

# BGer 5A 85/2024 vom 8. November 2024

Bundesgericht, 2024-11-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_85\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_85_2024)

FR: TF 5A 85/2024 du 8 novembre 2024

IT: TF 5A 85/2024 del 8 novembre 2024

## Regeste

Bauverbotsdienstbarkeit | Sachenrecht

## Erwägungen

### E. 1

Angefochten ist ein kantonales letztinstanzliches Urteil über die Auslegung einer Grunddienstbarkeit mit einem kantonal festgestellten Streitwert von Fr. 100'000.--. Die Beschwerde in Zivilsachen steht somit offen ( Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 lit. b, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG ). Die Beschwerde hat eine Begründung zu enthalten, in welcher in gedrängter Form dargelegt wird, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ), was eine sachbezogene Auseinandersetzung mit dessen Erwägungen erfordert ( BGE 140 III 225 E. 2; 142 III 364 E. 2.4 ). Diese Begründungsanforderungen sind ohne Einschränkung erfüllt. Im Übrigen wendet das Bundesgericht das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ).

### E. 2

Beschwerdegegenstand bilden die Fragen nach dem Zweck sowie nach dem Inhalt der Dienstbarkeit und dabei insbesondere, was im Rahmen der rechtlichen Auslegung unter einer eingeschossigen Baute verstanden werden muss.

#### E. 2.1

Für die Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit gibt Art. 738 ZGB eine Stufenordnung vor. Ausgangspunkt ist der Grundbucheintrag. Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrag deutlich ergeben, ist dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend ( Art. 738 Abs. 1 ZGB ). Der gutgläubige Dritte darf sich auf einen klaren und deutlichen Eintrag verlassen. Soweit jedoch der Wortlaut unklar ist, darf im Rahmen des Eintrags auf den Erwerbsgrund zurückgegriffen werden ( Art. 738 Abs. 2 ZGB ), d.h. auf den Begründungsakt, der als Beleg beim Grundbuchamt aufbewahrt wird ( Art. 948 Abs. 2 ZGB ) und einen Bestandteil des Grundbuchs bildet ( Art. 942 Abs. 2 ZGB ). Dies ist namentlich der Fall, wenn der Eintrag die Dienstbarkeit nicht weiter spezifiziert, sondern sich dieser in der blossen Benennung wie "Baubeschränkung" erschöpft. Ist auch der Erwerbsgrund nicht schlüssig, kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit - im Rahmen des Eintrags - aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist ( Art. 738 Abs. 2 ZGB ; BGE 128 III 169 E. 3a; 130 III 554 E. 3.1; 138 III 650 E. 5.3; Urteil 5A\_955/2022 vom 26. Mai 2023 E. 3.3.1, nicht publ. in BGE 149 III 400 ).

#### E. 2.2

Soweit die Auslegung des Dienstbarkeitsvertrages in Frage steht, gelten die allgemeinen obligationenrechtlichen Regeln ( BGE 130 III 554 E. 3.1; 139 III 404 E. 7.1). Nach Art. 18 Abs. 1 OR bestimmt sich der Inhalt des Vertrages in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien; soweit sich dieser nicht (mehr) ermitteln lässt, ist der Vertrag normativ nach dem Vertrauensgrundsatz auszulegen ( BGE 130 III 554 E. 3.1; 132 III 626 E. 3.1; 142 III 239 E. 5.2.1), d.h. so wie er nach dem Wortlaut und den gesamten Umständen nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verstanden werden durfte und musste ( BGE 142 III 671 E. 3.3; 144 III 327 E. 5.2.2.1; 148 III 67 E. 2.2.1). Spezifisch für den Dienstbarkeitsvertrag heisst dies, dass auf den Wortsinn nach dem lokalen Sprachgebrauch zur Zeit der Dienstbarkeitserrichtung sowie den Zweck der Dienstbarkeit abzustellen ist (Urteile 5A\_599/2013 vom 14. April 2014 E. 4.3; 5A\_692/2021 vom 25. April 2022 E. 5.3.1).

