericht zurück.

Die Vorinstanz begründete seine Abweisung im Wesentlichen damit, durch die Aufteilung eines Baurechtsgrundstücks würde ein weiteres selbständiges und dauerndes Recht errichtet, für dessen Aufnahme als Grundstück in das Grundbuch eine Mindestdauer von 30 Jahren erforderlich sei. Diese sei hier nicht gegeben, weshalb die vereinbarte Aufteilung des Baurechtsgrundstücks nicht in das Grundbuch eingetragen werden könne (E. 2.1).

Als Grundstücke im Sinn des Gesetzes gelten gemäss Art. 655 Abs. 1 und 2 ZGB neben den Liegenschaften auch die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte. Mit dieser Regel stellt der Gesetzgeber die selbständigen und dauernden Rechte den unbeweglichen Sachen gleich, obwohl sie keine Sachqualität haben. Er bedient sich damit einer gesetzlichen Fiktion. Rechtsprechung und Lehre behandeln das selbständige und dauernde Baurecht hinsichtlich seiner Stellung im Rechtsverkehr grundsätzlich wie die Liegenschaften. Das Bundesgericht zählt hierzu verschiedene Beispiele auf wie die Veräusserung des Baurechts oder seine Belastung mit Dienstbarkeiten oder Grundpfandrechten. Immerhin muss der Tatsache Rechnung getragen werden, dass das Baurecht eine Dienstbarkeit ist. Das Bundesgericht hat deshalb in seiner Rechtsprechung eine Gleichstellung des selbständigen und dauernden Baurechts mit der Liegenschaft immer dann abgelehnt, wenn es auf die Körperlichkeit des Gegenstands ankam. So kann ein selbständiges und dauerndes Baurecht nicht derelinquiert werden. Die Grenze der Gleichstellung liegt also dort, wo sich die Anwendbarkeit der Bestimmungen über das Grundeigentum mit dem dienstbarkeitsrechtlichen Charakter und der mangelnden Körperlichkeit des Baurechtsgrundstücks nicht mehr vereinbaren lässt (E. 3).

Das Bundesgericht verwirft dann die vom Bundesamt für Justiz im Anschluss an LIVER und andere Autoren vertretene Auffassung, der Dienstbarkeitscharakter und die fehlende Körperlichkeit schliessen die Teilung eines Baurechtsgrundstücks aus. Das selbständige und dauernde Baurecht hat wie eine Liegenschaft eine Ausdehnung, die sich in Quadratmetern erfassen lässt. Es kann ausserdem wie eine Liegenschaft – und im Unterschied zu den Grunddienstbarkeiten – mit

beschränkten dinglichen Rechten belastet werden und als Stammgrundstück für die Errichtung von Stockwerkeigentum dienen. Es ist für das Bundesgericht bei dieser Ausgangslage a priori nicht ersichtlich, warum das selbständige und dauernde Baurecht nicht auch mit Bezug auf die Teilung wie eine Liegenschaft behandelt werden können soll. Auch die Vorinstanz ist von der Teilbarkeit ausgegangen und hat die Eintragungsfähigkeit des Geschäfts lediglich damit begründet, das Erfordernis der Mindestdauer von 30 Jahren sei nicht erfüllt (E. 4). Das Bundesgericht setzt sich zunächst mit dem Argument der Beschwerdeführerinnen auseinander, auf die Mindestdauer komme es insofern nicht an, als es nicht um die Begründung eines neuen, sondern um die Abänderung eines bestehenden Rechts gehe, da sich die Umgestaltung nicht auf die gleich- und nachrangigen Rechte auswirke. Das Gesetz lässt die Änderung einer Baurechtsdienstbarkeit zu (vgl. Art. 964 f., 736 und 742 ZGB sowie Art. 131 GBV). Weder das ZGB noch die GBV regeln allerdings, wann eine blosser Änderung und wann eine Neubegründung vorliegt. Nach einem Überblick über die verschiedenen Lehrmeinungen zu dieser Frage kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass im vorliegenden Fall keine (Neu-)Begründung einer Baurechtsdienstbarkeit vorliegt. Die flächenmässige Aufteilung wirkt sich nämlich nicht auf gleich- und nachrangige Rechte aus und lässt den Inhalt der Dienstbarkeit – abgesehen von der Fläche – unverändert. Die Belastung des dienenden Grundstücks bleibt gleich, weshalb sich auch die Situation des Baurechtsgebers nicht ändert (E. 5). Damit bleibt abschliessend zu beurteilen, ob Art. 655 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB über die gesetzliche Mindestdauer von 30 Jahren auf die vorliegende Konstellation Anwendung findet. Das Bundesgericht hält dazu einleitend fest, dass die Mindestdauer nicht zum Selbstzweck verkommen darf. Eine Regelung der Mindestdauer war zunächst lediglich in der Grundbuchverordnung vom 22. Februar 1910 enthalten. Erst mit der Revision des Immobiliarsachenrechts, die am 1. Januar 2012 in Kraft getreten ist, fand sie (inhaltlich unverändert) Eingang in das ZGB. Nach der Lehre liegt der Grund für die Gleichstellung der selbständigen und dauernden Rechte mit den Liegenschaften insbesondere in der Möglichkeit der Verpfändung des Grundstücks. Die Mindestdauer soll dem Gläubiger eine gewisse Sicherheit geben, dass das verpfändete Grundstück bis zur Amortisation der Pfandschuld bestehen bleibt. Für die (Neu-)Begründung eines selbständigen und dauernden Baurechts leuchtet das ohne Wei-

