

**ZA 23 3**

[Urteil BGer 5A\\_85/2024 vom 8. November 2024/Gutheissung](#)

**Urteil vom 14. September 2023  
Zivilabteilung**

**Besetzung**

Vizepräsidentin Barbara Brodmann, Vorsitz,  
Oberrichter Franz Odermatt,  
Oberrichterin Franziska Ledergerber,  
Oberrichter Albert Odermatt,  
Oberrichter Erwin Odermatt,  
Gerichtsschreiberin Jessica Mikic.

**Verfahrensbeteiligte**

**A.**\_\_,

vertreten durch lic. iur. Karl Tschopp, Rechtsanwalt,  
Dorfplatz 12, Postfach, 6371 Stans,

**Berufungsklägerin/Beklagte,**

gegen

**B.**\_\_,

vertreten durch lic. iur. Peter Kriesi, Rechtsanwalt,  
Tschümperlin Lötscher Schwarz AG, Löwenstrasse 3, Post-  
fach, 6000 Luzern 6,

**Berufungsbeklagte/Klägerin.**

**Gegenstand**

**Grunddienstbarkeit**

Berufung gegen das Urteil des Kantonsgerichts Nidwalden,  
Zivilabteilung/Kollegialgericht vom 21. Dezember 2022  
(ZK 22 1).

## **Sachverhalt:**

### **A.**

Zu Lasten des Grundstücks Nr. aa und zu Gunsten des Grundstücks Nr. bb, beide GB X.\_\_\_, besteht die Grunddienstbarkeit «Baubeschränkung (eingeschossig)». A.\_\_\_ («Berufungsklägerin/Beklagte») ist Eigentümerin des belasteten Grundstücks Nr. aa, die B.\_\_\_ («Berufungsbeklagte/Klägerin») ist Stockwerkeigentümerin der Grundstücke Nr. cc und dd der dienstbarkeitsberechtigten Parzelle Nr. ee.

Mit Eingabe vom 6. Januar 2022 gelangte die Berufungsbeklagte an das Kantonsgericht Nidwalden und beantragte, der Berufungsklägerin sei unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu verbieten, auf der dienstbarkeitsbelasteten Parzelle den am 29. Juni 2020 vom Gemeinderat Emmetten bewilligten Neubau eines Doppel Einfamilienhauses zu erstellen.

Mit Urteil ZK 22 1 vom 21. Dezember 2022 («Urteil ZK 22 1») wurde die Klage gutgeheissen.

### **B.**

Hiergegen erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 10. März 2023 Berufung beim Obergericht Nidwalden mit den Anträgen:

- «1. Das Urteil des Kantonsgerichts Nidwalden vom 21. Dezember 2022 (- ZK 22 1 -) sei vollumfänglich aufzuheben und die Klage vom 6. Januar 2022 vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter sei diese Streitsache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten.»

Der eingeforderte Gerichtskostenvorschuss von Fr. 3'500.– wurde innert Frist überwiesen.

### **C.**

Mit Berufungsantwort vom 4. Mai 2023 beantragte die Berufungsbeklagte:

- «1. Die Berufung vom 10. März 2023 sei abzuweisen und das Urteil des Kantonsgerichts Nidwalden vom 21. Dezember 2022 (ZK 22 1) vollumfänglich zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsklägerin.»

**D.**

Mit Replik vom 2. Juni 2023 und Duplik vom 29. Juni 2023 äusserten sich die Parteien erneut zur Sache und hielten an den gestellten Anträgen fest. Damit war der Rechtsschriftenwechsel abgeschlossen.

**E.**

Die vorinstanzlichen Akten wurden praxisgemäss beigezogen. Die Zivilabteilung des Obergerichts Nidwalden hat die vorliegende Streitsache anlässlich seiner Sitzung vom 14. September 2023 abschliessend beurteilt. Auf die Ausführungen der Parteien wird – soweit erforderlich – in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

**Erwägungen:****1.****1.1**

Gegen erstinstanzliche Endentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung zulässig, sofern der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 ZPO). Das Rechtsmittelbegehren beläuft sich auf einen Streitwert von Fr. 100'000.–, womit die Streitwertgrenze erreicht wird. Berufungsinstanz gegen Urteile des Kantonsgerichts Nidwalden, Kollegialgericht, ist das Obergericht Nidwalden, Zivilabteilung (Art. 27 GerG [NG 261.1]), die in Fünferbesetzung entscheidet (Art. 22 Ziff. 3 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. Aufl. 2016, N. 30 ff. zu Vor Art. 308–318 ZPO). Die Berufungsklägerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch das angefochtene Urteil unmittelbar betroffen und damit zur Berufung berechtigt. Die Berufung ist innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Zustellung der Urteilsbegründung erfolgte am 8. Februar 2023. Die Berufung vom 10. März 2023 wurde fristgerecht eingereicht. Nachdem ein gültiges Anfechtungsobjekt vorliegt, die Berufung

innert Frist eingereicht wurde sowie die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Berufung einzutreten.

