

NW_GERICHTE 29072 vom 24. März 2022

NW Gerichte, 2022-03-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_29072

FR: NW_GERICHTE 29072 du 24 mars 2022

IT: NW_GERICHTE 29072 del 24 marzo 2022

Regeste

Vorläufige Eintragung Pfandrecht zur Sicherung der Heimfallentschädigung/Vormerkung (ZA 21 25)

Erwägungen

E. 1.1

Angefochten ist das Urteil ZE 21 250 vom 27. Oktober 2021 betreffend die vorläufige Eintragung eines Pfandrechts zur Sicherung der Heimfallentschädigung. Gegen erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung zulässig, sofern der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 2 ZPO). Die vorläufige Eintragung eines Pfandrechts ist eine vorsorgliche Massnahme (JÜRIG SCHMID, in: Geiser/Wolf [Hrsg.], BSK-ZGB II, 6. A., 2019, N 7 zu Art. 961 ZGB). Die Angelegenheit ist vermögensrechtlicher Natur und das Streitwerterfordernis ist vorliegend ebenfalls erfüllt (vgl. unten E. 1.3). Der angefochtene Entscheid ist demnach berufungsfähig. Berufungsinstanz gegen Urteile des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht, ist das Obergericht Nidwalden, Zivilabteilung (Art. 27 GerG [NG 261.1]), das in Dreierbesetzung entscheidet (Art. 22 Ziff. 2 GerG). Zur Berufung ist berechtigt, wer als Haupt- oder Nebenpartei am Verfahren beteiligt war, das zum angefochtenen Entscheid geführt hat (formelle Beschwer), und überdies durch den angefochtenen Entscheid unmittelbar betroffen ist und ein Rechtsschutzinteresse an dessen Aufhebung oder Abänderung hat (materielle Beschwer; vgl. PETER REETZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, N 30 ff. zu Vor Art. 308–318 ZPO). Da die Berufungsklägerin am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat und durch den angefochtenen Entscheid unmittelbar betroffen ist, ist sie zur Berufung berechtigt. Die Berufung ist gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid innert 10 Tagen seit dessen Zustellung schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Die Zustellung der Urteilsbegründung erfolgte am 28. Oktober 2021. Die Berufung wurde gleichentags – und damit fristgerecht – beim Obergericht Nidwalden eingereicht. Entgegen der Suggestion und dem Antrag der Berufungsbeklagten ist der Anspruch auf vorläufige Eintragung auch nicht verwirkt und es fehlt nicht an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse, weil die Eintragungsfrist am 30. Oktober 2021 abgelaufen ist. Mit Verfügung vom 29. Oktober 2021 hat das Obergericht der Berufung vorläufig die aufschiebende Wirkung erteilt beziehungsweise die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids aufgeschoben, womit die durch die Vorinstanz superprovisorisch angeordnete Eintragung des Pfandrechts zurzeit Bestand hat. Der Anspruch der Berufungsklägerin ist im

6■27 Zeitpunkt dieses Rechtsmittelentscheids damit nicht verwirkt. Nachdem ein gültiges Anfechtungsobjekt vorliegt, die Berufung innert Frist eingereicht wurde sowie die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Berufung einzutreten. Daran vermag im Übrigen nichts zu ändern, dass die Berufungsklägerin am 28. Oktober 2021 zur Wahrung ihrer Rechte zunächst eine summarisch begründete Berufung einreichte und eine ausführliche Begründung – wie angekündigt – am 8. November 2021 innert der noch bis zu diesem Tag laufenden Berufungsfrist nachreichte.

E. 1.2

Mit Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist und deshalb abgeändert werden müsste. Dazu hat sich der Berufungskläger inhaltlich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzuzeigen, woraus sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen genügen hierfür nicht (vgl. BGE 141 III 569 E. 2.3.3; 138 III 374 E. 4.3.1). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden. In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen insofern einzugehen, als sie für die Entscheidungsfindung relevant sind.

E. 1.3

Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt. Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens oder einer allfälligen Publikation des Entscheids sowie allfällige Eventualbegehren werden nicht hinzugerechnet (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Im Berufungsverfahren ist der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren massgebend (vgl. THOMAS SUTTER-SOMM/BE-NEDIKT SEILER, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2021, N 7 zu Art. 91 ZPO [unter Verweis auf Art. 308 Abs. 2 ZPO]). Der Berufungskläger beantragte bzw. beantragt die Eintragung eines Grundpfandrechts für die Pfandschuld von Fr. 451'000.–, was demzufolge zugleich den Streitwert des Verfahrens darstellt.

7■27

E. 1.4.1

Mit Eingabe vom 26. November 2021 hat die Berufungsbeklagte beantragt, ihr sei die ergänzende Berufung vom 8. November 2021 zur Stellungnahme innert 10 Tagen zuzustellen. Die Berufungsklägerin opponiert. Die Berufungsbeklagte begründet ihren Antrag im Wesentlichen damit, dass das Obergericht ihr mit Schreiben vom 9. November 2021 (Aufforderung zur Einreichung der Berufungsantwort) einzig die Berufung vom 28. Oktober 2021, nicht aber die ergänzte Berufung vom 8. November 2021 zugestellt habe.

E. 1.4.2

Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid innert 10 Tagen einzureichen (vgl. Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 314

Abs. 1 ZPO). Dabei ist es zulässig – etwa zum Zweck der Rechtewahrung – zunächst mit einer ersten Eingabe sowie den Anträgen an die Berufungsinstanz zu gelangen und die Begründung in einer zweiten, fristgerechten Eingabe innert der noch laufenden Rechtsmittelfrist nachzuliefern (PETER REETZ/STEFANIE THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 12 zu Art. 311 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz stellt die Berufung der Gegenpartei zur schriftlichen Stellungnahme zu, es sei denn, die Berufung sei offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Frist für die Berufungsantwort beträgt wiederum 10 Tage (vgl. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Eingaben und Beilagen in Papierform sind in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei einzureichen (Art. 131 Satz 1 ZPO). Eine Partei ist säumig, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt oder zu einem Termin nicht erscheint. Das Verfahren wird ohne die versäumte Handlung weitergeführt, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 147 Abs. 1 und 2 ZPO). Das Gericht kann auf Gesuch einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren oder zu einem Termin erneut vorladen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft (Art. 148 Abs. 1 ZPO). Eine Wiederherstellung ist nur möglich, wenn die Wahrung einer Frist oder eines gerichtlichen Termins der säumigen Partei unmöglich war. Unmöglichkeit kann dabei sowohl durch objektive als auch subjektive (auch psychische) Hinderungsgründe ausgelöst werden (NICCOLÒ GOZZI, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], BSK-ZPO, 3. A., 2017, N 9 zu Art. 148 ZPO). Bei der Beurteilung des Verschuldens der säumigen Partei ist von einem objektivierten Sorgfaltsmassstab auszugehen. Massgebend ist, ob die Säumnis auch bei der von der säumigen Partei zu erwartenden Sorgfalt unter den gegebenen Umständen nicht hätte

8■27 abgewendet werden können, wobei von Rechtsanwältinnen ein grösseres Mass an Sorgfalt erwartet werden kann (GOZZI, a.a.O., N 11 zu Art. 148 ZPO); diese haben namentlich eingehende und mit eingeschriebener Post versandte Gerichtskorrespondenz sorgfältig zu erfassen und zu prüfen (GOZZI, a.a.O., N 31 zu Art. 148 ZPO m.w.H.).