### **E. 2.3**

Vorbehaltlos gelten diese Auslegungsgrundsätze indes nur zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien. Im Verhältnis zu Dritten, die an der Errichtung der Dienstbarkeit nicht beteiligt waren und im Vertrauen auf das Grundbuch das dingliche Recht erworben haben, können persönliche Umstände und Motive, die für die Willensbildung der ursprünglichen Vertragsparteien bestimmend waren, aber aus dem Dienstbarkeitsvertrag selber nicht hervorgehen und für einen unbeteiligten Dritten normalerweise auch nicht erkennbar sind, nicht berücksichtigt werden ( BGE 130 III 554 E. 3.1; 139 III 404 E. 7.1). Die Objektivierung wird mithin gegenüber einem Vertrag, dessen Zweck sich in der Begründung eines obligatorischen Schuldverhältnisses erschöpft, verstärkt; massgeblich ist eine Auslegung nach den objektiv erkennbaren Umständen und im Vordergrund stehen die Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks (Urteile 5A\_28/2021 vom 31. März 2022 E. 3.4.3; 5A\_1043/2021 vom 27. Juni 2022 E. 3.2.2; 5A\_955/2022 vom 26. Mai 2023 E. 3.3.2; LIVER, Zürcher Kommentar, N. 91 ff. zu Art. 738 ZGB ).

### **E. 2.4**

Lässt sich weder der Zweck der Dienstbarkeit dem Grundbuch entnehmen noch sonst positiv feststellen, welche Motive für die Errichtung der Dienstbarkeit massgebend waren, ist im Rahmen der objektivierten Auslegung zu unterstellen, die damaligen Parteien hätten denjenigen Zweck verfolgt, der sich aufgrund der seinerzeitigen Verhältnisse aus den Bedürfnissen der Benutzung des herrschenden Grundstücks vernünftigerweise ergab ( BGE 107 II 331 E. 3b; 138 III 650 E. 5.3; Urteil 5A\_702/2019 vom 18. September 2020 E. 2.3; LIVER, Zürcher Kommentar, N. 57 und 147 ff. zu Art. 736 ZGB ; PIOTET, in: Schweizerisches Privatrecht, Band V/1, S. 578; TEMPERLI, Die Problematik bei der Aufhebung und Ablösung von Grunddienstbarkeiten, Diss. Zürich 1975, S. 132 ff.). Bei dieser objektivierten Auslegung anhand der damaligen Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks handelt es sich ebenfalls um eine vom Bundesgericht frei überprüfbare Rechtsfrage ( BGE 130 III 554 E. 3.2).

### **E. 3**

Die kantonalen Gerichte haben die sich stellenden Fragen kontrovers beurteilt.

#### **E. 3.1**

Das Kantonsgericht hat unter Verweisung auf das bundesgerichtliche Urteil 5C.240/2004 vom 21. Januar 2005 zur Ermittlung des Umfangs der Dienstbarkeit auf die bei der Errichtung der Dienstbarkeit im Jahr 1971 in U.\_\_\_\_\_ geltende kommunale

Bauverordnung aus dem Jahr 1965 (nachfolgend BauV-65) abgestellt, welche in Art. 31 Folgendes vorsah: Als Geschosse zählen Stockwerke, die weder unter Terrain noch im Dachgeschoss liegen. Wird der Keller unter Terrain geführt, so gilt er als unterstes Geschoss, sofern die Fussbodenhöhe 1,7 m oder mehr über dem gewachsenen Grund liegt (Abs. 1). Wird das Dachgeschoss mehr als bis zur Hälfte der darunterliegenden Vollgeschosse ausgebaut, so zählt es als anrechenbares Vollgeschoss (Abs. 2). Daraus hat das Kantonsgericht gefolgert, beim Bauprojekt gehe es um einen dreigeschossigen Neubau, welcher mit der Dienstbarkeit nicht zu vereinbaren sei.

