

## Urteilkopf

151 III 313

30. Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. gegen B. (Beschwerde in Zivilsachen)  
5A\_395/2024 vom 8. November 2024

## Regeste

**Art. 736 Abs. 1 und 2 ZGB;** Ablösung einer Bauverbotsdienstbarkeit; Frage der Identität des Dienstbarkeitszwecks bei Umnutzung eines auf dem herrschenden Grundstück stehenden ehemaligen Schulhauses zu Wohnzwecken.

Kriterien für den Anspruch des Belasteten auf Löschung einer Dienstbarkeit (E. 2). Ermittlung des ursprünglichen Zwecks der Bauverbotsdienstbarkeit im konkreten Fall (E. 4.1-4.6). Fortbestehen dieses Zwecks nach einer Umnutzung der Baute auf dem herrschenden Grundstück im konkreten Fall (E. 4.7-4.9). Kriterien für die Ablösung einer Dienstbarkeit gegen Entgelt (E. 5.4). Kein Anspruch auf Ablösung gegen Entschädigung im konkreten Fall; insbesondere kann sich ein solcher bei Bauverbotsdienstbarkeiten nicht aus veränderten bau- und planungsrechtlichen Vorschriften oder dem blossen Überbauungswillen des belasteten Eigentümers ergeben (E. 5.5).

Sachverhalt ab Seite 314

BGE 151 III 313 S. 314

**A.** Auf der ursprünglichen Parzelle q (sog. Schulhausparzelle) stand seinerzeit das Schulhaus C. der Gemeinde U., wobei auch die sog. Spielwiese zur Parzelle gehörte. Zugunsten dieser und zulasten der damals noch rund 16'678 m<sup>2</sup> umfassenden Nachbarparzelle r wurde im Jahr 1952 eine Dienstbarkeit errichtet und mit dem Stichwort "begrenztes Bauverbot" im Grundbuch eingetragen. Aus dem Dienstbarkeitsvertrag ergibt sich, dass es dem jeweiligen Eigentümer der belasteten Parzelle untersagt ist, ohne Zustimmung des jeweiligen Eigentümers des herrschenden Grundstücks auf der Ostseite der Schulhausparzelle irgendeinen Bau hinzustellen.

Im Jahr 1968 wurde die sog. Spielwiese von der Schulhausparzelle abgetrennt und als eigene Parzelle s im Grundbuch eingetragen, unter Übertragung der Dienstbarkeit zulasten der Parzelle r.

Im Jahr 1970 wurde vom dienenden Grundstück r der grösste Teil der Fläche abgetrennt und als Parzelle t im Grundbuch eingetragen. Sodann wurden im Jahr 1993 aus Teilen der Parzelle t die weiteren Parzellen u, v, w und x gebildet. Bei all diesen Abparzellierungen wurde die Dienstbarkeit zugunsten der Grundstücke q und s jeweils als Last auf den neu gebildeten Parzellen übernommen.

Im Jahr 1999 wurde die Dienstbarkeit auf der abgetrennten Parzelle s zufolge Verzichts gelöscht; auf der Parzelle q blieb sie aber unverändert als Recht bestehen, d.h. das Grundstück q ist gegenüber den Parzellen y, u, v, w und x nach wie vor dienstbarkeitsberechtigt.

**B.** Der Beschwerdegegner erwarb im Jahr 1968 das (kurz zuvor geteilte) dienstbarkeitsberechtigte Grundstück q und nutzt das darauf stehende ehemalige Schulhaus als Wohnhaus. Die Beschwerdeführerin ist seit dem Jahr 2009 Alleineigentümerin der beiden östlich

BGE 151 III 313 S. 315

davon gelegenen Grundstücken w und x. Sie beabsichtigt, diese zu überbauen. Im Jahr 2017 erteilte die Baubewilligungskommission U. für das Bauvorhaben die Baubewilligung und verwies für die im Zusammenhang mit dem Bauverbot erhobenen Einsprachen auf den Zivilweg.

Darauf setzte der Beschwerdegegner seine Dienstbarkeit auf dem Zivilweg durch und das Kantonsgericht Appenzell Ausserrrhoden verbot der Beschwerdeführerin auf entsprechende Klage hin mit Urteil vom 14. Januar 2021, das Bauvorhaben gemäss Baubewilligung auf den Parzellen w und x auszuführen (vgl. hierzu das parallele Verfahren 5A\_397/2024).

**C.** In der Folge reichte die Beschwerdeführerin ihrerseits eine Zivilklage betreffend Löschung bzw. Ablösung der bestehenden Dienstbarkeit ein mit den Hauptbegehren, es sei festzustellen, dass das auf den Grundstücken w und x zugunsten des Grundstücks q eingetragene begrenzte Bauverbot das berechtigte Interesse für das Grundstück verloren habe und sie berechtigt sei, dieses im Grundbuch löschen zu lassen; eventualiter verlangte sie die Löschung der Dienstbarkeit unter ihrer Verpflichtung, dem Beschwerdegegner als Entschädigung für die Ablösung Fr. 5'000.- oder einen durch das Gericht festzusetzenden Betrag zu bezahlen.