E. 1.4.3

Die Berufungsklägerin reichte unter Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Anzahl (vgl. Art. 131 ZPO) am 28. Oktober 2021 eine Berufung mit den BK-Bel. 1-5 sowie am 8. November 2021 eine ergänzte Berufung mit den weiteren BK-Bel. 6-13 ein. Dieses Vorgehen ist zulässig, umso mehr in der ersten Eingabe die zweite, ausführlich begründete Eingabe ausdrücklich vorbehalten worden war (S. 6) und diese innert der noch laufenden Berufungsfrist erfolgte. Mit Verfügung vom 9. November 2021 wurde die Berufungsbeklagte zur Einreichung einer Berufungsantwort innert der nicht erstreckbaren Frist von 10 Tagen aufgefordert. Die Verfügung erging unter Beilage der von der Berufungsklägerin eingereichten Doppel der Berufungseingaben sowie -beilagen mit folgendem Satz: «Sie erhalten die Berufung vom 28. Oktober 2021/8. November 2021 samt Beilagen 1-13 zur Berufungsantwort innert 10 Tagen [...]». Voraussetzung für den Beginn des Fristenlaufs ist gemäss Art. 312 Abs. 1 ZPO u.a. die Stellung der Berufung. Hier ist gestützt auf den vorzitierten Wortlaut der Verfügung vom 9. November 2021 davon auszugehen, dass der Berufungsbeklagten beide Berufungsschriften zugestellt wurden. Die nachträgliche, unbelegte Behauptung der Berufungsbeklagten, ihr sei die ergänzte Berufung vom 8. November 2021 (und die dazugehörigen Belege BK-Bel. 6-13) – wider den eindeutigen Wortlaut der Verfügung – nicht zugestellt worden, findet keine Stütze in den Verfahrensakten und ist in Ermangelung dafürsprechender Anhaltspunkte

nicht glaubhaft. Die Frist für die Berufungsantwort lief demzufolge gemäss Art. 312 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 142 Abs. 1 ZPO ab dem auf die Mitteilung dieser Verfügung folgenden Tag, hier dem 11. November 2021. Am 17. November 2021 reichte die Berufungsbeklagte denn auch eine Berufungsantwort ein. Ein zweiter Schriftenwechsel wurde nicht angeordnet (vgl. Art. 316 Abs. 2 ZPO e contrario). Als gesetzliche Frist kann die Berufungsantwortfrist weder erstreckt werden noch ist die Ansetzung einer Nachfrist möglich (vgl. Art. 144 Abs. 1 ZPO). Eine Wiederherstellung – sofern aufgrund der Einreichung einer Berufungsantwort am 17. November 2021 überhaupt von einer nicht fristgerechten Vornahme der Prozesshandlung und damit einer Säumigkeit auszugehen ist – fällt vorliegend ebenfalls ausser Betracht: Es oblag der anwaltlich vertretenen Berufungs-

9■27 beklagten, die mit eingeschriebener Post versandte Verfügung vom 9. November 2021 sorgfältig zu erfassen und zu prüfen. Namentlich wäre es an ihr gewesen, die Vollständigkeit der Beilagen nach Eingang der Verfügung zu überprüfen. Die Säumnis hätte mit anderen Worten bei der von der anwaltlich vertretenen Berufungsbeklagten zu erwartender Sorgfalt unter den gegebenen Umständen abgewendet werden können. Ein allfälliger Mangel in der Korrespondenz des Gerichts – wie eine fehlende Beilage – wäre umgehend zu monieren gewesen. In dem die Berufungsbeklagte nicht bereits mit ihrer Berufungsantwort vom 17. November 2021, sondern erst am 26. November 2021 und mit der blossen Behauptung, entgegen dem unmissverständlichen Hinweis in der Verfügung vom 9. November 2021 nicht alle erwähnten Unterlagen bekommen zu haben, um die (erneute) Zustellung und damit sinngemäss um Wiederherstellung der zehntägigen Frist zur Einreichung der Berufungsantwort ersuchte, handelte sie verspätet und ohne ein fehlendes oder leichtes Verschulden ihrerseits auch nur ansatzweise glaubhaft zu machen. Auf das sinngemässe Fristwiederherstellungsersuchen war nicht einzutreten; es war keine neue Berufungsantwortfrist respektive Frist zur Stellungnahme anzusetzen. Das Verfahren war dementsprechend, ohne die versäumte Handlung weiterzuführen und es ist gestützt auf die Berufungsschriften vom 28. Oktober und vom 8. November 2021 sowie die Berufungsantwort vom 17. November 2021 zu entscheiden.

E. 2.1

Die Berufungsklägerin rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Am 28. Oktober 2021 habe ihr die Vorinstanz den Entscheid in der Sache zugestellt. Am gleichen Tag habe sie – also gemeinsam mit dem Entscheid der Vorinstanz und ohne dass sie je dazu hätte Stellung nehmen können – zudem die Stellungnahme der Berufungsbeklagten vom 18. Oktober 2021 erhalten.

E. 2.2

Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 Abs. 1 ZPO; vgl. auch Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 6 Abs. 1 EMRK). Der Anspruch gebietet, dass die Partei zu allen vom Gegner geltend gemachten Angriffs- und Verteidigungsmitteln Stellung beziehen kann. Das Recht, von jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahme des Gegners, aber auch von allfälligen weiteren Verfahrensbeteiligten (z.B. Vorinstanzen, Dritte) Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können (sog. Replikrecht), besteht gerade unabhängig davon, ob diese Stellungnahmen neue Tatsachen oder Argumente enthalten und ob sie das Gericht tatsächlich

10■27 zu beeinflussen vermögen. Dieses Replikrecht hat formellen Charakter. Es ist Sache der Parteien (und nicht des Gerichts), über die Erforderlichkeit einer (weiteren)

Stellungnahme zu entscheiden (PAUL OBERHAMMER/PHILIPP WEBER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2021, N 6 zu Art. 53 ZPO). Mit einem Entzug des rechtlichen Gehörs verfehlt das Verfahren seinen zentralen Zweck. Als Rechtsfolge kommt daher nur die Aufhebung des Entscheids durch die Rechtsmittelinstanz in Betracht. Gehörgewährung im Rechtsmittelverfahren nachgeholt und damit «geheilt» werden kann; von dieser Möglichkeit sollte (wenn überhaupt) nur sehr zurückhaltend und ausnahmsweise Gebrauch gemacht werden, weil der betroffenen Partei auf diese Weise immerhin eine Instanz genommen wird (OBERHAMMER/WEBER, a.a.O., N 14 zu Art. 53 ZPO). Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzu- sehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2).

E. 2.3

Nachdem die Berufungsklägerin das Verfahren mit Gesuch vom 24. September 2021 bei der Vorinstanz rechtsanhängig machte und das Kantonsgericht am 28. September 2021 superprovisorische Anordnungen traf, nahm die Berufungsbeklagte am 18. Oktober 2021 zur Sache Stellung. Die Vorinstanz fällt ihren Entscheid sodann am 27. Oktober 2021. Aus den vorinstanzlichen Akten erhellt, dass die Berufungsklägerin die Stellungnahme der Berufungsbeklagten vom 18. Oktober 2021 erst zusammen mit dem Endentscheid erhalten hat. Damit wurde der Berufungsklägerin die Gelegenheit zur Stellungnahme verwehrt. Es ist ausdrücklich festzuhalten, dass die Vorinstanz mit diesem Vorgehen das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin in erheblicher Weise verletzte. Nachdem – wie sich nachfolgend zeigen wird – der Berufungsklägerin auch in der Sache zu folgen ist und die Voraussetzungen für einen reformatorischen Entscheid der Berufungsinstanz erfüllt sind, erwiese sich eine Rückweisung als formalistischer Leerlauf und führte zu unnötigen Verzögerungen. Trotz der schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs ist demnach ausnahmsweise von einer Rückweisung abzusehen.