### **E. 3.2**

Das Obergericht hat festgehalten, beide Grundstücke befänden sich in Hanglage, das herrschende Grundstück oberhalb, das belastete unterhalb, und talseitig bestehe Sicht auf den Vierwaldstättersee und die Rigi. Der visuelle Eindruck von Häusern in Hanglage sei standortabhängig; aus der Talperspektive werde ein Objekt anders wahrgenommen als aus der Bergperspektive. Die Parteien seien sich einig, dass die Dienstbarkeit im Hinblick auf die Überbauung des belasteten Grundstücks begründet worden sei und eine uneingeschränkte Sicht auf die Rigi und den See bewahrt werden solle. Es gehe mithin um eine AussichtsDienstbarkeit und diese Auffassung stehe mit den örtlichen Begebenheiten in Einklang. Insofern sei mit der Beschränkung der Geschoszahl die zulässige Gebäudehöhe umschrieben worden und demzufolge sei der Wortsinn von "Geschoss" zu ermitteln. Laut dem im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Art. 8 Abs. 3 BauG aus dem Jahr 1961 sei die Bestimmung der Geschoszahl in den kommunalen Baureglementen zu präzisieren gewesen. Offenkundig habe der Begriff "Geschoss" damals zwei Bedeutungen gehabt; einerseits als Oberbegriff aller möglichen Geschosse eines Gebäudes (Unter-, Voll- und Dachgeschoss) und andererseits als Bezeichnung der Vollgeschosse, d.h. der anzurechnenden Geschosse. So habe Art. 31 Abs. 1 Satz 1 BauV-65 Geschosse als Stockwerke definiert, die weder unter Terrain noch im Dachgeschoss lägen; diese seien nur unter den Voraussetzungen von Art. 31 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BauV-65 anzurechnen gewesen. Nach Treu und Glauben sei für einen Dritten erkennbar gewesen, dass mit "Geschoss" ein Vollgeschoss gemeint sei. Die Auslegung führe demnach zum Schluss, dass nur Neubauten mit einem Vollgeschoss zulässig sein sollten. Gemäss dem aktuell gültigen Baurecht sei dies vorliegend der Fall und entsprechend die Dienstbarkeit nicht verletzt.

### **E. 4**

Die obergerichtlichen Ausführungen betreffen zwei Kernpunkte. Zum einem geht es um die Frage des Zwecks bzw. der Zwecke der Dienstbarkeit (dazu sogleich E. 4.1 ff.). Zum anderen geht es um die Frage, was unter dem Begriff der Eingeschossigkeit zu verstehen ist; dies beschlägt in erster Linie den Inhalt der Dienstbarkeit (dazu E. 5).

#### **E. 4.1**

In Bezug auf den Zweck der Dienstbarkeit und dabei insbesondere hinsichtlich der Annahme des Obergerichts, es bestehe zwischen den Parteien Konsens, dass es um eine AussichtsDienstbarkeit gehe, rügt die Beschwerdeführerin eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung und ein Übergehen ihres mehrfach vorgetragenen gegenteiligen Standpunktes (Beschwerde, S. zz). Sie habe in Rz. 14 ihrer Berufungsantwort festgehalten, dass die Dienstbarkeit gerade nicht als AussichtsServitut oder Bauhöhenbeschränkung betitelt worden sei, weswegen dies auch nicht der einzige Zweck der Dienstbarkeit sei; damaliger Sinn und Zweck sei vielmehr auch die Beschränkung des umbauten Raumes

bzw. der Wohndichte und damit der Erhalt des landschaftlichen Charakters mit Chalets und der damit einhergehenden Wohnqualität gewesen. Bereits das Kantonsgericht habe dies bestätigt. Sodann habe sie an ihren Ausführungen, wie sie in der Berufungsantwort erfolgt seien, auch in der Duplik festgehalten und dort ausgeführt, dass U. \_\_\_\_\_ zur Zeit der Errichtung der Dienstbarkeit ein einfaches, von Landwirtschaft geprägtes Bergdorf gewesen sei, wobei im Laufe der Zeit simple eingeschossige Ferienhäuschen dazu gekommen seien (vgl. Duplik, Rz. 17 ff.).

#### **E. 4.2**

Nach den zutreffenden Beanstandungen der Beschwerdeführerin ist die obergerichtliche Unterstellung, die Parteien würden übereinstimmend von einer Aussichtsservitut ausgehen, augenfällig aktenwidrig und damit offensichtlich unrichtig. Die Beschwerdeführerin hatte nicht nur erstinstanzlich, sondern durchgängig auch im Berufungsverfahren explizit weitere Dienstbarkeitszwecke geltend gemacht, was im angefochtenen Entscheid ignoriert worden ist. Die Parteien waren sich nicht nur vor den kantonalen Instanzen, sondern sie sind sich im Übrigen auch vor Bundesgericht nicht einig betreffend den Zweck bzw. die Zwecke der Dienstbarkeit; in ihrer Vernehmlassung bekräftigt die Beschwerdegegnerin ihren bereits im kantonalen Verfahren vertretenen konträren Standpunkt, es sei einzig um die Aussicht und insofern um eine Bauhöhenbeschränkung gegangen, während die Wohndichte und der Erhalt des ländlichen Chalet-Charakters keine Rolle gespielt hätten. Zwischen den Parteien war aber auch umstritten, wie stark die Sicht durch die geplante Baute wirklich beeinträchtigt würde: Während die Beschwerdeführerin im kantonalen Verfahren behauptet hatte, dass die bislang umfassend bestehende Seesicht komplett verbaut würde und sie hierfür mit KB 28 eine Simulation vorgelegt hatte, ging und geht die Beschwerdegegnerin von einer gar nicht vorhandenen oder bloss marginalen Beeinträchtigung aus. Irgendwelche Sachverhaltsfeststellungen dazu finden sich im angefochtenen Entscheid nicht. Eine diesbezügliche Rückweisung an das Obergericht ist jedoch entbehrlich angesichts des nachstehenden Resultates, welches sich aus einer auf Rechtsanwendung beruhenden (vgl. E. 2) Ermittlung des Zwecks bzw. der Zwecke der Dienstbarkeit im Rahmen von diesbezüglich hinreichenden Parteivorbringen ergibt (dazu Art. 42 Abs. 2 und Art. 95 lit. a BGG ; BGE 140 III 86 E. 2; 146 IV 297 E. 1.2).