## **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 (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 Entscheidfindung relevant sind. Zu ergänzen bleibt, dass sich die Rechtsmittelinstanz bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden eine gewisse Zurückhaltung auferlegt und nicht ohne Not ihr eigenes Ermessen an dasjenige der Vorinstanz setzt (Urteil des Bundesgerichts 5A\_265/2012 vom 30. Mai 2012 E. 4.3.2; BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 469 ff., S. 202 ff.; MARTIN H. STERCHI, in: Alvarez et al. [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band II, 2012, N. 8 f. zu Art. 310 ZPO).

## **1.3**

### **1.3.1**

Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Praxisgemäss ist zwischen echten und unechten neuen Vorbringen (sog. Noven) zu unterscheiden. Echte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die (erst) nach dem Ende der Hauptverhandlung des erstinstanzlichen Verfahrens entstanden sind. Sie sind im Berufungsverfahren grundsätzlich immer zulässig, wenn sie ohne Verzug nach ihrer Entdeckung vorgebracht werden. Unechte

Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die bereits bei Ende der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entstanden waren. Ihre Zulassung wird im Berufungsverfahren weitergehend insofern eingeschränkt, als sie ausgeschlossen sind, wenn sie bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können. Im Falle unechter Noven hat die Berufungsklägerin namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (BGE 143 III 42 E. 4.1 m.w.H.). Ein zureichender Grund für das Vorbringen eines unechten Novums kann darin liegen, dass der angefochtene Entscheid dazu Anlass gegeben hat. Dies kann namentlich der Fall sein, wenn die erste Instanz ihrem Entscheid eine Rechtsauffassung zugrunde gelegt hat, mit der die Berufungsklägerin nicht rechnen müssen und deren Widerlegung nur durch neue Beweismittel möglich ist, wobei Eventualerwägungen oder obiter dicta nicht in Betracht fallen. Davon zu unterscheiden ist der Fall des Vorlegens neuer Beweismittel, die bloss aufzeigen sollen, dass die Beweiswürdigung der ersten Instanz auf Grund des ihr vorliegenden Beweismaterials unzutreffend war. Hierfür gelten die allgemeinen Regeln (BGE 139 III 466 E. 3.4; STERCHI, a.a.O., N. 10 zu Art. 317 ZPO). Auch das Vorliegen dieses Grundes hat derjenige darzulegen, der sich darauf beruft (Urteil des Bundesgerichts 2C\_3/2021 vom 23. März 2021 E. 3.2).

### **1.3.2**

Die Berufungsklägerin legt im Berufungsverfahren neu die Urkunde (Gebäudeschnitt) «Geschossigkeit Gegenüberstellung Baugesetze» (BK-Bel. 2) auf und macht geltend, im Falle der Anpassung an die Bauverordnung der Gemeinde X. aus dem Jahr 1965 rage das Bauprojekt rund einen Meter mehr über den Boden heraus als der bewilligte Neubau (Berufung, Ziffer 10, Seite 10).

Die Zulassung von Noven im Berufungsverfahren ist, wie soeben ausgeführt, nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Dass die Voraussetzungen im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO vorliegend erfüllt wären, wird von der Berufungsklägerin weder behauptet noch belegt. Das neu vorgelegte Beweismittel ist daher im obergerichtlichen Verfahren aus dem Recht zu weisen und die neue Tatsache unbeachtlich.

### 1.3.3

Die von der Berufungsklägerin erneuerten Beweisanträge sind ebenfalls abzuweisen. Eine Befragung von C.\_\_\_\_, Mitglieds des Verwaltungsrats der Berufungsklägerin, würde keine sachdienlichen Informationen liefern, zumal er anlässlich der Begründung der Dienstbarkeit nicht Vertragspartei war. Ein Augenschein wäre für die gegenständliche Beweisthematik grundsätzlich ein taugliches Beweismittel, jedoch sind die damit zu beweisenden Umstände bereits anderweitig hinreichend dokumentiert.