11■27

E. 3.1

In ihrem Entscheid ZE 21 250 vom 27. Oktober 2021 erwog die Vorinstanz (zusammengefasst), dass die Berufungsklägerin die Eintragsfrist zur Eintragung des Pfandrechts zur Sicherung der Heimfallentschädigung gewahrt habe (E. 5.1). Unter Ziffer 3 des Baurechtsvertrags vom 30. Juli 1971 sei eine Vereinbarung über die Modalitäten des Heimfalls getroffen worden, welche auch im Grundbuch vorgemerkt sei und entsprechend realobligatorische Wirkung entfalte. Eine Wegbedingung der Heimfallentschädigung sei nicht auszumachen, zumal auf die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen verwiesen werde. Demzufolge sei durch die Berufungsklägerin genügend glaubhaft gemacht, dass eine Heimfallentschädigung grundsätzlich geschuldet sei (E. 5.2). Indes handle es sich bei der Berufungsbeklagten um eine Nidwalder Korporation im Sinne von Art. 1 Abs. 2

Korporationsgesetz (KorpG; NG 181.1), beim streitbefangenen Grundstück entsprechend um Korporationsvermögen. Gemäss Art. 27 Abs. 3 KorpG seien in Bezug auf Grundstücke im Korporationsvermögen nur Zuwendungen im öffentlichen Interesse erlaubt. Die Verfügung über Grundstücke der Korporationen sei sodann gemäss Art. 28 Abs. 1 Ziff. 1 KorpG insbesondere nur zulässig, wenn diese mit der Erfüllung öffentlicher Zwecke einhergehe. Die Berufungsbeklagte habe sich bei der Erhaltung, Verwaltung und Nutzung der Grundstücke im Sinne der Korporationsgesetzgebung an die Verfolgung öffentlicher Interessen zu halten. Entscheidend sei demnach auch, dass die Verkehrsfähigkeit beim streitbefangenen Grundstück durch die Korporationsgesetzgebung eingeschränkt sei. Das Grundstück sei – was sich aus der Beschreibung der Liegenschaft im Grundbuch ergebe – aussergewöhnlich; es umfasse insbesondere ein Wasserbecken (1'046 m²) sowie einen Fluss/Bach/Kanal (53 m²). Es sei für eine Fischzuchtanlage gerade prädestiniert. In den historischen Kontext versetzt habe die Bewirtschaftung des Grundstücks beziehungsweise das vorhandene Wasserbecken und das fliessende Gewässer zur Lebensmittelversorgung beigetragen. Auch wenn dieser Zweck mit dem Laufe der Zeit in den Hintergrund gerückt sei, gehöre es nach der kantonalen Korporationsgesetzgebung noch heute zur Aufgabe, das Grundstück im öffentlichen Interesse zu erhalten, zu verwalten und zu nutzen. Da der Erhalt, die Verwaltung und die Nutzung des Korporationsvermögens gerade der öffentlich-rechtliche Zweck der Berufungsbeklagten darstelle, trage das Grundstück durch seinen Gebrauch als Fischzuchtanlage nach wie vor unmittelbar zur Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe bei. Damit sei das streitbefangene Grundstück zum Verwaltungsvermögen zu zählen, woran auch das eingeräumte Baurecht und der dadurch erzielte Baurechtszins nichts zu ändern vermöge. Folglich sei die Eintragung eines Pfandrechts zur Sicherung der Heimfallentschädigung vorliegend

12■27 ausgeschlossen. Anders würde es sich verhalten, wenn das fragliche Grundstück hingegen beispielsweise nur aus Acker, Wiese und Weide sowie aus Wohn- und Gewerbegebäuden bestehen würde. Diesfalls könnte höchstens von einer mittelbaren öffentlichen Zweckverfolgung ausgegangen werden und einer Pfandbestellung würde nichts entgegenstehen (E. 6). Ausgangsgemäss auferlegte die Vorinstanz der Berufungsklägerin die Kosten und verpflichtete sie, der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen (E. 7).

E. 3.2.1

Die Berufungsklägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass es mangels Verlängerung des Baurechtsvertrags zwischen der Berufungsklägerin und der Berufungsbeklagten per Ende Juli 2021 zum Heimfall des Baurechtsgrundstücks Nr. D__, Grundbuch D.__, an die Berufungsbeklagte als Grundeigentümerin des baurechtsbelasteten Grundstücks Nr. __, Grundbuch D.__, gekommen sei. Wie auch vertraglich vereinbart sei gemäss Art. 779d Abs. 1 ZGB eine Heimfallentschädigung geschuldet. Eine solche sei durch die Berufungsbeklagte bis dato jedoch weder geleistet noch sichergestellt worden, weshalb zur Sicherung die vorläufige Anmerkung eines Grundpfandrechts beantragt worden sei. Die Höhe der Baufallentschädigung (Fr. 451'000.– zzgl. Zinsen) sei mittels des eingereichten, unabhängigen Gutachtens glaubhaft gemacht (zum Ganzen: Berufung vom

E. 3.2.2

Die Berufungsbeklagte ist der Auffassung, dass der vorinstanzliche Entscheid zu schützen sei. Die streitgegenständliche Parzelle stehe in ihrem Verwaltungsvermögen. Die

Vorinstanz habe sich ausführlich, in zutreffender Weise mit dieser Frage auseinandergesetzt. Auf Verwaltungs- vermögen könne kein Pfandrecht gelegt werden, womit eine (provisorische) Anordnung ausser Betracht falle. Im Übrigen seien auch die übrigen Voraussetzungen nicht erfüllt, was aber die Vorinstanz nicht mehr weiter geprüft habe, nachdem sie das Grundstück vorfrageweise als Verwaltungsvermögen qualifiziert und die Eintragung des Pfandrechts bereits aus diesem Grund als für nicht möglich befunden habe. Die Berufungsklägerin substantiiere nicht, worin der Schaden bestehen solle und wie hoch dieser wäre. Nur, weil das Pfandrecht nicht einge- tragen werde, erleide sie keinen Schaden. Ein Schaden entstände erst, wenn die Berufungs- klägerin einen Ausfall ihrer Forderung zu beklagen hätte, weil sie die streitgegenständliche Parzelle wegen fehlender Pfandhaft nicht verwerten lassen könnte.

4. 4.1 Ein Grundstück kann mit der Dienstbarkeit belastet werden, dass jemand das Recht erhält, auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten (Art. 779 Abs. 1 ZGB). Geht das Baurecht unter, so fallen die bestehenden Bauwerke dem Grundeigentümer heim, indem sie zu Bestandteilen seines Grundstückes werden (Art. 779c ZGB). Dies betrifft namentlich den Fall des Ablaufs der vereinbarten Baurechtsdauer (PETER ISLER/DOMINIQUE GROSS, in: BSK-ZGB II, a.a.O., N 2 zu Art. 779c ZGB). Der Grundeigentümer hat dem bishe- rigen Bauberechtigten für die heimfallenden Bauwerke eine angemessene Entschädigung zu leisten, die jedoch den Gläubigern, denen das Baurecht verpfändet war, für ihre noch beste- henden Forderungen haftet und ohne ihre Zustimmung dem bisherigen Bauberechtigten nicht ausbezahlt werden darf (Art. 779d Abs. 1 ZGB). Vorbehalten bleibt eine abweichende, durch die Parteien vereinbarte Regelung der Heimfallentschädigung, wobei namentlich auch eine vertragliche Wegbedingung der Entschädigung möglich ist (ISLER/GROSS, a.a.O., N 3 und 13 f. zu Art. 779d ZGB). Wird die Entschädigung nicht bezahlt oder sichergestellt, so kann der bisherige Bauberechtigte oder ein Gläubiger, dem das Baurecht verpfändet war, verlangen,

15■27 dass an Stelle des gelöschten Baurechtes ein Grundpfandrecht mit demselben Rang zur Si- cherung der Entschädigungsforderung eingetragen wird (Art. 779d Abs. 2 ZGB). Es besteht mit anderen Worten ein mittelbares gesetzliches Grundpfandrecht am baurechtsbelasteten Grundstück (ISLER/GROSS, a.a.O., N 18 zu Art. 779d ZGB). Die Eintragung muss spätestens drei Monate nach dem Untergang des Baurechtes erfolgen (Art. 779d Abs. 3 ZGB). Als vor- sorgliche Massnahme kann das Pfandrecht vorläufig eingetragen werden (vgl. Art. 961 ZGB; SCHMID, a.a.O., N 7 zu Art. 961 ZGB). Vorläufige Eintragungen können mit Einwilligung aller Beteiligten oder auf Anordnung des Gerichts vorgemerkt werden (vgl. Art. 961 Abs. 2 ZGB). Über das Begehren entscheidet das Gericht und bewilligt, nachdem der Ansprecher seine Be- rechtigung glaubhaft gemacht hat, die Vormerkung, indem es deren Wirkung zeitlich und sach- lich genau feststellt und nötigenfalls zur gerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche eine Frist ansetzt (Art. 961 Abs. 3 ZGB). An die in Art. 961 Abs. 3 ZGB verlangte Glaubhaftma- chung dürfen keine strengen Anforderungen gestellt werden. Das folgt insbesondere daraus, dass der Gläubiger das Pfandrecht wegen der kurzen Verwirkungsfrist von Art. 839 Abs. 2 ZGB im Falle der Verweigerung der vorläufigen Eintragung endgültig verliert, während die Be- willigung, sofern das Pfandrecht im nachfolgenden ordentlichen Prozess nicht anerkannt wird, für den Grundeigentümer nur eine vorübergehende Belastung seiner Liegenschaft zur Folge hat, die zudem durch Leistung einer anderweitigen hinreichenden Sicherheit vermieden wer- den kann (Art. 839 Abs. 3 ZGB). Angesichts dieser besonderen Interessenlage darf die vor-

läufige Eintragung des Pfandrechts nur verweigert werden, wenn dessen Bestand als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist; im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung dagegen zu bewilligen und die Entscheidung dem ordentlichen Richter zu überlassen (für das Bauhandwerkerpfandrecht: BGE 86 I 265 E. 3).