Mit Urteil vom 25. Oktober 2022 stellte das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden fest, dass das auf den Grundstücken w und x zugunsten des Grundstücks q eingetragene begrenzte Bauverbot das berechnigte Interesse für das herrschende Grundstück verloren habe und die Beschwerdeführerin berechnigt sei, dieses im Grundbuch löschen zu lassen; sodann wies es das Grundbuchamt U. an, nach Rechtskraft des Urteils gegen dessen Vorlage die Löschungen vorzunehmen.

In Gutheissung der hiergegen erhobenen Berufung hob das Obergericht des Kantons Appenzell Ausserrhoden mit Urteil vom 30. April 2024 das erstinstanzliche Urteil auf und wies die Klage ab.

**D.** Mit Beschwerde in Zivilsachen verlangt die Beschwerdeführerin die Aufhebung des obergerichtlichen Urteils und die Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden bzw. die Gutheissung ihrer Klage. Es wurden keine Vernehmlassungen eingeholt, aber die kantonalen Akten beigezogen.

(Zusammenfassung)

## Erwägungen

BGE 151 III 313 S. 316

Aus den Erwägungen:

**2.** Nach **Art. 736 Abs. 1 ZGB** kann der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Löschung einer Dienstbarkeit verlangen, wenn diese für das berechnigte Grundstück jedes Interesse verloren hat. Unter dem Interesse für das berechnigte Grundstück versteht die Rechtsprechung das Interesse des Eigentümers des berechnigten Grundstücks an der Ausübung der Dienstbarkeit gemäss deren Inhalt und Umfang. Dabei ist vom Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit auszugehen, der besagt, dass eine Dienstbarkeit nicht zu einem andern Zweck aufrechterhalten werden darf als jenem, zu dem sie errichtet worden ist. Zu prüfen ist somit in erster Linie, ob der Eigentümer des herrschenden Grundstücks noch ein Interesse daran hat, die Dienstbarkeit zum ursprünglichen Zweck auszuüben, und wie sich dieses Interesse zu jenem verhält, das anlässlich der Begründung der Dienstbarkeit bestand (**BGE 130 III 554** E. 2; **BGE 121 III 52** E. 2a; **BGE 114 II 426** E. 2a; **BGE 107 II 331** E. 3; Urteil 5A\_698/2017 vom 7. März 2018 E. 4, nicht publ. in: **BGE 144 III 88**).

Ein fehlendes Interesse im Zeitpunkt der Klageeinreichung führt indes nicht in jedem Fall zur Löschung der Dienstbarkeit, ist doch zu beachten, dass das Interesse durch eine spätere Veränderung der Gegebenheiten wieder aufleben kann. Für eine solche Entwicklung müssen allerdings mit einer gewissen Intensität Anhaltspunkte vorhanden sein; die rein theoretische Möglichkeit einer künftigen Veränderung der Verhältnisse genügt nicht, um die Aufrechterhaltung der Dienstbarkeit zu rechtfertigen (**BGE 130 III 393** E. 5.1; PETITPIERRE, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. II, 7. Aufl. 2023, N. 9 zu **Art. 736 ZGB**; DITTLI, Ablösung der Grunddienstbarkeit in Rom und in der Schweiz unter Berücksichtigung von **Art. 736 ZGB**, in: Die Macht der Tradition im Dienstbarkeitsrecht und Eugen Huber, Schriftenreihe zu Eugen Huber, Bd. 7, 2016, Rz. 233).

Will der Eigentümer des dienenden Grundstücks die Löschung gestützt auf **Art. 736 Abs. 1 ZGB** gerichtlich durchsetzen, so hat er darzutun, dass die Dienstbarkeit für das herrschende Grundstück jeglichen Nutzen verloren hat. Auch wenn ihm der Beweis dieser negativen Tatsache obliegt (**Art. 8 ZGB**), gebieten Treu und Glauben, dass die beklagte Partei bei der Beweiserhebung mitwirkt; damit geht jedoch keine Umkehr der Beweislast in dem Sinne einher, dass der Dienstbarkeitsberechnigte den Fortbestand seines Interesses

BGE 151 III 313 S. 317

dartun müsste (Urteile 5D\_63/2009 vom 23. Juli 2009 E. 3.3; 5A\_128/2020 vom 13. April 2021 E. 4.1).

Was die Ermittlung des Inhalts bzw. des Zwecks der Dienstbarkeit anbelangt, kann im Zusammenhang mit der von **Art. 738 ZGB** vorgegebenen Stufenordnung auf die Ausführungen in der Erwägung 2 des parallelen Urteils 5A\_397/2024 verwiesen werden.

Spezifisch für Bauverbote und Baubeschränkungen ist schliesslich festzuhalten, dass sich diese räumlich auf das gesamte oder auf einen Teil des dienenden Grundstückes beziehen und dass sie sachlich umfassend oder in bestimmter Hinsicht (z.B. Begrenzung der Bauhöhe oder des Bauvolumens) gelten können. Typische Zwecksetzung kann sein die Begrenzung der Wohndichte zur Erhaltung von Wohnqualität, die Bewahrung des Landschaftsbildes oder eines bestimmten Quartiercharakters, die Gewährleistung von Besonnung, Belichtung oder Aussicht, das Fernhalten von bewohnten Bauten, der Schutz vor Immissionen u.a.m. (vgl. ESCHMANN, Auslegung und Ergänzung von Dienstbarkeiten, 2005, S. 57 f. m.w.H.).

**3.** Im kantonalen Verfahren wurde die Lösungsfrage kontrovers diskutiert und von den Instanzen unterschiedlich beurteilt.