## 2.

### 2.1

Die Parteien streiten um den Inhalt der Grunddienstbarkeit «Baubeschränkung (eingeschossig)», die von den damaligen Eigentümern mit Kaufvertrag vom 27. Oktober 1971 vereinbart und im Grundbuch eingetragen wurde. Die Berufungsklägerin verfügt über die Bewilligung des Gemeinderates X.\_\_\_\_, auf der dienstbarkeitsbelasteten Parzelle ein Doppel Einfamilienhaus zu erstellen. Nach Auffassung der Berufungsbeklagten steht die Dienstbarkeit dem Bauvorhaben entgegen.

Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, dem Grundbucheintrag und Begründungsakt sei nicht zu entnehmen, was unter «eingeschossig» zu verstehen sei. Daher sei Ziffer 4 des als Grundbuchbeleg hinterlegten Kaufvertrags vom 27. Oktober 1971 nach objektiven Gesichtspunkten (Vertrauensprinzip) auszulegen. Da der Dienstbarkeitsvertrag die zulässige Gebäudehöhe mit Geschossezahlen im Zusammenhang mit der Überbauung des belasteten Grundstücks umschreibe, sei für die Frage der Geschosse ein bautechnischer Sprachgebrauch angezeigt. Zur Zeit der Errichtung der fraglichen Grunddienstbarkeit sei in X.\_\_\_\_ die Bauverordnung aus dem Jahr 1965 («BauV 1965») in Kraft gewesen. Dazumal hätten als Geschosse Stockwerke gezählt, die weder unter Terrain noch im Dachgeschoss lagen (Art. 31 BauV 1965). Werde der Keller indes unter Terrain geführt, so habe dieser als unterstes Geschoss gezählt, sofern die Fussbodenhöhe 1.70 m oder mehr über dem gewachsenen Grund gelegen habe. Das Dachgeschoss sei ein anrechenbares Vollgeschoss gewesen, wenn es mehr als bis zur Hälfte der darunterliegenden Vollgeschosse ausgebaut gewesen sei (Art. 31 BauV 1965). Laut Baugesuch rage das Untergeschoss über das Terrain und die Fussbodenhöhe liege mehr als 1.70 m über gewachsenem Terrain. Das Dachgeschoss weise eine Fläche von 147.03 m<sup>2</sup> auf und werde damit mehr als bis zur Hälfte des darunterliegenden Erdgeschosses ausgebaut. Demzufolge seien das Untergeschoss und das Dachgeschoss als Vollgeschosse anzurechnen. Das auf der Parzelle Nr. aa bewilligte Bauprojekt sei somit als dreigeschossiger

Neubau zu qualifizieren. Demzufolge stehe die Baubeschränkung der Erstellung des Neubaus entgegen.

## 2.2

Die Berufungsklägerin wirft der Vorinstanz eine unrichtige Rechtsanwendung vor. Sie habe wesentliche Auslegeskriterien nicht berücksichtigt und damit eine unvollständige Auslegung vorgenommen. Der Zweck der Bauhöhenbeschränkung werde nirgends berücksichtigt, obwohl selbst die Berufungsbeklagte betone, dass die Dienstbarkeit die Aussicht auf See- und Berglandschaft sichern solle. Die Vorinstanz habe direkt auf die Bauverordnung aus dem Jahr 1965 abgestellt, anstatt diese nur hilfsweise beizuziehen. Das Bundesgericht verlange nirgends explizit, dass bei der Auslegung die dazumal geltende und nicht die aktuelle [Bau-]Verordnung beizuziehen sei. Sinn und Zweck sowie der optische Eindruck, vorliegend die Wahrnehmbarkeit der Geschosse, hätten Vorrang. Die im Grundbuch eingetragene «Baubeschränkung» stelle also eine «Bauhöhenbeschränkung», mithin eine sog. Aussichtsservitut dar. Sie beschlage lediglich die Bauhöhe bzw. Anzahl Vollgeschosse. Damit sei erstellt, dass die damalige Gesetzgebung der Dachgeschossflächen keinen Einfluss auf die Höhenbeschränkung habe und somit irrelevant sei. Beim Bauvorhaben werde 2/3 des Gebäudes im Hang bzw. unter dem gewachsenen Terrain verbaut, sodass das Untergeschoss nur teilweise über das gewachsene Terrain hinausrage. Seitens des berechtigten Grundstücks sei einzig das Dachgeschoss in der Höhe sichtbar sowie die gesetzlich vorgeschriebenen Garagen auf Strassenhöhe (Höhenweg). Demzufolge sei der Neubau seitens der Berufungsbeklagten lediglich als «eingeschossig» in Form des Dachgeschosses wahrnehmbar. Das darunter liegende Vollgeschoss sowie das Untergeschoss würden hangseitig komplett unterhalb der Strasse Höhenweg liegen und dadurch für die Berufungsbeklagte nicht sichtbar sein. Die Berufungsbeklagte habe als Eigentümerin der Maisonette-Dachgeschosswohnung in jedem Fall weiterhin eine uneingeschränkte Sicht auf die Rigi und den See. Auch habe die Vorinstanz nicht geprüft, was eine Drittperson unter der Baubeschränkung (eingeschossig) verstehen würde. Diese würde wohl zuerst in das geltende Gesetz schauen oder sich durch eine Behörde aufklären lassen. Keine durchschnittliche Drittperson würde die Bauverordnung aus dem Jahr 1965 beiziehen. Die Vorinstanz habe somit eine unvollständige und zweckwidrige Auslegung vorgenommen, wodurch sie ihrer Pflicht die Dienstbarkeiten nach dem Vertrauensprinzip unter jedem Aspekt auszulegen, nicht nachgekommen sei. Eine solche unzulässige Einschränkung der Prüfungsbefugnis verstosse zugleich gegen den Anspruch auf ein gerechtes Verfahren, stelle mithin eine Verletzung verfahrensrechtlicher Grundrechte dar (Art. 29 Abs. 1 BV). Schliesslich sei das Urteil der Vorinstanz über die Verweigerung weiterer Auslegungskriterien aufzuheben