4.2 Öffentliche Sachen im weiteren Sinne sind alle Sachen, deren sich der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben bedient. Neben den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch werden sie gemeinhin in Finanz- und Verwaltungsvermögen eingeteilt (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., 2020, N 2199 und 2201). Das Finanzvermögen dient der Erfüllung staatlicher Aufgaben nur mittelbar, durch seinen Vermögenswert oder Erträge, und ist realisierbar. Es untersteht im Aussenverhältnis dem Privatrecht (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 2203 m.w.H.). Zum Finanzvermögen gehören die Vermögenswerte, die nicht Verwaltungsvermögen sind (Art. 7 Abs. 2 Bundesgesetz über die Schuldbetreibung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts

1627 [SR 282.11]). Verwaltungsvermögen dient dem gegenüber unmittelbar der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben beziehungsweise öffentlichen Aufgaben (BGE 138 I 274 E. 2.3.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 2205). Diese Unterscheidung ist im Hinblick auf die (vorläufige) Eintragung von Pfandrechten insofern von Bedeutung, als dass Grundstücke des Verwaltungsvermögens nicht gepfändet und verpfändet werden können. Denn mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe wäre es nicht vereinbar, wenn dazu mit seinem Gebrauchswert unmittelbar dienendes Vermögen verwertet und dem Zweck, dem es gewidmet worden ist, dadurch entfremdet werden könnte. Dieser allgemeine Grundsatz ist eine zwangsläufige Folge des Vorrangs des öffentlichen Rechts – der sich daraus ergebenden Zweckgebundenheit des Verwaltungsvermögens – über das Privatrecht – den sich daraus ergebenden Anspruch auf Pfandbestellung; das Gemeinwesen soll nicht durch zivilrechtliche Ansprüche in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben behindert werden (für das Bauhandwerkerpfandrecht: BGE 120 II 321 E. 2b). Anders hingegen das Finanzvermögen, welches wie vorerwähnt unter anderem über seine Realisierbarkeit charakterisiert wird und entsprechend auch veräussert, gepfändet sowie verpfändet werden kann (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 2204). Dass das Finanzvermögen von Gemeinden und anderen Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts – mit Ausnahme des Kantons selbst – pfändbar ist, sieht das Bundesrecht im Übrigen auch ausdrücklich vor (Art. 7 Abs. 1 Bundesgesetz über die Schuldbetreibung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts).

5. Vorliegend ist zwischen den Parteien im Wesentlichen strittig, ob das Grundstück Verwaltungs- oder Finanzvermögen der Berufungsbeklagten darstellt (vorne E. 3.2). Die Vorinstanz prüfte dies vorfrageweise, ging von Verwaltungsvermögen aus und wies das Gesuch wegen fehlender Möglichkeit einer Pfandbestellung ab (vorne E. 3.1). Nachdem die Berufungsklägerin einen Anspruch auf (vorläufige) Pfandbestellung behauptet, ist sie für die Tatsachenumstände, aufgrund welcher Frage der Zugehörigkeit des Grundstücks zum Finanzvermögen beurteilt werden kann, beweislaster (Art. 8 ZGB). Dass sich diese Frage hier ausnahmsweise, anders als im Regelfall, stellt, weil es sich bei der Berufungsbeklagten als Uertekorporation um eine Korporation im Sinne von Art. 91 Verfassung des Kantons Nidwalden respektive Art. 1 Abs. 2 KorpG, entsprechend um eine Körperschaft des kantonalen öffentlichen Rechts handelt, ist unbestritten und auch zutreffend. Mit Blick

auf die Natur der Sache (und den Wortlaut von Art. 961 Abs. 3 ZGB) hat die Berufungsklägerin für die hier

17■27 relevanten Tatsachenumstände aber nicht den vollen Beweis zu erbringen; eine Glaubhaftmachung genügt. Angesichts der besonderen Interessenlage bei der vorläufigen Pfandbestellung wäre diese hier, mit Blick auf die Frage der Vermögenssphärenzugehörigkeit, nur dann zu verweigern, wenn sicher oder höchst wahrscheinlich ist, dass das Grundstück dem Verwaltungsvermögen der Berufungsbeklagten zuzurechnen ist. Eine gewisse Wahrscheinlichkeit genügt hingegen nicht; vielmehr wäre diesfalls von einer unsicheren Rechtslage auszugehen, die vorläufige Eintragung vorzunehmen und der Entscheid dem ordentlichen Richter zu überlassen. Aus der Perspektive der beweisbelasteten Berufungsklägerin genügt es damit, wenn sie Tatsachen glaubhaft macht, welche den Schluss zulassen, dass das Grundstück mit einer gewissen, nicht marginalen Wahrscheinlichkeit dem Finanzvermögen der Berufungsbeklagten zuzuordnen ist. Hier behauptete sie mit ihrem Gesuch vom 24. September 2021 die Möglichkeit der vorläufigen Pfandbestellung und damit implizit – mindestens sinngemäss – auch die Zugehörigkeit des Grundstücks zum Finanzvermögen. Die Berufungsbeklagte bestritt dies in der Folge, woraufhin die Berufungsklägerin – nachdem ihr in Verletzung des rechtlichen Gehörs im vorinstanzlichen Verfahren dazu keine Gelegenheit gegeben wurde – in ihrer Berufung ihren Tatsachenvortrag zur nunmehr aufgrund der Bestreitung strittigen Frage der Vermögenssphärenzugehörigkeit spezifizierte, ergänzte und neue Beweise offerierte. Die Vorinstanz ging dabei gestützt auf die Ausführungen der Berufungsbeklagten zu Unrecht davon aus, dass das Grundstück klarerweise oder mindestens mit überwiegender Wahrscheinlichkeit deren Verwaltungsvermögen zuzuordnen und deshalb die vorläufige Pfandbestellung zu verweigern sei. Die vorinstanzliche Würdigung hält bereits aus beweisrechtlichen Gründen nicht Stand: Sie stützte ihren Entscheid auf die Tatsache, dass das Grundstück geradezu für eine Fischzuchtanlage prädestiniert sei und, in den historischen Kontext versetzt, die Bewirtschaftung des Grundstücks beziehungsweise das vorhandene Wasserbecken und das fliessende Gewässer wohl der Lebensmittelversorgung diene. Entsprechend werde damit ein öffentlicher Zweck erfüllt und unmittelbar eine öffentliche Aufgabe verfolgt. Die Vorinstanz zitiert in diesem Zusammenhang aus einer (nicht-juristischen) Publikation zu den Nidwaldner Korporationen. Die Berufungsbeklagte hat Entsprechendes aber weder vor Vorinstanz geltend gemacht noch die zitierte Publikation als Beweis angeführt. Indem die Vorinstanz in ihrer Würdigung trotzdem auf dieses Argument sowie dieses Beweismittel abstellte und darum das Vorliegen von Verwaltungsvermögen bejahte, verletzte sie den anwendbaren Verhandlungsgrundsatz (Art. 55 Abs. 1, Art. 255 ZPO).