**3.1** Die Beschwerdeführerin begründete ihre Klage damit, dass der Zweck der Dienstbarkeit die Sicherung der Lichtverhältnisse gewesen sei; dem Schulhaus und damit dem Schulbetrieb habe möglichst viel Sonnenlicht zugeführt werden sollen. Demgegenüber brachte der Beschwerdegegner in der Klageantwort

vor, es sei um den Ortsbildschutz gegangen; die einzigartige architektonische Erscheinung des Schulhauses habe freigehalten werden sollen.

**3.2** Das Kantonsgericht liess den ursprünglichen Zweck der Dienstbarkeit offen und befand, der eine wie der andere Zweck wäre vollständig weggefallen, nachdem das auf dem herrschenden Grundstück errichtete Gebäude nicht mehr dem Schulbetrieb diene, sondern umgewidmet worden sei. Im Übrigen würden alle von den Parteien angeführten Interessen heute durch die Raumplanung geregelt. Auch könne es nicht sein, dass eine Privatperson nach freiem Ermessen bzw. nach eigenen Prioritäten entscheiden dürfe, ob auf der Nachbarparzelle gebaut werden dürfe oder nicht, dies widerspreche dem Gleichbehandlungsgebot gegenüber allen Parzellenbesitzern.

**3.3** In der Berufungsschrift führte der Beschwerdegegner an, vom Bauverbot "im Osten der Schulhausparzelle" sei die gesamte Fläche

BGE 151 III 313 S. 318

der abparzellierten Grundstücke der Beschwerdeführerin betroffen und zufolge seiner Absolutheit gehe das Bauverbot weiter als die spätere öffentlich-rechtliche Raumplanung. Zweck der Dienstbarkeit sei der Ortsbildschutz und der Schutz der einzigartigen architektonischen Erscheinung des Schulhausgebäudes gewesen. Demgegenüber wandte die Beschwerdeführerin ein, das Bauverbot könne sich angesichts der weiteren Entwicklung gar nicht auf ihre Parzellen beziehen und zufolge der Löschung als Recht auf der Parzelle s habe die Dienstbarkeit heute für die verbliebene Parzelle q auch keine Bedeutung mehr. Im Übrigen sei sie vor der Aufteilung des dienenden Grundstücks von der Gemeinde aus Versehen nicht gelöscht worden. Die Dienstbarkeit habe den einzigen Zweck gehabt, eine gute Beleuchtung der Schulräume sicherzustellen. Mithin habe das herrschende Grundstück heute jegliches Interesse an der Dienstbarkeit verloren.

**3.4** Das Obergericht befand, das Bauverbot beziehe sich auf die "im Osten der Schulhausparzelle" gelegenen Flächen der ursprünglichen Grossparzelle r und diese seien mit einem absoluten Bauverbot belegt; diesbezüglich sei der Wortlaut des Dienstbarkeitsvertrages unmissverständlich. Die abparzellierten heutigen Grundstücke der Beschwerdeführerin, auf welche die Dienstbarkeit als Last übertragen worden sei, seien somit insgesamt vom Bauverbot betroffen. Für den Zweck der Dienstbarkeit sei vom Wortlaut auszugehen und im Übrigen darauf abzustellen, was ihr vernünftigerweise als Zweck beigemessen werden könne. Bauverbote würden normalerweise der Begrenzung der Wohndichte bzw. des Bauvolumens, der Erhaltung der Wohnqualität, der Bewahrung des Landschaftsbildes bzw. eines bestimmten Quartiercharakters, der Gewährleistung von genügender Besonnung, Belichtung und Aussicht, der Fernhaltung von bewohnten Bauten, dem reibungslosen Funktionieren eines landwirtschaftlichen Betriebes oder dem Schutz vor Immissionen dienen.

Vorliegend sei es an der klagenden Beschwerdeführerin darzutun, dass die Dienstbarkeit für den Beschwerdegegner jeglichen Nutzen verloren habe. Sie mache geltend, Zweck sei die Besonnung des Schulhauses gewesen. Jedoch könne der Zweck des Bauverbotes auf den "im Osten der Schulhausparzelle" gelegenen Flächen der ursprünglichen Parzelle r nicht primär in der Sicherstellung der Belichtung bestanden haben, zumal das Gelände gegen Osten hin abfalle, denn sonst wäre es räumlich enger umschrieben worden. Vielmehr seien die Ausführungen des Beschwerdegegners zum Ortsbildschutz

BGE 151 III 313 S. 319

sowie zum Schutz der einzigartigen architektonischen Erscheinung des Schulhauses insofern nachvollziehbar, indem mit dem begrenzten Bauverbot eine räumliche Alleinstellung des Schulhauses habe bezweckt werden sollen.

Ob damals aber tatsächlich die kunsthistorische Bedeutung des Baus und nicht eher die Freihaltung bzw. der Schutz der Spielwiese - welche kurz vor dem Verkauf des herrschenden Grundstücks an den Beschwerdegegner als Parzelle s abgetrennt wurde - das Motiv für die Errichtung der Dienstbarkeit im Jahr 1952 gewesen sei, lasse sich heute nicht mehr positiv feststellen. Einiges spreche aber dafür, dass die Gemeinde mit der Dienstbarkeit einen Freiraum und den ungestörten Schulablauf samt Sportmöglichkeiten habe sicherstellen wollen, weil sie möglicherweise künftige Immissionsklagen befürchtet habe, falls direkt im Osten davon Bauten errichtet würden.