bzw. eventualiter zur Ergänzung an diese zurückzuweisen, weil damit das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin verletzt werde (Art. 29 BV).

### 3.

Für die Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit gibt Art. 738 ZGB eine Stufenordnung vor. Ausgangspunkt ist der Grundbucheintrag. Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrag deutlich ergeben, ist dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Nur wenn sein Wortlaut unklar ist, darf im Rahmen des Eintrags auf den Erwerbgrund, d.h. auf den Begründungsakt, zurückgegriffen werden der als Beleg beim Grundbuchamt aufbewahrt wird (Art. 948 Abs. 2 ZGB) und einen Bestandteil des Grundbuchs bildet. Ist auch der Erwerbgrund nicht schlüssig, kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit (im Rahmen des Eintrags) aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten ausgeübt worden ist (Art. 738 Abs. 2 ZGB; BGE 137 III 145 E. 3.1, 132 III 651 E. 8). Trotz der Verwendung des Wortes «kann» in Art. 738 Abs. 2 ZGB ist die gesetzlich vorgegebene Reihenfolge zwingend. In aller Regel ergibt sich aus dem nur rudimentären Grundbucheintrag kein genügender Hinweis auf den Umfang der Dienstbarkeit (vgl. ETIENNE PETITPIERRE, in: Geiser/Wolf [Hrsg.], Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023, N. 3 zu Art. 738 ZGB). Bei der Auslegung des Erwerbstitels ist zudem zu beachten, dass Dienstbarkeiten gemäss Lehre und Rechtsprechung restriktiv auszulegen sind und die Rechte des Eigentümers des belasteten Grundstücks nur soweit belasten dürfen, als es zu ihrer normalen Ausübung nötig ist (PETITPIERRE, a.a.O., N 11 zu Art. 738 ZGB mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 1C\_237/2010 vom 30. August 2010 E. 2.5.1).

Ferner ist bei der Auslegung zu unterscheiden, ob die ursprünglichen Parteien betroffen oder Dritte involviert sind. Entsteht eine Streitigkeit über den Dienstbarkeitsinhalt unter der Beteiligung eines Dritten, ist dem Prinzip des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gemäss Art. 937 ZGB besondere Beachtung zu schenken. Die im Grunddienstbarkeitsvertrag zum Ausdruck gelangenden Willenserklärungen der Parteien sind demnach in dem Sinne auszulegen, wie sie von einem aufmerksamen, vernünftig denkenden Menschen nach Treu und Glauben verstanden werden. Individuelle Absichten und Motive der an der Errichtung der Dienstbarkeit Beteiligten, die für einen Dritten nicht erkennbar sind, dürfen bei der Auslegung des Erwerbstitels nicht berücksichtigt werden. Element der Sinndeutung bei der Auslegung eines Vertrages ist vorab einmal die Feststellung des Sinnes, welcher mit den verwendeten Wörtern und Wendungen verbunden wurde. Daneben ist, wo die sprachliche Willensäusserung als Quelle der Feststellung des Inhalts und Umfangs der Dienstbarkeit versagt, auf den Zweck