teres ein. Besteht das Baurechtsgrundstück aber schon und liegt lediglich eine Änderung der Dienstbarkeit vor, bleibt den Grundpfandgläubigern ihre Sicherheit erhalten. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb in einem solchen Fall die Mindestdauer eingehalten werden muss, damit die geänderte Dienstbarkeit als Grundstück in das Grundbuch eingetragen werden kann. Im Übrigen kann von der gesetzlichen Mindestdauer auch in anderen Fällen, in denen Baurechte betroffen sind, abgesehen werden, so zum Beispiel bei der Parzellierung einer mit einem selbständigen und dauernden Baurecht belasteten Liegenschaft bei Übertragung des Baurechts auf die neu entstehenden Parzellen. Das Bundesgericht kommt damit zum Schluss, dass im vorliegenden Fall das Erfordernis der gesetzlichen Mindestdauer für das Hauptbuchblatt, das im Umfang der ausgeschiedenen Fläche neu zu eröffnen ist, nicht erfüllt sein muss (E. 6).

Mit diesem Entscheid folgt das Bundesgericht der Berner Praxis, welche die flächenmässige Aufteilung eines Baurechts zulässt (vgl. Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern, Handbuch für den Verkehr mit den Grundbuchämtern und die Grundbuchführung [Bearbeitungsdatum: 1. April 2022], Ziff. 3.7 und 7.7.2, abrufbar unter <https://www.gba.dij.be.ch>). In der Lehre ist das Urteil im Ergebnis überwiegend auf Zustimmung gestossen (vgl. etwa STEPHAN WOLF, AJP 2021, 510 ff. [insbesondere 513 ff., wenn auch mit kritischen Bemerkungen hinsichtlich des Begründungsansatzes des Bundesgerichts zur Möglichkeit der Teilung eines selbständigen und dauernden Baurechts]; JÜRIG SCHMID, ZBGR 102/2021, 255 f. [Bemerkung der Redaktion zu BGE 147 III 1 ff.]; PHILIPP EBERHARD, Teilbarkeit von selbständigen und dauernden Baurechten, dRSK, publiziert am 28. Januar 2021, Rz. 28 und 31; ablehnend hingegen JÖRG SCHMID/NURIA MONTERO, Die flächenmässige Aufteilung von Baurechten, BR/DC 2021, 136 ff. [137 f.]). Nach der hier vertretenen Auffassung überzeugt die Argumentation des Bundesgerichts nicht. Dienstbarkeiten als solche sind nicht teilbar. Das zeigt sich schon darin, dass eine Dienstbarkeit, die mehreren Personen gemeinsam zusteht, zwischen diesen nicht geteilt werden kann. Die Befugnis, welche die Dienstbarkeit den berechtigten Personen einräumt, wird entweder ausgeübt oder nicht ausgeübt; eine Ausübung nach Teilen ist nicht denkbar (PETER LIVER, Zürcher Kommentar, 3. A., Zürich 1980, N 13 zu Art. 743 ZGB i. V. m. N 44 zu Art. 730 ZGB). Der Grundsatz der Unteilbarkeit der Dienst-