#### **E. 4.3**

Nach dem in E. 2 Gesagten darf die Auslegung einer Dienstbarkeit einzig im Rahmen der Eintragung vorgenommen werden. Diesbezüglich lässt sich vorab feststellen, dass sich aus dem Grundbucheintrag keine Bauhöhenbeschränkung ergibt. Eine solche Dienstbarkeit wäre anders, nämlich konkret mit Bauhöhen zu umschreiben (gewesen) und zweifellos auch unter diesem Stichwort eingetragen worden (vgl. zu betreffenden Grundbucheinträgen beispielsweise die Urteile 1C\_643/2020 vom 7. Januar 2022 Lit. A.a.; 5A\_28/2021 vom 31. März 2022 Lit. A.c und C.a.). Vielmehr lässt sich dem insoweit klaren Wortlaut des Grundbucheintrages eine Baubeschränkung dahingehend entnehmen, dass auf dem belasteten Grundstück nur eingeschossig gebaut werden darf. Entsprechend ist zentral, was aufgrund des Grundbucheintrages unter "Eingeschossigkeit" zu verstehen ist (vgl. diesbezüglich ähnliche Konstellation im Urteil 5A\_617/2009 vom 26. Januar 2010 E. 4.3.3); auf diese Kernfrage wird in E. 5 einzugehen sein. Für die vorab interessierende Frage nach dem Zweck bzw. den Zwecken der Dienstbarkeit ist einzig relevant, dass die Errichtung einer mehrgeschossigen Baute angesichts des Wortlautes des Grundbucheintrages unabhängig davon untersagt ist, ob und in welcher Intensität sich das

konkrete Bauprojekt auf die Aussicht des herrschenden Grundstücks auswirken würde. Deshalb bedarf es diesbezüglich auch keiner näheren Sachverhaltsabklärungen und vor diesem Hintergrund geht sodann das Argument der Beschwerdegegnerin an der Sache vorbei, aufgrund der Hanglage sei für die Beschwerdeführerin einzig das Dachgeschoss sichtbar und mithin störend. Im Übrigen würde dieses Vorbringen im Widerspruch zur zweiten Argumentationslinie der Beschwerdegegnerin stehen (dazu E. 5), dass nach heutiger öffentlich-rechtlicher Baugesetzgebung nur das Erdgeschoss als Vollgeschoss und damit Geschoss im Sinn des Dienstbarkeitswortlautes zu zählen sei: Die Verbindung der beiden Argumentationsstränge würde darauf hinauslaufen, dass mit dem Dachgeschoss für die Beschwerdeführerin gewissermassen ein gar nicht mitzählendes Geschoss einsehbar wäre und somit die Baute aus dem Blickwinkel des herrschenden Grundstücks bzw. des Dienstbarkeitsgegenstandes gar kein relevantes Geschoss aufweisen würde. Eine solche Betrachtungsweise wäre offenkundig unsinnig.