18■27 Die Berufungsbeklagte behauptete vielmehr, dass es seit alters her und bis heute die zentrale Aufgabe der Korporation sei, das Korporationsgut zu verwalten. Die Verwaltung des Korporationsgutes, wozu das Grundstück gehöre, sei per se eine öffentlich-rechtliche Aufgabe (Stellungnahme vom 18. Oktober 2021 Ziff. 5 S. 2). Es trifft zwar zu, dass die Korporationen grundsätzlich verpflichtet sind, das Korporationsvermögen in seinem Bestand zu erhalten und dass eine Verteilung an die Korporationsbürger ausgeschlossen ist (Art. 27 Abs. 1 KorpG). Eine Abtretung respektive Verfügung über das Korporationsvermögen ist aber nicht in jedem Fall ausgeschlossen, sondern unter gewissen Voraussetzungen möglich (Art. 27 Abs. 3, Art. 28 und Art. 30 KorpG). Eine allgemeine Regel, wonach sämtliches Korporationsvermögen als Verwaltungsvermögen zu qualifizieren wäre,

weil es zu den (ursprünglichen) Aufgaben der Korporationen gehört, das Korporationsgut zu verwalten, lässt sich daraus nicht ableiten. Wie die Art. 26 ff. KorpG hinsichtlich der Zulässigkeit der Veräußerung respektive Verfügung über das Korporationsvermögen eine Einzelfallprüfung voraussetzen, bedarf es auch bei der Beurteilung der Vermögenssphärenfrage einer einzelfallweisen Betrachtung der Sachlage. Was die Berufungsklägerin in diesem Zusammenhang vorbringt, ist denn auch nachvollziehbar. Deren Standpunkt, wonach es sich beim Grundstück um Finanzvermögen handelt, kann nicht klarerweise von der Hand gewiesen werden: Mit Baurechtsvertrag vom 30. Juli 1971 räumte die Berufungsbeklagte E. __ auf dem Grundstück ein selbstständiges, dauerndes Baurecht ein. Das Baurecht umfasste die gesamte Fläche des Grundstücks und räumte dem Baurechtsnehmer hier relevant das Recht ein, darauf im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen und im Rahmen der vertraglichen Abmachungen, insbesondere im Rahmen des anlässlich der Verurkundung der Berufungsbeklagten zu übergebenden Gebäudeplanes und Anlagebeschriebs des Baurechtsnehmers, eine Fischzuchtanstalt zu erstellen und zu betreiben. Als Gegenleistung vereinbarten die ursprünglichen Parteien einen Baurechtszins. Die Heimfallentschädigung wurde nicht wegbedungen (vi-GS 2). Mit Nachtrag vom 8. April 1983 vereinbarten die ursprünglichen Parteien eine Verlängerung der Baurechtsdauer (vi-GS 3). Am 13. November 1998 wurde das noch bis zum 30. Juni 2021 laufende Baurecht der Berufungsklägerin verkauft (vi-GS 8 und 9). Im Zeitpunkt der Begründung des Baurechts befanden sich auf dem Grundstück noch keine Bauten oder Anlagen (BK-Bel. 13). Der Baurechtsnehmer erstellte daraufhin jedoch die für eine Fischzuchtanlage notwendigen Bauten und Anlagen. Der Gemeinderat bewilligte 1974 den Neubau eines Lagerhauses für Futter und Geräte im Zusammenhang mit dem Fischzuchtbetrieb, wobei 1996 – unter Auflagen – die Umnutzung in ein Wohn- und Betriebsgebäude bewilligt wurde (BF-Bel. 9).

19■27 Damit ist erstellt, dass die Berufungsbeklagte Dritten für die insgesamt Dauer von 50 Jahren nicht überbauten Korporationsgrund überliess. Dies damit die Dritten, schlussendlich auch die Berufungsbeklagte als Rechtsnachfolgerin des ursprünglichen Baurechtsnehmers, darauf eine kommerzielle Fischzuchtanlage erstellen und betreiben konnten. Als Gegenleistung liess sich die Berufungsbeklagte einen Baurechtszins bezahlen. Dass die Berufungsbeklagte im Rahmen ihrer öffentlichen Aufgaben auf dem streitbefangenen Grundstück bereits vor Einräumung eine Fischzuchtanlage beziehungsweise eine (kommerzielle) Arbeitsstätte irgendeiner Art betrieben hätte, ergibt sich aus den vorliegenden Beweisen nicht. Der Umstand, dass das Grundstück im Zeitpunkt der Einräumung des Baurechts brach lag, lässt vielmehr den gegenteiligen Schluss zu. Im Übrigen wäre respektive ist weder das Führen einer Fischzuchtanlage noch eines kommerziellen Betriebs eine von der Berufungsbeklagten unmittelbar verfolgte öffentliche Korporationsaufgabe. Die Berufungsbeklagte kreiert dabei einen Widerspruch, wenn sie für das Grundstück gestützt auf Art. 27 Abs. 1 KorpG eine Bestanderhaltungspflicht und damit den Charakter als Verwaltungsvermögen moniert, dieses Korporationsgut zugleich aber ohne Bindung an den bisherigen Zweck zur kommerziellen Verwendung Nicht-Korporationsbürgern überlässt. Selbstredend steht es den Korporationen – wie anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts – grundsätzlich frei, nicht unmittelbar für die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben benötigtes Vermögen wie ein privater Marktakteur «anzulegen», d.h. damit Erträge zu generieren, um etwa die im Zusammenhang mit dem Vermögensgut anfallenden Unterhaltskosten zu decken oder gar einen Gewinn zu erwirtschaften, was wiederum (mittelbar) der Erfüllung öffentlicher

Aufgaben dient. Die Berufungsbeklagte ist mit anderen Worten nicht verpflichtet, das Korporationsvermögen unmittelbar und ausschliesslich im Rahmen der ihr zukommenden öffentlich-rechtlichen Aufgaben zu verwenden. Das betroffene Korporationsgut ist unter Berücksichtigung der beleuchtenden Differenzierungskriterien (vorne E. 3.3.2) aber als Finanzvermögen zu betrachten, wenn damit einzig finanzielle Interessen verfolgt werden. Der Standpunkt der Berufungsklägerin erscheint insofern nachvollziehbar. Es besteht damit – mindestens gestützt auf die hier durch die Parteien verfügbar gemachte Beweislage – die valable Möglichkeit, dass ein mit der Sache befasster ordentlicher Richter dereinst zum Schluss gelangen könnte, dass es sich beim Grundstück nicht um Verwaltungs-, sondern Finanzvermögen handelt. Die schlussendliche Beurteilung dieser unsicheren Rechtslage obliegt dem Hauptsachengericht. Dieses ist an den Massnahmeentscheid denn auch weder tatsächlich noch rechtlich gebunden (THOMAS SPRECHER, in: BSK-ZPO, a.a.O., N 40 zu Art. 263 ZPO). Der Berufungsklägerin gelingt es damit aber glaubhaft zu machen, dass eine dereinstige definitive Pfandbestellung auf dem Grundstück auch mit Blick auf den besonderen Charakter der Berufungsbeklagten als Korporation möglich, mindestens nicht gänzlich unwahrscheinlich ist.

20■27 6. Die Berufungsklägerin hat daneben auch die weiteren Voraussetzungen beziehungsweise ihre Berechtigung auf vorläufige Anmerkung eines Grundpfandrechts zur Sicherung der Heimfallentschädigung im Sinne von Art. 779d Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB glaubhaft zu machen (vorne E. 4.1). Die Berufungsklägerin behauptet in ihrem Gesuch vom 24. September 2021, dass ihr, der bisherigen Bauberechtigten, die Berufungsbeklagte als Grundeigentümerin aufgrund des Heimfalls des Baurechts per 30. Juni 2021 für die heimfallenden Bauwerke – die Betriebsbauten der Fischzuchtanlagen – eine angemessene Heimfallentschädigung in der Höhe von Fr. 451'000.– nebst Zins schulde und diese bisher weder bezahlt noch sichergestellt worden sei. Die Vorinstanz hatte erwogen, dass die Eintragungsfrist gewahrt und der Anspruch auf eine Heimfallentschädigung glaubhaft gemacht sei (Entscheid ZE 21 250 Ziff. 5 S. 5 f.). Die Berufungsbeklagte bestreitet in der Berufungsantwort vom 17. November 2021 zwar pauschal das Vorliegen der Voraussetzungen der vorläufigen Anmerkung des Grundpfandrechts (Ziff. 21 S. 6). Konkrete Beanstandungen bringt sie indes sowohl in ihrer Berufungsantwort wie auch bereits vor Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 18. Oktober 2021 nur sehr punktuell vor. Der von der Berufungsklägerin behauptete (vorläufige) Pfandbestellungsanspruch ist im Lichte dieser Beanstandungen zu prüfen. Unter anderem macht die Berufungsbeklagte geltend, dass ihr Fortbestand als Korporation gesetzlich garantiert sei, entsprechend keine Gefahr einer plötzlichen Zahlungsunfähigkeit herrsche. Es bestehe damit eine Sicherheit. Die in Art. 779d Abs. 2 ZGB vorgesehene grundpfandausschliessende Sicherstellung setzt die Leistung einer konkreten Sicherheit voraus. Der blosse Umstand, dass es sich bei der Berufungsbeklagten um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts handelt und bei dieser darum voraussichtlich nicht mit einer plötzlichen Zahlungsunfähigkeit zu rechnen ist, stellt keine im Sinne von Art. 779d Abs. 2 ZGB genügende Sicherheit dar. Die Zahlungs(un)fähigkeit des betroffenen Grundeigentümers ist ohne Relevanz. Dass sie die behauptete Heimfallentschädigung konkret bezahlt oder sichergestellt hätte, macht die Berufungsbeklagte nicht geltend. Die Berufungsbeklagte hielt weiter entgegen, dass die Höhe der Heimfallentschädigung nicht glaubhaft gemacht sei. Bei der Heimfallentschädigung gehe es um den Gebäuderestbeziehungsweise Substanzwert. Die aufgelegte Immobilienbewertung der H. __ AG, I. __ (vi-GS 7), bilde aber den unmassgeblichen Verkehrswert ab. Sie moniert zudem eine