barkeit bedeutet auch, dass es nicht möglich ist, einzelne Befugnisse von einer Dienstbarkeit abzutrennen und auf eine andere Person zu einem dinglichen Recht zu übertragen (LIVER, a. a. O., N 21 zu Art. 743 ZGB i. V. m. N 42 zu Art. 730 ZGB). Im Gegensatz zu einer Liegenschaft kann ein Baurechtsgrundstück also nicht geteilt werden. Stattdessen gibt es andere rechtliche Möglichkeiten. Ist, wie hier, die Baurechtsfläche zu gross, lässt sich – sofern der Baurechtsvertrag dies nicht ausschliesst – hinsichtlich der nicht benötigten Fläche ein Unterbaurecht errichten (LIVER, a. a. O., N 13 f. zu Art. 743 ZGB). Weiter kann das bestehende Baurecht abgeändert werden, indem die Baurechtsfläche verringert wird. Für die freiwerdende Fläche besteht die Möglichkeit, ein weiteres Baurecht zu errichten, das dann allerdings einen neuen Rang erhält. Das Bundesamt für Justiz hat sich in seiner Stellungnahme zur Beschwerde insbesondere auf LIVER bezogen. Das Bundesgericht verwirft LIVERS Ausführungen mit der blossen Bemerkung, dieser vertrete gemäss eigenen Angaben eine «*grundsätzliche dogmatische Auffassung* [...]», was ihm verbiete, «aus der Not eine Tugend zu machen» (E. 4.2). Abgesehen davon, dass LIVER diese etwas kryptische Aussage nicht im hier interessierenden Kontext gemacht hat, ist nicht ersichtlich, warum sich eine Auseinandersetzung mit seiner Lehrmeinung deswegen erübrigen sollte. Ausserdem kann dem Bundesgericht nicht gefolgt werden, wenn es festhält, aus der Sicht der Baurechtsgeberin stelle sich die Situation nach der flächenmässigen Aufteilung der bestehenden Dienstbarkeit unverändert dar (so aber E. 5.7). Mit der Errichtung des neuen Baurechts zugunsten der B. AG steht der Baurechtsgeberin gestützt auf Art. 682 Abs. 2 ZGB nämlich eine weitere vorkaufsberechtigte Person gegenüber (SCHMID/MONTERO, a. a. O., 138).

Im vorliegenden Fall bestand für die Parteien zwar grundsätzlich die Möglichkeit, am Baurechtsgrundstück der A. AG für die nicht benötigte Fläche ein Unterbaurecht zu errichten. Dieses hätte allerdings nicht als «dauernd» ausgestaltet werden können, weil das Baurecht selbst nur noch bis 2038 läuft. Eine Änderung des Baurechts der A. AG durch Reduktion der Baurechtsfläche (mit Rangwahrung) hätte der Baurechtsgeberin die Möglichkeit eröffnet, ein weiteres Baurecht zugunsten der B. AG zu errichten (mit neuem Rang) und dieses als selbständig und dauernd auszugestalten. Auch diese Möglichkeit scheint jedoch nicht den Bedürfnissen der Parteien entsprochen zu haben.

Geht man mit dem Bundesgericht (und entgegen der hier vertretenen Meinung) davon aus, dass es sich bei der Errichtung des neuen Baurechts nicht um eine Neubegründung, sondern lediglich um eine Änderung der bestehenden Dienstbarkeit (mit Eröffnung eines neuen Grundbuchblatts) handelt, besteht tatsächlich kein Grund, für dieses erneut die Mindestdauer von 30 Jahren zu verlangen. Auch der Schutz des Vertrauens Dritter in das Grundbuch verlangt dies nicht: Da selbständige Baurechte gemäss Art. 779I Abs. 1 ZGB auf höchstens 100 Jahre (und damit nicht auf unbestimmte Zeit) errichtet werden können, sind sie notwendigerweise befristet, was sich aus dem Stichwort ergibt. Konsultieren Dritte das Grundbuch, sind sie deshalb über die verbleibende Laufzeit des neu eingetragenen Baurechts informiert (anders SCHMID/MONTERO, a. a. O., 138, wonach Dritte darauf vertrauen können müssen, dass das neu eingetragene Recht eine Mindestdauer von 30 Jahren aufweist).