#### **E. 4.4**

Wie soeben festgehalten worden ist, schliesst der klare Wortlaut die Annahme einer Bauhöhenbeschränkung als Dienstbarkeitszweck aus und darf auf dem belasteten Grundstück unabhängig von der konkreten Beeinträchtigung der Aussicht nur eingeschossig gebaut werden. Dazu tritt der weitere Umstand, dass im Grundbuch nicht das bei betreffenden Dienstbarkeiten übliche Stichwort "Aussichtsdienstbarkeit" aufgenommen und die Frage der Aussicht auf See und Berge auch nicht in Worten umschrieben, sondern die Dienstbarkeit als Verbot der Errichtung mehrgeschossiger Bauten ausgestaltet worden ist. Dies lässt bei objektiver Betrachtung darauf schliessen, dass es bei der Begründung der Dienstbarkeit aus der Perspektive der seinerzeitigen Bedürfnisse des herrschenden Grundstückes nicht allein um den Erhalt der Aussicht gegangen sein kann. Vielmehr spricht bei dieser Ausgangslage alles für den im Rahmen einer objektivierenden Auslegung von der Beschwerdeführerin vertretenen Standpunkt, dass der Schutz einer unverbaubaren Sicht auf den Vierwaldstättersee und die Rigi zwar ein wichtiger Zweck der Dienstbarkeit (gewesen) sein mag, es aber ebenso um die Bewahrung des "Chalet-Charakters" der Umgebung und damit um die Verhinderung übermässiger Bauvolumina und einer starken baulichen Verdichtung gegangen ist. Eine bundesrechtskonforme Auslegung im Rahmen des Grundbucheintrages lässt keinen anderen als diesen Schluss zu.

#### **E. 5**

Der Hauptfokus der Beschwerde (wie bereits der kantonalen Rechtsschriften und Entscheide) liegt sodann auf der zweiten Frage, was im Dienstbarkeitskontext unter dem Begriff der eingeschossigen Baute zu verstehen ist.

##### **E. 5.1**

Der Vorwurf der Beschwerdeführerin geht im Kern dahin, dass das Obergericht die damalige (kommunale) baurechtliche Situation ausgeführt, dann aber in der Begründung unvermittelt einen Zeitsprung gemacht und darauf abgestellt habe, was nach heutiger Baugesetzgebung des Kantons Nidwalden als Vollgeschoss zu gelten habe; dies bedeute eine falsche Auslegung von Art. 738 ZGB und auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV. Demgegenüber schliesst sich die Beschwerdegegnerin der Sichtweise des Obergerichtes an und stellt sich auf den Standpunkt, massgeblich für die Auslegung der Dienstbarkeit sei das heutige Baurecht und nach diesem weise das konkrete Bauvorhaben bloss ein Vollgeschoss auf.

## **E. 5.2**

Der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt ist teilweise analog zu demjenigen des Urteils 5C.240/2004 vom 21. Januar 2005, auf welches die erste Instanz massgeblich abgestellt hat, teilweise weicht er aber auch von jener Konstellation ab. Beim Urteil 5C.240/2004 ging es um eine im Grundbuch unter dem Stichwort Baubeschränkung eingetragene Dienstbarkeit, welche im Begründungsakt wie folgt näher umschrieben war: "Die Eigentümerin des belasteten Grundstücks verzichtet bei einer Überbauung ihres Grundstückes auf die Erstellung von Mehrfamilienhäusern. Auf dem belasteten Grundstück dürfen somit nur zweigeschossige Einfamilienhäuser mit ausgebautem Dachstock erstellt werden." Zentral war in jenem Fall die Auslegung des Begriffes "zweigeschossig". Anders als beim Sachverhalt, welcher dem Urteil 5C.240/2004 zugrunde lag, ist vorliegend der Begriff "eingeschossig" bereits in der im Grundbuch aufgenommenen stichwortartigen Umschreibung des Dienstbarkeitsinhalts enthalten und ein Rückgriff auf den Begründungsakt ist insofern nicht zielführend, als sich dort mit "Baubeschränkung (eingeschossig)" die identische Umschreibung findet, ohne dass nähere Angaben dazu erfolgen würden. Dies haben das Obergericht und die Parteien übersehen, wenn sie von einer Vertragsauslegung ausgehen. Gegenstand der weiteren Erwägungen bildet vorliegend - wie dies in E. 4 bereits für die Frage des Dienstbarkeitszwecks erfolgt ist - die Umschreibung der Baubeschränkung, wie sie mit öffentlichem Glauben aus dem Grundbuch hervorgeht; ein Rückgriff auf den Dienstbarkeitsvertrag vermöchte keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn zu bringen.