falsche Methodik und eine Unzuständigkeit der Privatgutach- terin. Auch diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass die Berufungsklägerin in diesem Verfah- ren einzig die Glaubhaftmachung obliegt. Die Berufungsklägerin stützt ihre Parteibehauptung betreffend die Höhe der mutmasslichen Heimfallentschädigung auf eine Immobilienbewertung

21■27 der Fischzuchtanlage durch einen Immobilienbewerter mit eidgenössischem Fachausweis. Die von der Berufungsklägerin behauptete Höhe der Heimfallentschädigung von Fr. 451'000.– ist damit hinreichend glaubhaft gemacht. Ob beziehungsweise in welcher Höhe die Heimfall- entschädigung tatsächlich, effektiv geschuldet ist, bleibt eine dem Hauptsachenrichter über- lassene Frage. Moniert wird zuletzt, dass der Berufungsklägerin aufgrund einer Nichteintra- gung des (provisorischen) Pfandrechts gar kein Schaden entstehe beziehungsweise sie einen solchen nicht substantiiert habe. Mit dieser Rüge verkennt die Berufungsbeklagte die Konzep- tion der vorläufigen Eintragung eines Grundpfandrechts gemäss Art. 779d Abs. 2 in Verbin- dung mit Art. 961 ZG; ein Schaden wird nämlich nicht vorausgesetzt. Zusammengefasst sind die Voraussetzungen für eine vorläufige Anmerkung eines Grund- pfandrechts an Stelle des befristeten Baurechts in der Höhe von Fr. 451'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 1. August 2021 zur Sicherung der Heimfallentschädigung in Anwendung von Art. 779d Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB allesamt erfüllt.

7. 7.1 Die Berufung vom 28. Oktober/8. November 2021 wird gutgeheissen und der angefochtene Entscheid ZE 21 250 vom 27. Oktober 2021 aufgehoben.

7.2 In Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO wird das Grundbuchamt Nidwalden gerichtlich angewiesen, das mit Verfügung des Kantonsgerichts Nidwalden vom 28. September 2021 su- perprovisorisch zugunsten der Berufungsklägerin an Stelle des befristeten Baurechts (___; ver- selbstständig als Grundstück Nr. D___, Grundbuch D.___) auf dem Grundstück Nr. ___, Grund- buch D.___, eingetragene Grundpfandrecht zur Sicherung der Heimfallentschädigung im Sinne von Art. 779d Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB für die Pfandsomme von Fr. 451'000.– nebst Zins zu 5 % seit dem 1. August 2021 vorläufig anzumerken. Der Berufungsklägerin wird in Anwendung von Art. 263 ZPO eine Frist von 60 Tagen ab Zu- stellung dieses Entscheids angesetzt, um klageweise beim zuständigen Gericht die definitive Eintragung des vorläufig angemerkten Grundpfandrechts zu verlangen. Reicht die Berufungs- klägerin innert Frist keine Klage ein, fällt die vorläufige Anmerkung dahin. Die Berufungsbe- klagte ist diesfalls berechtigt, beim Grundbuchamt Nidwalden die Löschung der Anmerkung aus dem Grundbuch zu verlangen. Erhebt die Berufungsklägerin innert Frist Klage, bleibt die

22■27 vorläufige Anmerkung bis zu einem allfälligen Massnahmeentscheid des Hauptsachenge- richts, andernfalls bis zu dessen Hauptsachenentscheid bestehen.

E. 8

November 2021 Ziffn. 16-20, S. 9-14). Die Frage der Zulässigkeit der Eintragung eines Pfandrechts orientiere sich bei Grundstücken im Eigentum eines Gemeinwesens respektive der öffentlichen Hand massgeblich nach der Qualifikation beziehungsweise Natur des in Frage stehenden Grundstücks. Bei Grundstücken im Verwaltungsvermögen sei dies nicht möglich, da diese andernfalls – aufgrund der potenzi- ellen Zwangsverwertung – ihres Zweckes entledigt würden. Das Gegenteil gelte bei Grundstü- cken im Finanzvermögen, welche zivilrechtlich mittels Pfandrechten und dergleichen belastet werden könnten. Unzutreffend sei der Schluss der Vorinstanz, wonach es sich beim Grund- stück um

Verwaltungsvermögen der Berufungsbeklagten handle. Die Vorinstanz stütze sich auf die Argumentation, wonach das Grundstück für eine Fischzuchtanlage geradezu prädestiniert sei und die Bewirtschaftung des Grundstücks bereits aus historischer Perspektive unter anderem für die Lebensmittelversorgung gedient haben soll, weshalb das Grundstück der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe diene und Verwaltungsvermögen sei. Damit verletze sie einerseits den Verhandlungsgrundsatz; solches sei von der Berufungsbeklagten schliesslich nirgends behauptet worden und ergebe sich auch in keiner Weise aus den vorliegenden Akten.

13■27 Andererseits sei es auch so, dass sich die Berufungsklägerin respektive deren Rechtsvorgänger E. __ ein Baurecht für die Errichtung von Bauten und Anlagen insbesondere zur Erstellung und zum Betrieb einer Fischzucht habe einräumen lassen. Im Zeitpunkt des Erwerbs des Baurechts sei das Grundstück jedoch bloss eine «grüne Wiese» gewesen, auf der später kommerzielle Fischzucht betrieben worden sei. Die Berufungsbeklagte habe somit einer Privatperson für den privaten und kommerziellen Betrieb einer Fischzucht ein Baurecht eingeräumt und hierfür einen Baurechtszins kassiert. Das Baurechtsgrundstück beziehungsweise das Grundstück habe damit nie und in keiner Weise unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gedient. Die Berufungsbeklagte habe vielmehr rein finanzielle Interessen verfolgt. Die Vorinstanz habe eingeräumt, dass das Grundstück dem Finanzvermögen zuzuordnen wäre, wenn es bloss aus Acker, Wiese und Weidefläche oder aus Wohn- und Gewerbegebäuden bestünde. Genau dies sei im Zeitpunkt der Einräumung des Baurechts der Fall gewesen, es habe sich um eine unbebaute, «grüne Wiese» gehandelt (BK-Bel. 13). Falsch sei in diesem Zusammenhang auch, wenn die Vorinstanz davon ausgehe, dass es generell zu den öffentlichen Aufgaben der Berufungsbeklagten gehöre, die in ihrem Eigentum stehenden Grundstücke zu verwalten beziehungsweise Korporationsvermögen immer Verwaltungsvermögen sei. Sämtliche Gemeinwesen würden über Grundeigentum verfügen, was nicht heisse, dass diese per se Verwaltungsvermögen darstellten. Dies entspreche auch der Konzeption von Art. 3 Finanzhaushaltsgesetz (kFHG; NG 511.1) sowie Art. 4 Gemeindefinanzhaushaltsgesetz (GemFHG; NG 171.2) und der in einem Gutachten von Prof. Dr. F. __ von der Universität G. __ am 31. März 2015 vertretenen Meinung (BK-Bel. 10). Vielmehr sei zu beurteilen, ob das Grundstück an sich im Rahmen seiner Funktion der unmittelbaren Erfüllung öffentlicher Zwecke diene, was beim Betrieb einer privaten und kommerziellen Fischzucht (überdies durch einen Nicht-Korporationsbürger) offenkundig nicht der Fall sei. Die Veräusserung sei denn auch durch das KorpG und das Grundgesetz der Berufungsbeklagten (BK-Bel. 11) nicht (grundsätzlich) ausgeschlossen. Dementsprechend handle es sich beim Grundstück um Finanzvermögen. Es diene nicht unmittelbar, höchstens mittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Im vorsorglichen Verfahren sei ein Anspruch auf Eintragung – da provisorisch – und damit auch die Zugehörigkeit zum Finanzvermögen im Übrigen aber ohnehin lediglich glaubhaft zu machen, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage sei die vorläufige Eintragung im Zweifelsfall zu bewilligen. Dies sei hier der Fall. Insoweit sie, die Berufungsklägerin, sich hier zudem auf Noven berufe, sei dies gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig, nachdem erst die Ausführungen in der vorinstanzlichen Stellungnahme der Berufungsbeklagten – zu welcher man vorinstanzlich in Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht habe Stellung nehmen können – respektive das angefochtene Urteil zu diesen Anlass gegeben hätten und diese unverzüglich – in