Der verbliebene Teil des Grundstückes q werde heute anders genutzt, indem kein Schulbetrieb mehr stattfinde, sondern das Schulhausgebäude nunmehr dem Wohnen gewidmet sei. Dadurch habe sich aber das Interesse des heutigen Eigentümers an der Freihaltung des Gebäudes bzw. an der Fernhaltung von Bauten jeglicher Art nicht geändert, denn er sei nicht weniger als damals die Gemeinde als Rechtsvorgängerin daran interessiert, dass östlich seines Grundstücks nicht gebaut werde und damit Beeinträchtigungen seines Grundstückes vermieden würden. Insofern lasse sich nicht sagen, dass die Dienstbarkeit für das herrschende Grundstück jegliche Bedeutung verloren hätte, und insbesondere wolle der Beschwerdegegner die Dienstbarkeit auch nicht zu einem anderen als dem ursprünglichen Zweck aufrechterhalten. Ferner müsse sich dieser nicht anrechnen lassen und könne folglich die Beschwerdeführerin nichts daraus ableiten, dass sich die Gemeinde vor der Teilung des herrschenden Grundstückes im Jahr 1968 möglicherweise mit dem Gedanken getragen habe, die Dienstbarkeit löschen zu

lassen, und dass sie bei der abgetrennten Parzelle s schliesslich im Jahr 1999 auf die Dienstbarkeit verzichtet habe.

4. Ausgehend vom in E. 2 Gesagten ist in einem ersten Schritt der damalige Zweck der Dienstbarkeit zu ermitteln und in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob dieser heute noch besteht, weil die Dienstbarkeit nicht zu einem anderen Zweck aufrechterhalten werden kann (sog. Identität der Dienstbarkeit, vgl. Urteile 5A\_698/2017 vom 7. März 2018 E. 4, nicht publ. in: **BGE 144 III 88**; 5A\_714/2021 vom

BGE 151 III 313 S. 320

8. März 2022 E. 3.4.4; 5A\_1043/2021 vom 27. Juni 2022 E. 3.1). Die Beschwerdeführerin trägt die Beweislast, dass das herrschende Grundstück jegliches Interesse an der Dienstbarkeit verloren hat.

4.1 Die Beschwerdeführerin stellt sich auch vor Bundesgericht auf den Standpunkt, Zweck der Dienstbarkeit sei die Sicherung günstiger Lichtverhältnisse für das Schulhaus bzw. für den Schulbetrieb gewesen, welcher heute nicht mehr stattfindet; insofern sei der Zweck vollständig weggefallen. Sie wirft dem Obergericht in diesem Zusammenhang vor, sich in Vermutungen zum Zweck ergangen statt den Dienstbarkeitsvertrag ausgelegt zu haben. Sie leitet den Besonnungszweck insofern aus diesem ab, als vom Bauverbot die "im Osten der Schulhausparzelle" liegenden Flächen der ursprünglichen Parzelle r betroffen gewesen seien und die Sonne im Osten aufgehe.

Entgegen dem, was die Beschwerdeführerin vorgibt, beruhen ihre Ausführungen nicht auf einer grammatikalischen Auslegung des Dienstbarkeitsvertrages. Dort ist nicht von Lichtverhältnissen oder dergleichen die Rede. In Wahrheit lässt sich dem Vertragswortlaut nach den insoweit bundesrechtskonformen vorinstanzlichen Erwägungen überhaupt kein Zweck entnehmen, weder direkt noch dem Wortsinn nach. Massgeblich ist folglich, welcher Zweck sich aus den damaligen Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks vernünftigerweise ergeben hat. Dies ist zwangsläufig mit gewissen Mutmassungen verbunden, weil es sich nicht um eine positive Feststellung des Zweckes handelt. Die Kritik der Beschwerdeführerin, das Obergericht ergehe sich in Hypothesen, verfängt somit nicht.

4.2 Die Erwägungen im angefochtenen Entscheid gehen dahin, dass die Besonnung nicht im Vordergrund gestanden haben könne, weil zwischen dem Schulhausgebäude und den belasteten Grundstücken noch die Spielwiese liege, das Gelände im Osten der Schulhausparzelle abfalle und bei der Errichtung des Postgebäudes eine Beeinträchtigung des Schulhauses im Zusammenhang mit der Besonnung verneint worden sei. Naheliegender sei, den damaligen Zweck in der Bewahrung des Erscheinungsbildes des markanten und architektonisch besonderen Schulhausbaus durch Freihaltung der Umgebung zu sehen, aber insbesondere dürfte es auch um die ungestörte Benutzung der Spielwiese gegangen sein.