abzustellen, welcher dieser unter Berücksichtigung der Interessen und Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks vernünftigerweise beizulegen ist. Spezifisch für den Dienstbarkeitsvertrag heisst das, dass auf den Wortsinn nach dem lokalen Sprachgebrauch zur Zeit der Dienstbarkeiterrichtung sowie den Zweck der Dienstbarkeit abzustellen ist (zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 5A\_599/2013 vom 14. April 2014 E. 4.3 mit weiteren Verweisen). Bei der Auslegung von Begriffen ist es möglich, auf den optischen Eindruck und das örtliche Baureglement abzustellen. Laut höchstrichterlicher Rechtsprechung legt insbesondere die Bestimmung von Dienstbarkeiten, die im Hinblick auf die Überbauung des belasteten Grundstücks begründet wurden, eine gewisse Anlehnung an das örtliche Baureglement nahe. Insbesondere für die Frage der Geschosse sei ein bautechnischer Sprachgebrauch angezeigt, wenn mit deren Anzahl die zulässige Gebäudehöhe umschrieben werde. Einem Grundeigentümer sei in aller Regel bekannt, dass das Baureglement eben diese Begriffe definiere, und er müsse damit rechnen, dass der bauwillige Eigentümer des belasteten Grundstücks die im Dienstbarkeitsvertrag verwendete Terminologie mit derjenigen des Baureglements gleichsetze oder jedenfalls assoziiere. In diesem Sinn seien die im Dienstbarkeitsvertrag verwendeten Begriffe nach Treu und Glauben explizit zu definieren, wenn sie anders zu verstehen wären als im Baureglement verwendet (Urteil des Bundesgerichts 5C.240/2004 vom 21. Januar 2004 E. 4). Zu beachten ist jedoch, dass das öffentliche Recht nicht den Inhalt des privatrechtlichen Vertrages bestimmt, sondern einzig ein Auslegungskriterium für die im privatrechtlichen Vertrag verwendete Terminologie sein kann (Urteil des Bundesgerichts 5A\_599/2013 vom 14. April 2014 E. 4.4).

#### **4.**

##### **4.1**

Vorliegend beschränkt sich der strittige Grundbucheintrag auf die Formulierung «Baubeschränkung (eingeschossig)». Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass sich aus diesem Eintrag keine Einzelheiten zum Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit ergeben. Es wird auf die zutreffenden und unbestrittenen Erwägungen verwiesen (vgl. Urteil ZK 22 1 E. 2).

##### **4.2**

Lassen sich aus dem Grundbucheintrag keine Einzelheiten zum Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit entnehmen, ist in einem zweiten Schritt nach dem Dienstbarkeitsvertrag als ordentlichem Erwerbgrund im Sinne des Gesetzes zu fragen (Art. 738 Abs. 2 ZGB). Da weder die Berufungsklägerin noch die Berufungsbeklagte an der Errichtung der Dienstbarkeit beteiligt waren, stehen sich nicht mehr die ursprünglichen Vertragsparteien gegenüber. Folgerichtig

hat die Vorinstanz den Vertrag zu Recht nach dem Vertrauensgrundsatz ausgelegt. Demzufolge können gegenüber Dritten, die an der Errichtung der Dienstbarkeit nicht beteiligt waren und im Vertrauen auf das Grundbuch das dingliche Recht erworben haben, individuelle persönliche Umstände und Motive nicht berücksichtigt werden, die für die Willensbildung der ursprünglichen Vertragsparteien bestimmend waren, aus dem Dienstbarkeitsvertrag selber aber nicht hervorgehen und für einen unbeteiligten Dritten normalerweise nicht erkennbar sind (BGE 108 II 542 E. 2; 130 III 554 E. 3.1, PETITPIERRE, a.a.O. N. 6 zu Art. 738 ZGB). Nach der Rechtsprechung ist bei der Auslegung neben dem Wortlaut auf den Zweck abzustellen, welcher der Dienstbarkeit vernünftigerweise beizumessen ist (Urteil 5A\_692/2021 vom 25. April 2022 E. 5.1.2).

### **4.3**

Hinsichtlich der örtlichen Gegebenheiten ist festzuhalten, dass beide Grundstücke in Hanglage und am Höhenweg liegen. Das belastete, bislang unbebaute Grundstück Nr. aa der Berufungsklägerin liegt unterhalb des Höhenweges (talseitig), das berechnigte Grundstück Nr. cc, liegt bergseitig, oberhalb der Strasse. Beide haben nordseitig (bzw. talseitig) Sicht auf den Vierwaldstättersee und die Rigi.