## **E. 5.3**

Freilich ist die Umschreibung im Grundbuch nur scheinbar klar und in Wahrheit auslegebedürftig, denn das Wort Geschoss kann, wie das Obergericht insoweit zutreffend erkannt hat, mehrere Bedeutungen haben und entsprechend ergibt sich aus dem Begriff "eingeschossig" der Inhalt der Baubeschränkung nicht präzise. Ausgangspunkt der Auslegung einer sich aus dem Grundbuch ergebenden Dienstbarkeit ist, unter Vorbehalt eines örtlichen Sondersprachgebrauchs, der allgemeine Sprachgebrauch im Errichtungszeitpunkt (LIVER, a.a.O., N. 103 ff. zu Art. 738 ZGB; ESCHMANN, Auslegung und Ergänzung von Dienstbarkeiten, Diss. Zürich 2005, S. 30, mit kritischer Auseinandersetzung in Bezug auf den missverständlichen BGE 86 II 251 E. 5; NAEGELI, Die Auslegung der Grunddienstbarkeiten, Diss. Zürich 1935, S. 82; sodann analog für die Auslegung des Dienstbarkeitsvertrages Urteile 5A\_599/2013 vom 14. April 2014 E. 4.3; 5A\_692/2021 vom 25. April 2022 E. 5.3.1). Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist unter "Geschoss" der Gebäudeteil im Sinn des umbauten Gesamtraumes zu verstehen, der alle auf gleicher Höhe liegenden einzelnen Räume umfasst. Ebenfalls zum allgemeinen Sprachgebrauch gehören die in vertikaler Hinsicht die Lage des Geschosses beschreibenden Begriffe Untergeschoss (UG), Erdgeschoss (EG) und Dachgeschoss (DG). Bereits nicht mehr im Deutschen Universalwörterbuch des Duden-Verlages aufgeführt ist hingegen der Begriff "Vollgeschoss", der zur baurechtlichen Fachsprache gehört und unter dem in der Schweiz alle Geschosse von Gebäuden ausser den Unter-, Dach- und Attikageschossen zu verstehen sind (vgl. Anhang 1 Ziff. 6.1 zur Interkantonalen Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe, IVHB, welcher praktisch alle deutschsprachigen Kantone beigetreten sind, darunter insbesondere auch der Kanton Nidwalden, siehe Nr. 6zz.2 der kantonalen Gesetzessammlung). Dem Begriff "Vollgeschoss" könnte folglich bei der Auslegung einer privatrechtlichen Dienstbarkeit allenfalls hilfsweise eine Bedeutung

zukommen (dazu unten), wobei stets der allgemeine Sprachgebrauch im Errichtungszeitpunkt, welcher offensichtlich mit dem lokalen Sprachgebrauch übereinstimmt, den Ausgangspunkt bilden muss, weil der öffentliche Glaube des Grundbuches sich an das Publikum richtet, vorliegend namentlich an Rechtserwerber des dienstbarkeitsbelasteten, aber ferner auch des herrschenden Grundstücks. Darauf wird zurückzukommen sein. Bei einer rein am Wortlaut orientierten grammatikalischen Auslegung ist die Baubeschränkung vordergründig klar: Es dürfen nur Bauten mit einer einzigen Geschossfläche errichtet werden. Indes ist das der Eintragung beigegebene Stichwort "eingeschossig" wie gesagt nur scheinbar eindeutig, denn eine an teleologischen Gesichtspunkten orientierte Auslegung legt nahe, dass nur das sichtbare, also das über der Erdoberfläche liegende Geschoss gemeint ist. Diesfalls würde sich wie bei der Konstellation, welche dem Urteil 5C.240/2004 zugrunde lag, sogleich die Anschlussfrage stellen, wie ein Untergeschoss einzuordnen wäre, wenn es zu einem gewissen Teil sichtbar ist. Ferner könnte sich allenfalls auch die Frage stellen, ob und unter welchen Bedingungen ein Dach- oder Attikageschoss als Geschoss im Sinn der aus dem Grundbuch ersichtlichen Umschreibung der Dienstbarkeit zu gelten hätte. Das Bundesgericht hat im Urteil 5C.240/2004 zu diesem Fragenkomplex festgehalten, dass es zur Ermittlung, was unter dem Begriff "Geschoss" zu verstehen ist, in erster Linie auf den optischen Eindruck der zu erstellenden Baute ankommt, hilfsweise aber für Abgrenzungsfragen auch auf das örtliche Baureglement abgestellt werden kann (Urteil 5C.240/2004 vom 21. Januar 2005 E. 4). In jenem Entscheid wurde ferner erwogen, dass bei der optischen Wahrnehmung ein Untergeschoss noch nicht zwingend als Geschoss empfunden wird, nur weil es zu einem kleinen Teil aus dem Boden hervortritt, und dass zur Abgrenzung, ab wann es als von der Baubeschränkung betroffenes Geschoss gelten kann, eine gewisse Anlehnung an das örtliche Baureglement naheliegt, weil dieses solche Abgrenzungsfragen zwangsläufig beantworten muss.