4.3 Der Beschwerdeführerin gelingt es nicht, in Bezug auf diese Erwägungen eine Bundesrechtswidrigkeit darzutun. Was den von ihr behaupteten Besonnungszweck anbelangt, reicht die Aussage, dass

BGE 151 III 313 S. 321

die Sonne im Osten aufgeht und damals noch keine öffentlich-rechtlichen Bauhöhenbeschränkungen bestanden hätten, nicht, denn es müssten zuerst mit substantiierten Willkürrügen die Feststellungen im angefochtenen Entscheid beseitigt werden, dass zwischen dem Schulhausgebäude und den heutigen Parzellen der Beschwerdeführerin die Spielwiese liegt und anschliessend das Gelände gegen Osten hin abfällt. Ausgehend von diesen nicht mit Willkürrügen angegriffenen Sachverhaltsfeststellungen hält die obergerichtliche Erwägung, die Dienstbarkeit wäre räumlich enger umschrieben worden, wenn ihr Zweck die Besonnung der Schulhausräumlichkeiten gewesen wäre, vor Bundesrecht stand. Im Rahmen einer objektivierten Zweckbestimmung dürfte somit nicht die Besonnung im engeren Sinn, also die Freihaltung vor direktem Schattenwurf durch eine Baute auf den dienstbarkeitsbetroffenen Flächen das Hauptmotiv für die Errichtung der Dienstbarkeit gewesen sein. Soweit jedoch die Sicherstellung von Sonnenlicht bei der Errichtung objektiv mitgespielt haben dürfte, wäre ein entsprechender (Teil-)Zweck jedenfalls auch heute noch relevant (dazu E. 4.7).

4.4 Als bundesrechtskonform erweist sich die Erwägung, dass bei objektiver Betrachtungsweise die visuelle Betonung bzw. Freihaltung des markanten Schulhausbaues einen wesentlichen Anteil bei der damaligen Zwecksetzung gehabt haben dürfte. Das dagegen angeführte Vorbringen der Beschwerdeführerin, bei einer solchen Zwecksetzung wären Beeinträchtigungen in jeder Himmelsrichtung zu erwarten gewesen und hätte eine Beschränkung auf die Flächen im Osten keinen Sinn gemacht, überzeugt nicht. Abgesehen davon, dass das Schulhaus nach Osten ausgerichtet ist und es insbesondere um die Ansicht der Vorderfront gegangen sein dürfte, scheitert das Vorbringen an den fehlenden Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid: Der Auszug aus dem Geoportal - namentlich derjenige, welchen die Beschwerdeführerin auf S. 13 ihrer Berufungsantwort selbst abgebildet hat (grösserer Ausschnitt als die Abbildung im angefochtenen Entscheid) - zeigt deutlich, dass die Parzellen nördlich und westlich des herrschenden Grundstücks überbaut sind; das Obergericht hat nirgends festgestellt, dass es sich nicht schon 1952 so verhalten hätte und auch die Beschwerdeführerin behauptet dies nicht. Ebenso wenig verfängt der Hinweis der Beschwerdeführerin auf die Überbauung der Parzelle z.

Diese ist zwar, wie der Auszug aus dem Geoportal auf S. 5 des angefochtenen Entscheides zeigt, auch im Osten des herrschenden Grundstücks gelegen.

BGE 151 III 313 S. 322

Allerdings befinden sich östlich des herrschenden Grundstücks q zuerst die Spielwiese, sodann die beiden Parzellen der Beschwerdeführerin und erst anschliessend die überbaute Parzelle z, welche somit in relativ grosser Distanz zum Schulhausgebäude liegt.

**4.5** Bei objektiver Betrachtung dürfte sodann über das vorinstanzlich Gesagte hinaus, d.h. nebst der visuellen Betonung, aus dem damaligen Blickwinkel des herrschenden Grundstückes bzw. des darauf stehenden Gebäudes die Bewahrung des Blickes ins Grüne und des Gefühls von Weite bei der Errichtung der Bauverbotsdienstbarkeit einen wesentlichen Anteil am (Gesamt-)Zweck ausgemacht haben; der Schulhausbau sollte mit anderen Worten an seiner Vorderfront auch in fernerer Zukunft über die Spielwiese hinaus "dégagé" bleiben.

**4.6** In eine ähnliche Richtung zielt die obergerichtliche Erwägung, wichtige Indizien würden darauf hindeuten, dass es insbesondere auch um die Freihaltung der Spielwiese bzw. den Schutz des Schulhauses samt Schulplatz gegangen sei. Diesbezüglich übt die Beschwerdeführerin soweit ersichtlich keine direkte Kritik. Sie macht aber geltend, dass in diesem Sinn auch das Obergericht die Sicherstellung eines ungestörten Schulbetriebes als eigentliche Zwecksetzung angesehen habe. Mit dessen Aufgabe sei der ursprüngliche Zweck der Dienstbarkeit vollständig weggefallen und dies dürfe nicht für andere Zwecke aufrechterhalten werden. Obwohl das Obergericht den Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit erwähne, habe es rechtswidrige Schlüsse gezogen, wenn es die Freihaltung ins Feld führe. Die Aufwertung der Lebensqualität der heutigen Bewohner habe keinen Zusammenhang mit dem damaligen Schulbetrieb und der Schulzweck dürfe nicht einfach auf den Wohnzweck übertragen werden. Dass es aber unabhängig davon, ob die Sicherstellung der Lichtverhältnisse für das Schulhaus oder der Schutz der Spielwiese im Vordergrund gestanden habe, immer um den Schulbetrieb als solchen gegangen sei, zeige sich daran, dass das herrschende Grundstück im Dienstbarkeitsvertrag als "Schulhausparzelle" bezeichnet worden sei und auch in den Gemeinderatsbeschlüssen vom 17. und 25. Juli 1952 von "Schulhausliegenschaft", von "Primarschule" und von "Schulplatz" die Rede gewesen sei. Es sei somit, wie das Obergericht selbst festgehalten habe, um unliebsame Beeinträchtigungen jeglicher Art gegangen.