14■27 der Berufung – vorgebracht würden (zum Ganzen: Berufung vom 8. November 2021 Ziffn. 21- 30 S. 14-19).

E. 8.1

Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Über die Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen kann zusammen mit der Hauptsache entschieden werden (Art. 104 Abs. 3 ZPO). Der im summarischen Verfahren ergehende Massnahmeentscheid (vor Rechtshängigkeit einer Klage) enthält auch eine Kosten- und Entschädigungsregelung, die im Falle der Abweisung des Gesuchs definitiv ergeht, im Falle der Anordnung einer vorsorglichen Massnahme aber nur vorläufigen Charakter trägt, indem ein anders lautender Entscheid im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt. Das heisst, die Gerichtskosten werden unter dem erwähnten Vorbehalt einstweilen vom Gesuchsteller bezogen, welcher überdies zur Bezahlung einer Parteientschädigung an den Gesuchsgegner verpflichtet wird für den Fall, dass er die Klage in der Hauptsache nicht einleitet. Diese Kosten- und Entschädigungsregelung wird definitiv, falls die Massnahme nicht rechtzeitig prosequiert wird (HANS SCHMID/INGRID JENT-SØRENSEN, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 2021, N 5 zu Art. 104 ZPO). Prosequiert der Gesuchsteller seinen behaupteten Anspruch mit anderen Worten nicht innert der angesetzten Frist, hat der Kostenentscheid des Massnahmegerichts Bestand (SPRECHER, a.a.O., N 29 zu Art. 263 ZPO).

E. 8.2

Die Vorinstanz setzte ihre Gerichtskosten unter Berücksichtigung von Art. 96 ZPO sowie Art. 2 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1 Prozesskostengesetz (PKoG; NG 261.2) und in Anwendung von Art. 4 Abs. 1 PKoG auf Fr. 2'000.– (Entscheid ZE 21 250 E. 7.1 S. 10). Diese nicht zu beanstandende Kostenfestsetzung ist in bestätigender Weise zu übernehmen. Die Verteilung der Gerichtskosten wird dem Hauptsachengericht überlassen (Art. 104 Abs. 3 ZPO). Der bei der Gerichtskasse Nidwalden für das vorinstanzliche Verfahren geleistete Gerichtskostenvorschuss der Berufungsklägerin in der Höhe von Fr. 8'000.– verbleibt einstweilen, bis zur schlussendlichen Prozesskostenliquidation im Hauptsachenentscheid bei der Gerichtskasse. Prosequiert die Berufungsklägerin den Massnahmeentscheid nicht innert angesetzter Frist mittels Klage beim Hauptsachengericht, gilt sie als unterliegend und hat gemäss Art. 106 Abs. 1

23■27 ZPO die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Massnahmeverfahren von Fr. 2'000.– zu tragen. Diesfalls werden diese mit ihrem Gerichtskostenvorschuss von Fr. 8'000.– verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO) und sind bezahlt. Die Gerichtskasse Nidwalden wird in diesem Fall angewiesen, der Berufungsklägerin die Vorschussrestanz von Fr. 6'000.– zurückzuerstatten.

E. 8.3

Bei einem Streitwert von Fr. 451'000.– beträgt das ordentliche Honorar zwischen 2 und 4 Prozent des Streitwerts (Art. 42 Abs. 1 PKoG), d.h. hier Fr. 9'020.– bis Fr. 18'040.–. Massgebend für die Festsetzung des Honorars innerhalb der im Prozesskostengesetz vorgesehenen Mindest- und Höchstansätze sind die Bedeutung der Sache für die Partei in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht, die Schwierigkeit der Sache, der Umfang und die Art der Arbeit sowie der Zeitaufwand (Art. 33 Abs. 1 PKoG). Wenn die Bemühungen

der Anwältin oder des Anwaltes im Verhältnis zum Streitwert nicht bedeutend sind, ist das Honorar angemessen herabzusetzen (Art. 35 Abs. 1 PKoG). Zusätzlich besteht Anspruch auf Ersatz der Barauslagen, Kopien und Mehrwertsteuer (Art. 52 ff. PKoG). Beide Parteien beantragen vor Vorinstanz eine Parteientschädigung. Die Berufungsklägerin macht mit Kostennote vom 1. Februar 2022 für das erstinstanzliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 3'197.60 (Honorar Fr. 2'910.– [9.7 Std. zu Fr. 300.–]; Auslagen Fr. 59.–; MwSt. Fr. 228.60 [7.7%]) geltend. Die Berufungsklage reichte keine Kostennote ein. Der streitwertabhängige Honorarrahmen ist mit Blick auf den für ein vorsorgliches Massnahmeverfahren erforderlichen Arbeitsaufwand offenkundig unangemessen, weshalb das ordentliche Honorar angemessen herabzusetzen ist (Art. 35 Abs. 1 PKoG). Die Vorinstanz erwog eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 2'500.– (Auslagen und Mehrwertsteuer inkludiert) für das vorsorgliche Massnahmeverfahren als angemessen (ZE 21 250 E. 7.2 S. 10 f.). In Nachachtung des maximal zulässigen Stundenhonorars von Fr. 250.– (Art. 34 Abs. 2 PKoG) entspricht dies einem angemessenen Arbeitsaufwand von rund 9-10 Stunden, was auch mit dem seitens der Berufungsklägerin geltend gemachten Aufwand korrespondiert. Der vorinstanzlichen Erwägung ist beizupflichten. Die Verteilung der Parteientschädigung wird indes dem Hauptsachengericht überlassen (Art. 104 Abs. 3 ZPO). Prosequiert die Berufungsklägerin den Massnahmeentscheid nicht innert angesetzter Frist mittels Klage beim Hauptsachengericht, gilt sie als unterliegend und hat gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO der Berufungsbeklagten für das erstinstanzliche Massnahmeverfahren intern und direkt eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 2'500.– (Auslagen und Mehrwertsteuer inkludiert) zu bezahlen.

24■27

E. 9.1

Fällt die Rechtsmittelinstanz selbst einen neuen Entscheid, so ist über die Prozesskosten in Würdigung der Rechtsbegehren der Parteien für beide Verfahrensstufen je getrennt zu befinden. Die Kostenverteilung richtet sich auch für das Rechtsmittelverfahren nach Art. 106 f. ZPO. Der Erfolg des Rechtsmittels misst sich daran, ob und in welchem Umfang als Folge des Rechtsmittelbegehrens zulasten der Gegenpartei eine Änderung des vorinstanzlichen Entscheides bewirkt wird (VIKTOR RÜEGG/MICHAEL RÜEGG, in: BSK-ZPO, a.a.O., N 1 und 5 zu Art. 106 ZPO).