### **4.4**

Soweit die Berufungsklägerin zunächst argumentiert, es müsse in erster Linie auf den optischen Eindruck abgestellt werden, kann ihr nicht gefolgt werden. Im zitierten Entscheid hat das Bundesgericht die Optik nicht als vorrangig zu beachtendes Kriterium angeführt, sondern festgehalten, deren Berücksichtigung durch das kantonale Gericht sei nicht zu beanstanden. Überdies sind die örtlichen Begebenheiten im zitierten Entscheid und jenen im vorliegenden Fall vergleichbar. Der visuelle Eindruck von Häusern in Hanglage ist standortabhängig; aus Talsicht wird das Objekt jeweils anders wahrgenommen als aus Bergsicht. Insofern taugt die Optik vorliegend nicht als Auslegungshilfe.

### **4.5**

Die Parteien sind sich einig, dass die Dienstbarkeit im Hinblick auf die Überbauung des belasteten Grundstücks begründet wurde und eine uneingeschränkte Sicht auf die Rigi und den See bewahrt werden sollte (sog. Aussichts-servitut).

Diese Auffassung steht mit den örtlichen Begebenheiten in Einklang. Insofern sollte mit der Beschränkung der Geschosszahl (ein Geschoss) die zulässige Gebäudehöhe umschrieben werden. Demzufolge ist der Wortsinn von «Geschoss» zu ermitteln.

Die Dienstbarkeit wurde mit Kaufvertrag vom 27. Oktober 1971 (vi- KB 19) im Zusammenhang mit dem Kaufrechtsvertrag vom 29. Oktober 1966 (vi-KB 20) zwischen den damaligen Eigentümern vereinbart und 1971 ins Grundbuch eingetragen. Mit Parzellierungsbegehren vom 10. September 1982 wurde die Baubeschränkung auf die Parzelle Nr. cc übertragen, so dass die Baubeschränkung heute zu Lasten des Grundstücks Nr. aa und zu Gunsten der Grundstücke Nr. ff und cc im Grundbuch eingetragen ist (vi-KB 21). Die Dienstbarkeit wurde somit 1971 (und nicht 1966) errichtet. Zur Auslegung des Begriffes «Baubeschränkung (eingeschossig)» können das 1971 in Kraft gewesene Baugesetz des Kantons Nidwalden vom 30. April 1961 (BauG 1961; vi-KB 25) bzw. die Bauverordnung der Gemeinde Emmetten 1965 (BauV 1965, vi-KB 26) beigezogen werden.

Unter dem Wort «Geschoss» ist laut Duden ein «Gebäudeteil, der alle auf gleicher Höhe liegenden Räume umfasst» zu verstehen. Laut dem im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden Art. 8 Abs. 3 BauG 1961 waren die Bestimmungen bezüglich der Geschosszahl in den kommunalen Baureglementen zu präzisieren. Offenkundig wurde der Begriff «Geschoss» dannzumal in zwei Bedeutungen verwendet. Einerseits als Oberbegriff aller möglichen Geschosse eines Gebäudes (Unter-, Voll- und Dachgeschoss) und andererseits als Bezeichnung der Vollgeschosse, d.h. der anzurechnenden Geschosse. So definierte Art. 31 Abs. 1 Satz 1 BauV 1965 Geschosse als Stockwerke, die weder unter Terrain noch im Dachgeschoss liegen. Letztere waren nur unter bestimmten Voraussetzungen (Art. 31 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BauV 1965) anzurechnen.

Nach Treu und Glauben war für einen Dritten erkennbar, dass mit «Geschoss» ein «Vollgeschoss» gemeint ist. Die Auslegung führt demnach zum Schluss, dass nur Neubauten mit einem Vollgeschoss zulässig sein sollten. Gemäss aktuell gültigem Baurecht hat der strittige Neubau ein Vollgeschoss (vgl. vi-KB 5, Seite 15).

#### **4.6**

Im Ergebnis hält das Bauprojekt der Berufungsklägerin die Grunddienstbarkeit «Baubeschränkung (eingeschossig)» ein. Die Aussicht der Berufungsbeklagten ist trotz des Neubaus gewährleistet. Die Berufung vom 6. Mai 2023 ist demnach gutzuheissen, das vorinstanzliche Urteil ZK 22 1 vom 21. Dezember 2022 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

## **5.**

### **5.1**

Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO).

### **5.2**

Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) und werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dieser Grundsatz der Kostenverteilung nach dem Erfolgsprinzip gilt auch im Rechtsmittelverfahren (BGE 145 III 153 E. 3.3.1).