Im Kontext mit der Freihaltung der Spielwiese wäre - wobei die Beschwerdeführerin keine dahingehende Argumentationslinie

BGE 151 III 313 S. 323

verfolgt - festzuhalten, dass dieser (Teil-)Zweck heute für das herrschende Grundstück q des Beschwerdegegners insofern keine Rolle mehr spielen könnte, als die Spielwiese zufolge Abparzellierung nicht mehr Teil des herrschenden Grundstücks ist. Indes spielt dies insofern keine Rolle, als die Freihaltung der Spielwiese bei objektiver Betrachtung aus der Perspektive des herrschenden Grundstücks bei der Errichtung der Dienstbarkeit nicht der einzige Zweck gewesen sein kann, sondern nach den vorstehenden Erwägungen vielmehr ein Konglomerat von Zwecksetzungen bestand (Sicherstellung der optischen Wahrnehmbarkeit des Schulhausgebäudes, Bewahrung einer freien Sicht vom Schulhausgebäude aus, Fernhalten von Beeinträchtigungen jeglicher Art). Dies ist letztlich auch die Kernüberlegung des Obergerichts.

**4.7** All diese Bedürfnisse des herrschenden Grundstückes bestehen unabhängig von der konkreten Nutzung des darauf stehenden Gebäudes. So wie es beispielsweise beim Schutz der freien Ansicht eines Schlosses nicht darauf ankommen kann, ob dieses noch von der ursprünglichen Herrscherfamilie oder später als Gerichtssitz oder im weiteren Verlauf als Wohnbaute genutzt wird, verhält es sich auch bei einem architektonisch markanten Schulhausbau, zumal dieser bei der Umnutzung baulich nicht verändert wurde. Sodann profitieren Schüler wie Bewohner des auf dem herrschenden Grundstück stehenden Gebäudes gleichermassen vom Blick ins Grüne, vom Gefühl der Weite und von ferngehaltenen Beeinträchtigungen jeglicher Art. Knüpfen diese Zwecke mithin nicht an den Schulbetrieb als solchen, lässt sich nicht sagen, dass die Identität der Dienstbarkeit gebrochen wäre. Gleiches gälte im Übrigen für die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Besonnung, welche Schülern ebenso wie Bewohnern zugute kommen würde.

**4.8** Die Beschwerdeführerin rügt ferner die Erwägung des Obergerichtes, wonach sich der Beschwerdegegner nicht anrechnen lassen müsse, wenn die Gemeinde im Jahr 1999 auf der vom herrschenden Grundstück abgetrennten Parzelle s auf die Dienstbarkeit verzichtet habe, und sie behauptet in diesem Kontext eine fehlende lückenlose Durchsetzbarkeit der Dienstbarkeit dahingehend, dass es der Gemeinde unbenommen wäre, diese Parzelle zu überbauen. Diesfalls wäre das herrschende Grundstück aber direkt durch den betreffenden Bau beeinträchtigt und die Freihaltung ihrer weiter weg liegenden Parzellen w und x würde dem Beschwerdegegner keinerlei Nutzen mehr bringen. Dabei sei irrelevant, ob sich die Parzelle s

BGE 151 III 313 S. 324

überhaupt für eine Überbauung eigne. Die fehlende lückenlose Durchsetzbarkeit der Dienstbarkeit stelle einen rechtlichen Erlöschungsgrund dar, der unabhängig von tatsächlichen Begebenheiten greife.

Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Ob die Gemeinde die in ihrem Eigentum verbliebene Spielwiese je überbauen wird und ob sie darauf eine Baute errichten könnte, welche von ihrer Dimension her der Ausübung der Dienstbarkeit für das (verbliebene) herrschende Grundstück q jegliche Rechtfertigung nehmen würde, so dass von einem untergegangenen Interesse im Sinn von **Art. 736 Abs. 1 ZGB** gesprochen werden müsste, ist reine Spekulation und stellt sich heute im Zusammenhang mit dem Bauprojekt der Beschwerdeführerin nicht. Die von der Beschwerdeführerin verwiesenen Entscheide betrafen im Übrigen völlig andere Konstellationen und sie kann daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten (bei **BGE 121 III 52** E. 3 ging es darum, dass ein Wegrecht, welches vermeintlich auf verschiedenen hintereinander liegenden Grundstücken lastete, gar nicht ausgeübt werden konnte, weil es auf einem der Grundstücke in Wahrheit nicht bestand, und bei **BGE 114 II 426** E. 2 ging es um die Frage der Identität bei der Vereinigung des herrschenden Grundstücks mit einem anderen).

**4.9** Zusammenfassend ergibt sich, dass die obergerichtliche Kernerwägung, der Beschwerdegegner sei nicht weniger als die Gemeinde als Rechtsvorgängerin aus weitgehend identischen Gründen daran interessiert, dass östlich seines Grundstücks nicht gebaut werde, bundesrechtskonform ist und es der beweisbelasteten Beschwerdeführerin nicht gelingt darzutun, dass das herrschende Grundstück jegliches Interesse an der Ausübung der Dienstbarkeit verloren hat.

**5.** Eventualiter hatte die Beschwerdeführerin in ihrer Klage eine auf **Art. 736 Abs. 2 ZGB** gestützte Ablösung der Dienstbarkeit verlangt.