#### **E. 5.4**

Werden die festgehaltenen Grundsätze auf den vorliegenden Fall angewandt - das Urteil 5C.240/2004 bezog sich zwar auf die Auslegung des Begründungsaktes, aber die Überlegungen sind mutatis mutandis auch für die Auslegung des Grundbucheintrags massgeblich -, ergibt sich Folgendes: Nach der zutreffenden Kritik der Beschwerdeführerin ist das Obergericht von Grundlagen ausgegangen, welche bereits im Ansatz verfehlt sind, wenn es die Optik explizit als unmassgebliches Kriterium bezeichnet, wenn es den allgemeinsprachlichen Begriff "Geschoss" mit dem baufachsprachlichen Begriff "Vollgeschoss" gleichsetzt und wenn es im Übrigen zur Bestimmung des Inhalts der im Jahr 1971 begründeten Baubeschränkungsdienstbarkeit nicht (soweit überhaupt nötig, dazu unten) hilfsweise die damalige kommunale Bauverordnung herangezogen, sondern verbindlich auf das heute gültige Baugesetz des Kantons abgestellt und befunden hat, nach diesem würden bei der zu errichtenden Baute das Unter- und das Dachgeschoss bei der Zählung der Vollgeschosse nicht mitgerechnet, weshalb die geplante Baute nur ein einziges Vollgeschoss aufweise, sie somit eingeschossig sei und folglich die Dienstbarkeit nicht verletze. Dieses argumentative Vorgehen steht im Gegensatz zu der bundesgerichtlich vorgezeichneten - und im angefochtenen Entscheid vorgängig an sich zutreffend wiedergegebenen - Methodik bei der Bestimmung des Umfangs der Baubeschränkungsdienstbarkeit. Sodann laufen die Erwägungen in der Absolutheit, wie sie im angefochtenen Entscheid erfolgen, auf eine Übersteuerung der vom Bundesgesetzgeber aufgestellten Wertordnung hinaus: Dieser gibt dem Grundstückseigentümer mit der

Dienstbarkeit ein Instrument in die Hand, mit welchem er sich auf privatrechtlicher Basis Einschränkungen bei der Bebauung von Nachbargrundstücken bis hin zum gänzlichen Bauverbot stipulieren lassen kann, was nur insoweit Sinn ergibt, als damit Einschränkungen gegenüber den (öffentlich-) rechtlich gegebenen baulichen Möglichkeiten verbunden sind, denn gerade in der Verhinderung des aus (öffentlich-) rechtlicher Sicht Zulässigen aktualisiert sich der Zweck der betreffenden Dienstbarkeit. Dabei vermögen weder ein Gestaltungsplan noch die allgemeine Entwicklung des öffentlichen Bau- und Planungsrechts - vorliegend namentlich das öffentliche Interesse an verdichtetem Bauen - privatrechtliche Nutzungsbeschränkungen ausser Kraft zu setzen oder bestehende Dienstbarkeiten in ihrem Umfang einzuschränken ( BGE 91 II 339 E. 4a; 107 II 331 E. 5a; 134 III 341 E. 2.2 und 3.1; Urteile 5C.155/1998 vom 17. September 1998 E. 6c; 5C.213/2002 vom 7. Februar 2003 E. 3.2; 5A\_637/2019 vom 27. April 2022 E. 2.4).