In einem Obiter Dictum hält der Berichtsschied in E. 6.5.1 schliesslich en passant fest, es gebe «namentlich keine sog. Gesamtbaurechte, d. h. Baurechte zu Lasten mehrerer angrenzender Grundstücke». Diese Frage ist – entgegen dem, was der Berichtsschied vermuten liesse – in der Lehre umstritten (vgl. die Hinweise bei BENNO HENGGELER, Die Beendigung der Baurechtsdienstbarkeit infolge Zeitablaufs und der vorzeitige Heimfall [Art. 779c ff. ZGB], Freiburger Diss., Zürich/Basel/Genf 2005 [AISUF Band 235], 23 f.), und verschiedene Kantone lassen zumindest unter bestimmten Voraussetzungen Gesamtbaurechte zu (vgl. auch ZBGR 98/2017, 97 ff. [Berner Obergericht], wonach die Eintragung eines Gesamtbaurechts in das Grundbuch zulässig ist, wenn zwischen sämtlichen Grundeigentümern als Baurechtsgeber und dem Baurechtsnehmer ein einziger Baurechtsvertrag abgeschlossen wird und die Grundeigentümer die ihnen gegenüber dem Baurechtsnehmer zustehenden Rechte nur gemeinsam ausüben können). Aus rechtlicher Sicht sind Gesamtbaurechte insbesondere aufgrund von Art. 675 Abs. 2 ZGB problematisch. Die Befürworter begründen die Zulässigkeit einer solchen rechtlichen Ausgestaltung denn auch insbesondere mit praktischen Bedürfnissen (vgl. PETER R. ISLER/DOMINIQUE GROSS, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. A., Basel 2019, N 35 zu Art. 779 ZGB). Da sich das Bundesgericht im Berichtsschied mit der bestehenden Kontroverse nicht auseinandersetzt, bleibt die Bedeutung des Obiter Dictum unklar.

## 2.2 Verlegung eines Wegrechts

*BGE 147 III 215 ff. (BGer 5A\_128/2020) = Pra 2021 Nr. 73*

*Bei der gemäss Art. 742 Abs. 1 ZGB vorzunehmenden Prüfung, ob der neue Verlauf des Wegrechts nicht minder geeignet ist als der bisherige, muss eine aus der Verlegung resultierende Beschränkung der Durchfahrthöhe in die Beurteilung miteinbezogen werden.*

A. ist Eigentümer des bebauten Grundstücks Nr. s in der Gemeinde U. Auf der Rückseite seines Hauses befindet sich ein Streifen Land, der dem Abstellen von Fahrzeugen dient. Im Norden grenzt die Parzelle an das nur zu einem kleinen Teil überbaute Grundstück Nr. u, das im Eigentum der Stadt Zürich steht. Um A. die Zufahrt zur Rückseite seines Hauses zu ermöglichen, wurde seinerzeit ein Fuss- und Fahrwegrecht in das Grundbuch eingetragen, das quer von der C. strasse in das Grundstück Nr. u führt und nach einem rechten Winkel das Grundstück Nr. s in seiner nordwestlichen Ecke erreicht. Die Stadt Zürich will auf ihrem Grundstück Nr. u ein Baurecht vergeben. Dafür soll das bestehende Gebäude abgerissen und durch einen Neubau ersetzt werden. Dieser Neubau würde die bestehende Lücke zwischen der C.strasse und dem Grundstück Nr. s schliessen, und der hintere Teil des Grundstücks Nr. u würde zu einem Innenhof werden. Damit A. die Rückseite seines Hauses nach wie vor erreichen kann, sieht die Stadt Zürich beim gegenwärtig auf ihrem Grundstück stehenden Haus eine Gebäudedurchfahrt mit einer lichten Höhe von 3,6 Metern vor. A. blieb mit seiner Anfechtung der für das Projekt erteilten Baubewilligung erfolglos. Mit Klage vom 23. Januar 2019 verlangte die Stadt Zürich eine Änderung der Dienstbarkeit in dem Sinn, dass deren Fläche verlegt werden und in Zukunft durch die Gebäudedurchfahrt führen soll. Nach einer Gutheissung der Klage durch das Bezirksgericht Zürich wandte sich A. an das Obergericht des Kantons Zürich, welches das erstinstanzliche Urteil bestätigte. Das Bundesgericht weist die von A. gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde in Zivilsachen ab.