### **5.3**

Die vorinstanzliche Festsetzung der Entscheidgebühr (inkl. Auslagen und Kosten Schlichtungsverfahren) auf Fr. 5'000.– ist unangefochten und erscheint der Streitsache angemessen. Die Berufungsklägerin dringt mit ihrer Klage vollumfänglich durch. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens von Fr. 5'000.– vollumfänglich der Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Die Gerichtskosten werden mit dem Kostenvorschuss der Berufungsklägerin in Höhe von Fr. 5'000.– verrechnet und sind bezahlt.

### **5.4**

Ausgangsgemäss hat die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Gerichtsverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO und Art. 111 Abs. 2 ZPO). Das Gericht spricht die Parteientschädigung nach Tarifen zu (Art. 96 ZPO). Die Parteien können eine Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Die Anwaltskosten umfassen das Honorar (ordentliches Honorar und Zuschläge), die notwendigen Auslagen und die Mehrwertsteuer (Art. 31 Abs. 1 Prozesskostengesetz [PKoG; NG 261.2]). Sie bemessen sich gegenüber der kostenpflichtigen Gegenpartei nach den Vorschriften des PKoG (Art. 31 Abs. 2 PKoG). In Prozessen mit einem Streitwert über Fr. 40'000.– bis Fr. 100'000.– beträgt das Honorar für das Verfahren vor erster Instanz zwischen Fr. 4'000.– bis Fr. 13'000.– (Art. 42 Abs. 1 Ziff. 4 PKoG). Die möglichen Erhöhungsgründe ergeben sich aus Art. 50 PKoG. Massgebend für die Festsetzung des Honorars innerhalb der vorgesehenen Mindest- und Höchstansätzen 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 PKoG). Besteht zwischen dem Arbeitsaufwand und den

vorgegebenen Rahmen ein Missverhältnis, ist das Honorar nach dem tatsächlichen Zeitaufwand zu bemessen. Das Honorar beträgt je Stunde zwischen Fr. 220.– und Fr. 250.– (Art. 34 Abs. 1 und 2 PKoG).

Der Rechtsvertreter der Beklagten machte mit Kostennote vom 21. September 2022 eine Parteienschädigung von Fr. 13'037.10 (Honorar Fr. 12'000.–, Auslagen Fr. 105.–, 7.7% MWST Fr. 932.10) geltend.

Das beantragte Honorar liegt über dem dargelegten Höchstansatz von Fr. 13'000.–, ohne dass Erhöhungsgründe gemäss Art. 50 PKoG einschlägig wären. Der Rechtsvertreter hat die Leistungen in der Kostennote zudem nicht einzeln und separat ausgewiesen. Der Stundenansatz ist auch nicht ersichtlich. Er hat lediglich pauschal ein Honorar von Fr. 12'000.– geltend gemacht. Das geltend gemachte Honorar ist angesichts des Umfangs und der Schwierigkeit der Sache als deutlich übersetzt. Es hat lediglich ein doppelter Schriftenwechsel stattgefunden. Eine Instruktionsverhandlung und eine mündliche Hauptverhandlung wurden nicht durchgeführt. Die Parteien haben auf Schlussvorträge verzichtet. Das Verfahren ist jedoch für beide Parteien von persönlicher und wirtschaftlicher Bedeutung, was bei der Festsetzung des Honorars innerhalb des ordentlichen Honorarrahmens erhöhend zu berücksichtigen ist. Auch liegt der Streitwert in Höhe von Fr. 100'000.– an der oberen Grenze des ordentlichen Honorarrahmens. Das Honorar wird unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte ermessensweise auf Fr. 7'000.– festgesetzt, was auch in Anbetracht der von der Gegenpartei erstinstanzlich genehmigten Honorarnote in Höhe von Fr. 7'600.60 angemessen erscheint. Hinzukommen die ausgewiesenen Auslagen von Fr. 105.– und 7.7% Mehrwertsteuern. Demnach wird die Berufungsbeklagte verpflichtet, der Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteienschädigung von Fr. 7'652.10 (Honorar Fr. 7'000.–, Auslagen Fr. 105.–, 7.7 % MWST Fr. 547.10) zu bezahlen.