Massgeblich für die Bestimmung des Umfanges einer Baubeschränkung ist nach dem vorstehend Gesagten ausgehend vom allgemeinen Sprachgebrauch oder einem allfälligen lokalen Sondersprachgebrauch im Zeitpunkt der Eintragung der Dienstbarkeit der optische Eindruck der beabsichtigten Baute, wobei für Abgrenzungsfragen hilfsweise auch auf das im Entstehungszeitpunkt gültig gewesene örtliche Baureglement abgestellt werden kann. Weil das Obergericht von falschen Kriterien ausgegangen ist, hat es den rechtsrelevanten Sachverhalt gar nicht erst festgestellt. Jedoch lässt sich dem erstinstanzlichen Urteil die horizontale Dimension des beabsichtigten Bauwerks entnehmen, indem dort die Geschossflächen festgehalten worden sind (erwähnt in Lit. A des vorliegenden Urteils). Aus den KB 22-24 und 28 ergibt sich sodann die optische Erscheinung des geplanten Gebäudes. Weil dabei ins Auge springt, dass sich nicht im Entferntesten von einer eingeschossigen Baute im Sinn des Grundbucheintrages sprechen lässt, rechtfertigt es sich, die notwendigen Sachverhaltsergänzungen gestützt auf Art. 105 Abs. 2 BGG direkt vorzunehmen; eine Rückweisung zur diesbezüglichen Sachverhaltsfeststellung wäre offensichtlich prozessualer Leerlauf, zumal die Parteien hierzu bereits alles Nötige vorgebracht und aktenkundig gemacht haben. Aus den Plänen und den 3D-simulierten Ansichten in KB 22-24 und 29 ergibt sich, dass das Untergeschoss vollständig, d.h. ab Fussbodenhöhe aus dem Hang hervortritt. Es ist vollverglast (d.h. die Front durchgehend mit raumhohen Panoramafenstern versehen) und als Wohngeschoss konzipiert: Die Räume sind im Grundrissplan (KB 35) mit "Masterbedroom", "Büro/Zimmer", "DU/WC" etc. bezeichnet; einzig im hinteren, im Hang eingelassenen Teil des Geschosses findet sich nebst Treppen ein Technikraum, welcher jedoch bloss 9,1 m<sup>2</sup> der gesamten Fläche ausmacht. Aufgrund der von aussen wahrnehmbaren Optik handelt es sich nach allgemeinem Sprachgebrauch um ein Geschoss. Gleiches gilt für das Dachgeschoss, welches flächenmässig knapp 70 % des darunter liegenden Hauptgeschosses ausmacht: Wie aus den Plänen und den 3D-Simulationen ersichtlich ist, erscheint auch es gegen aussen optisch als Geschoss. Es weist an der ganzen Front eine Höhe von 2,5 m und hat ebenfalls durchgehend Panoramafenster. Ferner überspannt das mächtige Satteldach den gesamten Gebäudekubus und die Terrassen des Dachgeschosses erwecken dadurch eher den Eindruck von Loggien. Insgesamt weist der geplante Neubau von der Optik her augenfällig drei Geschosse auf, welche im Übrigen alle dem Wohnen dienen. Dies lässt sich mit der Baubeschränkung, wie sie aus dem Grundbuch hervorgeht, nicht ansatzweise vereinbaren. Vor diesem Hintergrund kann offenbleiben, ob es sich beim dritten Geschoss überhaupt um ein Dachgeschoss im baurechtlichen Sinn handelt: Aus öffentlich-rechtlicher Sicht sind Dachgeschosse solche, deren Kniestockhöhe das zulässige Mass nicht überschreiten (vgl. Anhang 1 Ziff. 5.3 und 6.3 zur IVHB sowie die

im Anhang 2 zur IVHB angeführten Skizzen mit Seitenaufzissen eines Dachgeschosses); damit ist gemeint, dass sie in der Dachschräge gelegen sind. In der fraglichen Zone W2C ist aus öffentlich-rechtlicher Sicht klarerweise auch ein Attika- oder ein weiteres Vollgeschoss zulässig, so dass es sich beim dritten Geschoss nicht notwendig um ein Dachgeschoss handeln muss, aber dies ist nach den vorstehenden Ausführungen für die Auslegung der Dienstbarkeit ohne Belang. Vor dem geschilderten Hintergrund erübrigt sich deshalb namentlich auch ein hilfsweiser Rückgriff auf die seinerzeitige kommunale BauV-65; nur der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass nach dieser sowohl das erste als auch das dritte Geschoss als Vollgeschosse zu zählen (gewesen) wären, wie die erste Instanz zutreffend erkannt hat.

#### **E. 6**

Zusammenfassend ergibt sich, dass in Gutheissung der Beschwerde der angefochtene Entscheid aufzuheben und der Klage der Beschwerdeführerin zu entsprechen ist.

#### **E. 7**

Die Gerichtskosten sind der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ) und diese hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 2 BGG ). Die Festsetzung und Verlegung der Kosten für die kantonalen Verfahren entsprechend dem neuen Ausgang ist dem Obergericht des Kantons Nidwalden zu übertragen ( Art. 68 Abs. 5 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.