Beschränkt sich die Ausübung einer Dienstbarkeit auf einen Teil des belasteten Grundstücks, kann dessen Eigentümer, wenn er ein Interesse nachweist und die Kosten übernimmt, nach Art. 742 Abs. 1 ZGB die Verlegung auf eine andere Stelle verlangen, sofern diese für den Berechtigten nicht weniger geeignet ist als die bisherige. Die Vor-

instanz hat die Gleichwertigkeit des neuen Verlaufs bejaht, wobei sie den Umstand, dass neu eine Höhenbeschränkung hinzukommt, nicht gestützt auf Art. 742 ZGB, sondern unter dem Blickwinkel von Art. 736 ZGB gewürdigt hat (unpublizierte E. 3 und 4.2). Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung beider Bestimmungen. Das Bundesgericht prüft insbesondere, ob die Höhenbeschränkung – entgegen den von der Vorinstanz geäusserten Bedenken – im Rahmen der Beurteilung gemäss Art. 742 ZGB zu berücksichtigen ist, ob mit anderen Worten der Umstand, dass die Verlegung des Wegrechts zu einer Beschränkung der Durchfahrtshöhe führt, den neuen Verlauf als weniger geeignet erscheinen lassen kann. Das ist zu bejahen, da sich die Frage nach der Eignung anhand des Inhalts der Dienstbarkeit beurteilt. Die neue Ausübungsstelle muss in wirtschaftlicher Hinsicht der alten entsprechen und der berechtigten Person objektiv betrachtet die gleichen Vorteile und Annehmlichkeiten bieten. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit Art. 742 ZGB bereits in früheren Entscheiden nicht nur in zwei Dimensionen gedacht (E. 4.5). Die Vorinstanz hat damit Bundesrecht verletzt, als sie die vertikale Dimension bei ihrer Beurteilung der Eignung des neuen Verlaufs unter dem Blickwinkel von Art. 742 ZGB ausgeklammert hat. Im Ergebnis ist das Urteil der Vorinstanz aber nicht zu beanstanden. Zwar stützt es sich mit Art. 736 ZGB auf die falsche Norm ab. Die Interessenlage ist aber bei beiden Normen nach objektiven Kriterien zu beurteilen. In tatsächlicher Hinsicht ist die Vorinstanz willkürfrei zum Schluss gekommen, dass bereits aufgrund der heutigen Wegführung völlig ungewiss ist, ob die Strasse von Fahrzeugen mit einer Höhe von mehr als 3,4 Metern befahren wird. Objektiv betrachtet, kann die Verlegung deshalb keine Verschlechterung bedeuten die über das Mass dessen hinausgeht, was der Beschwerdeführer nach Art. 742 Abs.1 ZGB gerade noch akzeptieren muss (unpublizierte E. 4.6).

Das Bundesgericht erinnert im Berichtsentscheid unter Hinweis auf BGE 88 II 150 ff. (154), E. 4, daran, dass Art. 742 Abs. 1 ZGB ein Anwendungsfall des Grundsatzes von Art. 737 Abs. 2 ZGB ist, wonach der Dienstbarkeitsberechtigte sein Recht in möglichst schonender Weise ausüben muss (unpublizierte E. 3.1; a.M. offenbar JONAS MANGISCH, Die Verlegung von Grunddienstbarkeiten unter besonderer Berücksichtigung von Art. 742 ZGB, Diss. Bern 2020 [INR Band 26], Nr. 5.31). Zu beachten bleibt, dass dieser Grundsatz nicht