## **6.**

### **6.1**

Die Gerichtskosten vor Obergericht als Berufungsinstanz richten sich nach dem im Verfahren vor dem Kantonsgericht massgebenden Tarif; sie werden um einen Drittel reduziert, betragen jedoch mindestens Fr. 500.– (Art. 8 Abs. 1 Ziff. 2 PKoG). Bei einem Streitwert von Fr. 100'000.– betragen die Entscheidgebühren des Kantonsgerichts Fr. 2'500.– bis Fr. 6'000.– (Art. 7 Abs. 1 Ziff. 5 PKoG), vor Obergericht dementsprechend Fr. 1'650.– bis Fr. 4'000.–. Die Gebühren sind innerhalb des vorgegebenen Rahmens festzusetzen und bemessen sich nach der persönlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der Sache für die Partei, der Schwierigkeit der

Sache, dem Umfang der Prozesshandlungen und nach dem Zeitaufwand für die Verfahrenserledigung (Art. 2 Abs. 1 PKoG).

Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden in Anwendung von Art. 2 Abs. 1 PKoG ermessensweise innerhalb des Gebührenrahmens auf Fr. 3'500.– festgesetzt. Die Gerichtskosten werden ausgangsgemäss der vollständig unterliegenden Berufungsbeklagten auferlegt und mit dem Kostenvorschuss der Berufungsklägerin in gleicher Höhe verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO), womit sie bezahlt sind. Die Berufungsbeklagte hat der Berufungsklägerin den Betrag von Fr. 3'500.– intern und direkt zu ersetzen.

## **6.2**

Ausgangsgemäss hat die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin auch für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Im Berufungsverfahren beträgt das ordentliche Honorar 20 bis 60 Prozent des für das Verfahren vor erster Instanz zulässigen Honorars, bemessen nach dem noch strittigen Betrag, mindestens jedoch Fr. 500.– (Art. 43 PKoG). Zum Honorar hinzukommen die Auslagen und Mehrwertsteuer (Art. 52 ff. PKoG). Bei einem Streitwert von Fr. 100'000.– beträgt das ordentliche Honorar für das Verfahren vor erster Instanz Fr. 4'000.– bis Fr. 13'000.– (Art. 42 Abs. 1 Ziff. 5 PKoG). Somit liegt der Honorarrahmen im Berufungsverfahren zwischen Fr. 800.– bis Fr. 7'800.–.

Der berufungsklägerische Rechtsvertreter macht mit Kostennote vom 24. Juli 2023 eine Parteientschädigung von Fr. 7'861.35 (Honorar Fr. 7'200.–, Auslagen Fr. 99.30, 7.7% MWST Fr. 562.05) geltend. Der Rechtsvertreter hat wiederum die einzelnen Leistungen in der Kostennote nicht ausgewiesen. Das geltend gemachte Honorar liegt zwar innerhalb des gesetzlichen Honorarrahmens, erscheint aber angesichts des Umfangs und der Schwierigkeit der Sache als nicht angemessen (s. Art. 33 PKoG). Neue Beweiserhebungen fanden im Berufungsverfahren keine statt und das Verfahren wurde schriftlich geführt. Der Rechtsvertreter war bereits vor erster Instanz mit der Vertretung der Berufungsklägerin betraut, weshalb ihm die Sach- und Aktenlage hinlänglich bekannt war. In Berücksichtigung dieser und der bereits erläuterten Aspekte wird das Honorar ermessensweise auf Fr. 5'000.– festgesetzt. Hinzukommen die ausgewiesenen Auslagen von Fr. 99.30 und 7.7% Mehrwertsteuern. Demnach hat die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin für das obergerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'491.95 (Honorar Fr. 5'000.–; Auslagen Fr. 99.30; 7.7% MWST Fr. 392.65) zu bezahlen.

**Demgemäss erkennt das Obergericht:**

1. In Gutheissung der Berufung vom 10. März 2023 wird das Urteil ZK 22 1 des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Kollegialgericht, vom 21. Dezember 2022 aufgehoben und lautet neu:

- «1. Die Klage vom 6. Januar 2022 wird vollumfänglich abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten betragen insgesamt Fr. 5'000.–, werden mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– verrechnet und sind bezahlt.
3. Die Klägerin hat der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 7'652.10 zu bezahlen.»

2. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren betragen Fr. 3'500.– und werden ausgangsgemäss der Berufungsbeklagten auferlegt. Sie werden mit dem Gerichtskostenvorschuss der Berufungsklägerin in gleicher Höhe verrechnet und sind bezahlt. Die Berufungsbeklagte hat der Berufungsklägerin den Betrag von Fr. 3'500.– intern und direkt zu ersetzen.
3. Die Berufungsbeklagte hat der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'491.95 zu bezahlen.
4. [Zustellung].

Stans, 14. September 2023

**OBERGERICHT NIDWALDEN**

**Zivilabteilung**

Die Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann

Die Gerichtsschreiberin

MLaw Jessica Mikic

Versand: \_\_\_\_\_

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann **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. 100'000.—.