E. 9.2

Die Entscheidgebühr des Obergerichts richtet sich als Berufungsinstanz nach dem im Verfahren vor dem Kantonsgericht als erster Instanz massgebenden Tarif; sie wird um einen Drittel reduziert, beträgt jedoch mindestens Fr. 500.– (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 8 Abs. 1 Ziff. 2 PKoG). Handelt es sich um einen besonders einfachen Fall oder lassen es die Umstände sonst als angezeigt erscheinen, kann die Gebühr ohne Bindung an den vorgegebenen Rahmen angemessen herabgesetzt oder ausnahmsweise auf die Erhebung der Gebühr verzichtet werden (Art. 4 Abs. 1 PKoG). Bei einem Streitwert von Fr. 451'000.– würde der ordentliche Kostenrahmen rund Fr. 6'000.– bis Fr. 10'500.– betragen (Art. 8 Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 Ziff. 7 PKoG), was mit Blick auf die Natur der Streitsache (Berufung gegen einen vorsorglichen Massnahmeentscheid) sowie den Aufwand des Gerichts nicht gerechtfertigt wäre. Die Gebühr wird ermessensweise, in Anwendung von Art. 4 Abs. 1 PKoG auf Fr. 1'500.– festgesetzt. Die Berufungsklägerin wandte sich mit ihrer Berufung gegen den vorinstanzlichen Entscheid und beantragte die

Gutheissung ihres ursprünglich gestellten Gesuchs. Die Berufungsbeklagte beantragte – in Identifikation mit dem vorinstanzlichen Entscheid – die Abweisung der Berufung. Die Berufungsklägerin obsiegte im Berufungsverfahren vollumfänglich (vorne E. 7). Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens von Fr. 1'500.– werden entsprechend der unterliegenden Berufungsbeklagten auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie werden dem Gerichtskostenvorschuss der Berufungsklägerin entnommen (Art. 111 Abs. 1 ZPO) und sind damit bezahlt. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin die Gerichtskosten von Fr. 1'500.– für das Berufungsverfahren intern und direkt zu ersetzen.

25■27

E. 9.3

Infolge Unterliegens hat die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin auch eine Parteientschädigung zu entrichten (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei einem Streitwert von Fr. 451'000.– beträgt der ordentliche Honorarrahmen Fr. 2'000.– bis Fr. 24'000.– (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 43 Abs. 1, Art. 42 Abs. 1 Ziff. 7 PKoG). Wiederum sind für die Festsetzung des Honorars innerhalb der in diesem Gesetz vorgesehenen Mindest- und Höchstansätze die Bedeutung der Sache für die Partei in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht, die Schwierigkeit der Sache, der Umfang und die Art der Arbeit sowie der Zeitaufwand massgebend (Art. 33 Abs. 1 PKoG). Die Berufungsklägerin beantragt für das Berufungsverfahren eine Entschädigung von Fr. 13'174.10 (Honorar Fr. 11'940.– [39.8 Std. zu Fr. 300.–]; Auslagen Fr. 292.20; MwSt. Fr. 941.90 [7.7%]). Das Berufungsverfahren umfasste bloss einen Rechtsschriftenwechsel sowie eine kurze weitere Stellungnahme und richtete sich gegen einen im Summarverfahren ergangenen, vorsorglichen Massnahmeentscheid. Die Sache war denn auch von überschaubarer tatsächlicher und rechtlicher Komplexität. Weder wurde eine Verhandlung noch weitere aufwändige Beweisabnahmen (mit Ausnahme der von der Berufungsklägerin neu aufgelegten, abgenommenen Urkundenbeweise) durchgeführt. Unter diesen Gesichtspunkten ist die beantragte Entschädigung klar überhöht. Erhöhend zu berücksichtigen ist immerhin, dass die Berufungsklägerin zum Argument, das Grundstück stelle nicht pfändbares Verwaltungsvermögen dar, infolge fehlender Gewährung des rechtlichen Gehörs erst im Berufungsverfahren hat Stellung nehmen können (und müssen). Die Parteientschädigung wird in Anwendung von Art. 32 Abs. 1, Art. 33 Abs. 1 sowie Art. 35 Abs. 1 PKoG auf pauschal Fr. 3'000.– (Auslagen und Mehrwertsteuer inkludiert) festgesetzt, was in Nachachtung des gesetzlich maximal zulässigen Stundenhonorars von Fr. 250.– (Art. 34 Abs. 2 PKoG) einem angemessenen Arbeitsaufwand von rund 11-12 Stunden entspricht. Die unterliegende Berufungsbeklagte wird verpflichtet, die Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren intern und direkt mit Fr. 3'000.– (Auslagen und Mehrwertsteuer inkludiert) zu entschädigen.

26■27 Demnach erkennt das Obergericht: 1. Die Berufung vom 28. Oktober/8. November 2021 wird gutgeheissen und der angefochtene Entscheid ZE 21 250 vom 27. Oktober 2021 aufgehoben. 2. Das Grundbuchamt Nidwalden wird gerichtlich angewiesen, das mit Verfügung des Kantonsgerichts Nidwalden vom 28. September 2021 superprovisorisch zugunsten der Berufungsklägerin an Stelle des befristeten Baurechts (___; verselbstständigt als Grundstück Nr. D___, Grundbuch D.___) auf dem Grundstück Nr. ___, Grundbuch D.___, eingetragene Grundpfandrecht zur Sicherung der Heimfallentschädigung für die Pfandsumme von Fr. 451'000.– nebst Zins zu 5 % seit dem 1. August 2021 vorläufig anzumerken. 3. Der Berufungsklägerin wird eine Frist von 60 Tagen ab Zustellung dieses Entscheids angesetzt, um klageweise beim zuständigen Gericht die definitive Eintragung

des vorläufig angemerkt Grundpfandrechts zu verlangen. Reicht die Berufungsklägerin innert Frist keine Klage ein, fällt die vorläufige Anmerkung dahin. Die Berufungsbeklagte ist diesfalls berechtigt, beim Grundbuchamt Nidwalden die Löschung der Anmerkung aus dem Grundbuch zu verlangen. 4. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Massnahmeverfahrens betragen Fr. 2'000.–. Die Verteilung wird dem Hauptsachengericht überlassen. Prosequiert die Berufungsklägerin den Massnahmeentscheid nicht innert angesetzter Frist (Dispositiv-Ziffer 3) hat sie die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu tragen. Diesfalls werden diese mit ihrem Gerichtskostenvorschuss von Fr. 8'000.– verrechnet und sind bezahlt. Die Gerichtskasse Nidwalden wird in diesem Fall angewiesen, der Berufungsklägerin die Vorschussrestanz von Fr. 6'000.– zurückzuerstatten. 5. Die Parteientschädigung für das erstinstanzliche Massnahmeverfahren wird auf Fr. 2'500.– (Auslagen und Mehrwertsteuer inkludiert) festgesetzt. Die Verteilung wird dem Hauptsachengericht überlassen. Prosequiert die Berufungsklägerin den Massnahmeentscheid nicht innert angesetzter Frist (Dispositiv-Ziffer 3) hat sie die Berufungsbeklagte für das erstinstanzliche Verfahren intern und direkt mit Fr. 2'500.– (Auslagen und Mehrwertsteuer inkludiert) zu entschädigen.

27■27 6. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren betragen Fr. 1'500.–. Sie werden der Berufungsbeklagten auferlegt, dem Gerichtskostenvorschuss der Berufungsklägerin in derselben Höhe entnommen und sind bezahlt. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin die Gerichtskosten von Fr. 1'500.– für das Berufungsverfahren intern und direkt zu ersetzen. 7. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, die Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren intern und direkt mit Fr. 3'000.– (Auslagen und Mehrwertsteuer inkludiert) zu entschädigen. 8. [Zustellung].

Stans, 24. März 2022 OBERGERICHT NIDWALDEN Zivilabteilung Die Vizepräsidentin
lic. iur. Barbara Brodmann Der Gerichtsschreiber

MLaw Silvan Zwysig Versand: _____

Rechtmittelbelehrung: Gegen diesen Entscheid kann – unter Berücksichtigung von Art. 93 BGG – innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Art. 72 ff. i.V.m. Art. 90 ff. BGG). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Für den Fristenlauf gelten die Art. 44 ff. BGG. Der Streitwert beläuft sich auf Fr. 451'000.–.

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