den Umfang der vereinbarten Dienstbarkeit einschränkt, sondern nur eine missbräuchliche Ausübung verbietet (vgl. etwa JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6. A., Zürich/Genf 2022, Nr. 1287 mit Hinweisen). Er darf mit anderen Worten «nicht zu einer inhaltlichen Verengung des Dienstbarkeitsrechts führen» (BGE 137 III 145 ff. [152], E. 5.5); Beschränkungen, die zu keiner merklichen Beeinträchtigung bei der Ausübung der Dienstbarkeit führen, sind immerhin hinzunehmen (BGE a. a. O., E. 5.4; zur entsprechenden Rechtslage bei Art. 742 ZGB vgl. MANGISCH, a. a. O., Nr. 5.34 mit Hinweisen). Methodisch gesehen muss damit zunächst gestützt auf Art. 738 ZGB der Umfang der Dienstbarkeit ermittelt werden, um beurteilen zu können, ob ein Anspruch auf Verlegung besteht (vgl. auch BGE 57 II 155 ff. [158], E. 1b). Bei einem Wegrecht stellt sich damit auch im Zusammenhang mit Art. 742 Abs. 1 ZGB notwendigerweise die Frage, bis zu welcher Höhe die Dienstbarkeit ausgeübt werden darf. Das Bundesgericht geht im Berichtsentcheid für die Beurteilung dieser Frage zwar nicht explizit nach Art. 738 ZGB vor. Es ist aber unbestritten, dass die meisten Kleinlaster sowie leichte und gewisse mittelschwere LKW die geplante Gebäudedurchfahrt passieren könnten. Ausserdem hat sich der Beschwerdeführer nicht rechtsgenügend gegen die Feststellung der Vorinstanz zur Wehr gesetzt, es sei reine Spekulation, dass es einmal Fahrzeuge geben werde, die einerseits zu hoch für die geplante Gebäudedurchfahrt, andererseits aber kurz und schmal genug wären, um auf der bestehenden Wegstrecke zum berechtigten Grundstück zu gelangen (unpublizierte E. 4.6). Daraus ergibt sich ohne Weiteres, dass die Gebäudedurchfahrt den Umfang der Dienstbarkeit in der vertikalen Dimension nicht einschränkt.

### 2.3 Ablösung einer Dienstbarkeit

*BGer 5A\_162/2021 vom 9. September 2021*

*Dient eine Baubeschränkung dazu, eine gewisse Ruhe im Quartier zu bewahren, lässt sich das nach Art. 736 Abs. 1 ZGB erforderliche Interesse an der Dienstbarkeit nicht mit dem blossen Hinweis auf die Entwicklung des Quartiers und die Verdichtung der Besiedlung begründen. Vielmehr gilt es zu berücksichtigen, wie sich die*

*Entwicklung des Quartiers konkret auf die Umgebung und die Lage des berechtigten Grundstücks ausgewirkt hat und ob sich der Zweck der Dienstbarkeit überhaupt noch erreichen lässt.*

A. ist Eigentümer der Grundstücke Nr. 10791 und 10793, die im Quartier unterhalb des Bahnhofs von G. liegen. Das im Eigentum der B. GmbH stehende Grundstück Nr. 11773 wird von diesen Grundstücken durch eine ausgedehnte Parzelle getrennt, auf der zwei grosse Gebäude stehen. Die drei Grundstücke bildeten ursprünglich eine einzige Parzelle. Im Jahr 1946 wurde die Parzelle zweigeteilt. Eine der neu entstehenden Parzellen wurde zugunsten der anderen mit zwei Dienstbarkeiten (teilweises Bauverbot sowie Baubeschränkung) belastet. Im Lauf der Jahre kam es zu verschiedenen weiteren Grundstücksteilungen. Heute bestehen die genannten Dienstbarkeiten unter anderem zugunsten der Grundstücke Nr. 10791 und 10793 und zu Lasten des Grundstücks Nr. 11773. A. beantragte mit Bezug auf ein von der B. GmbH 2017 öffentlich aufgelegtes Bauprojekt auf dem Grundstück Nr. 11773 (Abriss eines bestehenden Wohnhauses und Erstellen eines neuen Gebäudes mit Tiefgarage), es sei der B. GmbH die Aufnahme der Arbeiten vorsorglich zu untersagen, da das Bauprojekt die Dienstbarkeiten verletze. Das zuständige Gericht hiess den Antrag gut und setzte A. Frist an, um Klage einzureichen. Dieser klagte fristgerecht und verlangte, es sei der B. GmbH die geplante Erstellung des Gebäudes zu untersagen. Die Beklagte erhob Widerklage mit dem Begehren, es sei festzustellen, dass der Kläger an den Dienstbarkeiten kein Interesse mehr habe und diese deshalb zu löschen seien. Die erste Instanz hiess die Klage gut und wies die Widerklage ab. Das Kantonsgericht des Kantons Neuenburg hiess die von der B. GmbH dagegen erhobene Berufung gut und ordnete die Löschung der Dienstbarkeiten an. Das Bundesgericht bestätigt die Löschung der Servituten.

Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz insbesondere eine Verletzung von Art. 736 Abs. 1 ZGB vor. Nach dieser Bestimmung kann der Belastete die Löschung der Dienstbarkeit verlangen, wenn sie für das berechnigte Grundstück alles Interesse verloren hat. Hierbei handelt es sich um eine Folge des Grundsatzes, dass der Berechnigte ein vernünftiges Interesse an der Dienstbarkeit haben muss. Bei der Beurteilung ist namentlich der Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit zu beachten, wonach eine Dienstbarkeit nicht zu einem anderen

Zweck aufrechterhalten werden darf als zu dem Zweck, zu dem sie ursprünglich errichtet worden ist. Ob nach wie vor ein Interesse besteht, das dem ursprünglichen Zweck der Dienstbarkeit entspricht, hat das Gericht gestützt auf die Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Der Entscheid beruht also auf Ermessen (Art. 4 ZGB), und das Bundesgericht auferlegt sich bei dessen Überprüfung praxisgemäss eine gewisse Zurückhaltung. Es ist unbestritten, dass der ursprüngliche Zweck der Dienstbarkeiten im vorliegenden Fall darin bestand, die freie Aussicht sowie die Ruhe und den ländlichen Charakter der Umgebung zu erhalten. Auch bestreitet der Beschwerdeführer nicht, dass die Dienstbarkeiten mit Bezug auf die Bewahrung der Aussicht alles Interesse verloren haben, weil das belastete Grundstück aufgrund der verschiedenen, im Lauf der Jahre erfolgten Teilungen mit entsprechender Bautätigkeit von den berechtigten Grundstücken aus nicht oder nur wenig sichtbar ist. Hingegen macht er geltend, er habe allein aufgrund der Entwicklung des Quartiers und der Verdichtung der Besiedelung nach wie vor ein Interesse am Erhalt der Ruhe, und beruft sich dafür auf BGer 5A\_340/2013. Das Bundesgericht folgt dieser Argumentation nicht und ruft in Erinnerung, dass jeder Fall anhand der konkreten Umstände zu beurteilen ist. In casu hat sich die Situation seit 1946 wesentlich verändert. Während es sich beim ursprünglichen Grundstück um eine wenig oder gar nicht überbaute Obstwiese gehandelt hat, ist das Gebiet heute dicht überbaut. Nachdem die Beschwerdegegnerin diese Veränderungen nachgewiesen hat, hätte sich der Beschwerdeführer nicht mit der allgemeinen Behauptung begnügen dürfen, bereits die zunehmende Verdichtung des Quartiers begründe sein Interesse an der Bewahrung der Ruhe. Vielmehr hätte er zeigen müssen, dass der ursprüngliche Zweck überhaupt noch erreicht werden kann. Die Vorinstanz hat festgehalten, dass eine Löschung der Dienstbarkeiten keine Auswirkungen auf die Ruhe im Quartier hätte. Aufgrund der bestehenden Bebauungslage wären die berechtigten Grundstücke durch eine Erhöhung des Verkehrs, welche die geplante Baute allenfalls nach sich ziehen würde, gar nicht betroffen. Darüber hinaus trennen verschiedene grosse Gebäude das belastete Grundstück von den berechtigten Grundstücken. Insofern unterscheidet sich der Fall auch massgeblich von der in BGer 5A\_340/2013 zu beurteilenden Konstellation, wo das belastete und das berechnigte Grundstück aneinandergrenzten und ausserdem die Entwicklung und das Erscheinungsbild des Quartiers nicht vergleichbar waren. Im Übrigen hat der

Beschwerdeführer nicht geltend gemacht, dass ein Gebäude, das ohne Beachtung der Baubeschränkung auf dem belasteten Grundstück errichtet würde, geeignet wäre, seine Ruhe zu stören. Die Vorinstanz hat damit ihr Ermessen nicht überschritten, als sie zum Schluss gekommen ist, dass der Beschwerdeführer alles Interesse an den Dienstbarkeiten verloren hat (E. 5).