**5.1** Das Kantonsgericht musste das Eventualbegehren nicht prüfen, weil es den Hauptantrag guthiess. In der Berufungsantwort beantragte die Beschwerdeführerin die Abweisung der Berufung und eventualiter eine Rückweisung an das Kantonsgericht und begründete dies damit, dass die Prüfung einer Ablösung gemäss **Art. 736 Abs. 2 ZGB** ausstehe.

**5.2** Vor Bundesgericht wirft die Beschwerdeführerin dem Obergericht zunächst im Rahmen einer Gehörsrüge vor, sich mit ihrem Eventualantrag nicht auseinandergesetzt zu haben. Dies trifft indes nicht

BGE 151 III 313 S. 325

zu: Das Obergericht hat im angefochtenen Entscheid auf S. 11 theoretische Ausführungen zu **Art. 736 Abs. 2 ZGB** gemacht und sodann auf S. 21 bei den fallbezogenen Erwägungen befunden, es könne nicht gesagt werden, dass im Sinn von **Art. 736 Abs. 2 ZGB** das noch vorhandene Interesse des Berechtigten im Vergleich zur Belastung unverhältnismässig gering sei, zeige doch der Auszug aus dem Geoportal deutlich, dass östlich des herrschenden Grundstücks lediglich die beiden Parzellen der Beschwerdeführerin noch unüberbaut seien, weshalb der Beschwerdegegner ein erhebliches Interesse an der Aufrechterhaltung des Bauverbotes habe. Damit ist das Obergericht seiner als Teilgehalt aus dem Gehörsanspruch fliessenden Begründungspflicht nachgekommen (vgl. hierzu **BGE 143 III 65** E. 5.2; **BGE 142 III 433** E. 4.3.2; **BGE 141 III 28** E. 3.2.4).

**5.3** In der Sache macht die Beschwerdeführerin geltend, das Obergericht verkenne im Kontext mit **Art. 736 Abs. 2 ZGB**, dass sich die Verhältnisse auf beiden Seiten vollständig geändert hätten. Beim herrschenden Grundstück sei der Schulzweck weggefallen und es gehe jetzt um etwas völlig anderes, nämlich um einen Wohnzweck. Während die Schulräume auf Sonnenlicht angewiesen gewesen seien, könne dies für Wohnräume nicht gleichermassen gelten, zumal die Bewohner ausserhäuslichen Tätigkeiten nachgehen dürften. Sodann sei bei der Errichtung der Dienstbarkeit das dienende Grundstück r von Bauern landwirtschaftlich genutzt worden und das Bauverbot habe diese folglich kaum belastet, während ihre beiden Parzellen heute in der Zone W2 lägen und als Bauland genutzt werden könnten. Mithin bestehe ein völliges Missverhältnis und das Obergericht habe ihrem Anspruch auf zonenkonforme Nutzung keine Rechnung getragen. Dies widerspreche dem fundamentalen raumplanerischen Grundsatz der Trennung zwischen Bauland und Nichtbauland.

**5.4** Ist ein Interesse des Berechtigten zwar noch vorhanden, aber im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung, so kann gemäss **Art. 736 Abs. 2 ZGB** die Dienstbarkeit gegen Entschädigung ganz oder teilweise abgelöst werden. Die Norm zielt bei grammatikalischer Auslegung aufgrund des Wortes "noch" in erster Linie darauf, dass das herrschende Grundstück bzw. dessen Eigentümer das Interesse an der Ausübung der Dienstbarkeit nicht gänzlich verloren hat, dieses aber im Vergleich zu den ursprünglichen Bedürfnissen sehr stark geschwunden ist und als Folge die heutige Ausübung in einem Missverhältnis zur Belastung für das dienende Grundstück steht. Eine Ablösung gegen Entschädigung

BGE 151 III 313 S. 326

fällt ferner aber auch dann in Betracht, wenn die Belastung für das dienende Grundstück durch die Ausübung der Dienstbarkeit seit deren Errichtung in einem Mass zugenommen hat, dass das Interesse des

Eigentümers des herrschenden Grundstücks an der Aufrechterhaltung der Dienstbarkeit im Vergleich dazu als unverhältnismässig erscheint (**BGE 107 II 331** E. 5).

**5.5** Vorliegend trifft weder das eine noch das andere zu. Auf Seiten des herrschenden Grundstücks ist das Interesse zwar insofern etwas kleiner, als nach der Abparzellierung der Spielwiese sich die Dienstbarkeit nicht mehr auf deren Schutz beziehen kann (vgl. E. 4.6). Das Interesse an der Ausübung der Bauverbotsdienstbarkeit zu den weiteren ursprünglichen Zwecken, wie sie in E. 4.4 und 4.5 erwähnt sind, sowie überhaupt an der Fernhaltung von jeglichen Beeinträchtigungen (vgl. E. 4.6) besteht indes unvermindert fort, auch wenn der Schulhausbau heute dem Wohnen und nicht mehr dem Schulbetrieb dient (dazu insb. E. 4.7).

Die Beschwerdeführerin möchte ein Missverhältnis der Interessen aber auch daraus ableiten, dass sie selbst ihre Parzellen überbauen will. In ihren Augen hat sich insofern eine unzumutbare Zunahme der Belastung ergeben, als das dienende (Gesamt-)Grundstück im Zeitpunkt der Errichtung der Bauverbotsdienstbarkeit von Bauern landwirtschaftlich genutzt worden sei, ihre beiden Grundstücke heute aber Bauland seien. Diese Argumentation zielt ins Leere: Das Verbot, eine Baute zu errichten, ist gerade der Inhalt einer Bauverbotsdienstbarkeit. Dieser Inhalt bedeutete und bedeutet damals wie heute die identische Belastung für das dienende Grundstück. Eine Bauverbotsdienstbarkeit ergibt nämlich nur Sinn, wenn damit Einschränkungen gegenüber den (öffentlich-)rechtlichen Möglichkeiten verbunden sind, denn gerade in der Verhinderung eines aus (öffentlich-) rechtlicher Sicht möglichen Bauens aktualisiert sich der Zweck der Bauverbotsdienstbarkeit. Dabei vermögen weder ein Gestaltungsplan noch die allgemeine Entwicklung des öffentlichen Bau- und Planungsrechts privatrechtliche Nutzungsbeschränkungen ausser Kraft zu setzen oder bestehende Dienstbarkeiten in ihrem Umfang einzuschränken (**BGE 134 III 341** E. 2.2 und 3.1; **BGE 107 II 331** E. 5a; **BGE 91 II 339** E. 4a; Urteile 5C.155/1998 vom 17. Dezember 1998 E. 6c; 5C. 213/2002 vom 7. Februar 2003 E. 3.2; 5A\_637/2019 vom 27. April 2022 E. 2.4). Ebenso wenig vermögen veränderte bau- und planungsrechtliche Vorschriften für sich genommen die Ablösung einer Baubeschränkungs- oder Bauverbotsdienstbarkeit im Sinn von **Art. 736**

#### **BGE 151 III 313 S. 327**

**Abs. 2 ZGB** zu begründen (**BGE 107 II 331** E. 5b; Urteile 5A\_340/2013 vom 27. August 2013 E. 5.3.2; 5A\_128/2020 vom 13. April 2021 E. 4.1, nicht publ. in: **BGE 147 III 215** E. 4.5).

Das Interesse an der Möglichkeit, das dienende Grundstück bzw. die dienstbarkeitsbetroffenen Flächen überbauen zu können, war mit anderen Worten unbekümmert um die seinerzeitige faktische landwirtschaftliche Nutzung, wie sie übrigens auch heute identisch erfolgen kann, bereits 1952 in gleicher Weise vorhanden, denn das dienende Grundstück hätte damals mangels raumplanerischer Einschränkungen aus (öffentlich-)rechtlicher Sicht zweifellos überbaut werden können (vgl. den insoweit identischen Sachverhalt in **BGE 107 II 331** E. 5, was zur Verneinung einer Ablösungsmöglichkeit führte). Damit dies nicht geschehen konnte, wurde die Überbaumöglichkeit mit vertraglicher Einigung zwischen den damaligen Eigentümern des herrschenden und des dienenden Grundstücks privatrechtlich durch die Errichtung der Bauverbotsdienstbarkeit unterbunden. Mithin kann die Beschwerdeführerin für die Ablösung eines Bauverbotes wesensgemäss gerade nicht ihr Überbauungsinteresse in die Waagschale werfen.

Ausserhalb des Anfechtungsgegenstandes stünden und somit nicht zu diskutieren sind die öffentliche Bereinigung des Grundbuches im Sinn von **Art. 976c ZGB** sowie spezifische öffentlich-rechtliche Bereinigungsverfahren wie etwa das Parzellarordnungsverfahren im Rahmen eines Quartierplanverfahrens oder einer Melioration (dazu Urteil 5A\_737/2014 vom 26. Mai 2015 E. 3.2; vgl. auch HOFSTETTER-ARNET/HOFSTETTER/MUNDHAAS, Verdichtet bauen - Dienstbarkeiten beseitigen, Löschung von privatrechtlichen Baubeschränkungen nach öffentlichem Recht, SJZ 115/2019 S. 335 ff., insb. S. 341).

**5.6** Vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen geht die Gehörsrüge der Beschwerdeführerin, das Obergericht hätte ihren Beweisantrag auf Edition der Korrespondenz zwischen der Gemeinde und dem Beschwerdegegner rund um den damaligen Kaufvertrag nicht in antizipierter Beweiswürdigung abweisen dürfen, an der Sache vorbei. Ohnehin liegt bei antizipierter Beweiswürdigung keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, weil im Rahmen von **Art. 152 ZPO** Anspruch einzig auf Abnahme von Beweis zu rechtserheblichen Tatsachen besteht, was eine vorweggenommene antizipierte Beweiswürdigung - welche ihrerseits als Teil der Beweiswürdigung mit Willkürrügen anzugreifen wäre (**BGE 147 IV 534** E. 2.5.1;

#### **BGE 151 III 313 S. 328**

**BGE 146 III 73** E. 5.2.2) - nicht ausschliesst (zum Ganzen: **BGE 143 III 297** E. 9.3.2 m.w.H.).

**5.7** Aus dem Gesagten ergibt sich zusammenfassend, dass es der beweisbelasteten Beschwerdeführerin nicht gelingt, ein im Vergleich zur damaligen Situation entstandenes Missverhältnis der Interessen zwischen dem herrschenden und ihren dienenden Grundstücken darzutun, welches eine Ablösung der Dienstbarkeit im Sinn von **Art. 736 Abs. 2 ZGB** rechtfertigen könnte.