

## Inhalt – Sommaire

<b>1. Das Baurecht im Zivilgesetzbuch</b>	
von Daniela Byland, Notarin und Rechtsanwältin, Bern und von Prof. em. Dr. iur. Roland Pfäffli, Notar, Thun	1
<b>Résumé en français</b>	33
<b>2. Die Verantwortlichkeiten aus Altlasten und Boden-/Gebäudeverunreinigungen beim Baurecht</b>	
von Dr. iur. Markus W. Stadlin, Rechtsanwalt und Notar, Basel	34
<b>Résumé en français</b>	47
<b>3. Die Grundeigentumsverhältnisse im Konkubinatsverhältnis</b>	
von Dr. iur. Simon Blum, Rechtsanwalt, Gerichtsschreiber am Bezirksgericht Zofingen	48
<b>Résumé en français</b>	77
<b>4. Rezensionen / Literaturhinweise</b>	
Rezensionen	78
Literaturhinweise	84

## Das Baurecht im Zivilgesetzbuch

von Daniela Byland\* und Roland Pfäffli\*\*

### Inhaltsübersicht

I. Vorbemerkung	2
II. Einleitung	2
III. Das Baurecht als Grunddienstbarkeit	3
IV. Das Baurecht als Personaldienstbarkeit	3
V. Das Baurecht als selbstständiges und dauerndes Recht	4
VI. Spezialfragen	5
1. Formvorschrift	5
2. Verfügungsrecht	6
3. Übertragungsbeschränkung	7
4. Dauer	7
5. Baurechtzins	10
6. Heimfall	12
7. Baurecht an Gebäudeteilen	12
8. Bahnhof Bern – Perronplatte	13
9. Unterbaurecht	14
10. Autoeinstellhallen	15
11. Solarstromanlagen	16
12. Gesamtbaurecht	17
13. Anmerkungsgrundstück	18
14. Vorkaufrecht	19
15. Vormerkungen	21
16. Verlängerung	24
17. Aufteilung	25
VII. Aktuelles Urteil des Bundesgerichts	25
1. Einführung	25
2. Sachverhalt und Entscheid	25
3. Prozessverlauf	26
4. Bemerkungen	28

\* Mlaw Daniela Byland, Notarin und Rechtsanwältin, ambrlaw Rechtsanwältin Notare, Bern und Zollikofen.

\*\* Prof. Dr. iur. Roland Pfäffli, Notar, em. Titularprofessor für Privatrecht an der Universität Freiburg.

Die Autoren bedanken sich bei Mlaw Simone Wittwer, Rechtsanwältin und Notaratskandidatin bei ambrlaw Rechtsanwältin Notare, Bern und Zollikofen, für das gewissenhafte Lektorieren des Manuskripts und der Druckfahnen.

## I. Vorbemerkung

Das Baurecht ist vielfältig. Sowohl das Zivilrecht wie auch das öffentliche Recht beschäftigen sich damit. Im öffentlichen Recht finden sich Baurechte vor allem in den Baureglementen, den Zonenplänen und übergeordnet im Raumplanungsrecht.

Dieser Beitrag befasst sich mit dem Baurecht im Zivilrecht, somit mit den diesbezüglichen Bestimmungen im Zivilgesetzbuch. Es wird versucht, das Baurecht im System des Sachenrechts einzuordnen und einige Besonderheiten hervorzuheben. Hinzu kommt die Besprechung eines aktuellen Urteils des Bundesgerichts im Zusammenhang mit der Aufteilung eines selbstständigen und dauernden Baurechts. Dieses Urteil gab Anlass zum vorliegenden Beitrag.

## II. Einleitung

Typischer Inhalt jeder Dienstbarkeit ist (aus der Sicht des Belasteten) ein Dulden oder ein Unterlassen. Der Belastete darf somit sein Eigentumsrecht in bestimmter Hinsicht nicht ausüben bzw. er muss bestimmte Tätigkeiten unterlassen<sup>1</sup>. Ein Anwendungsfall ist das Baurecht, d. h. das Recht, auf oder unter der Bodenfläche eines Grundstücks ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten. Die dadurch entstehenden Bauwerke haben einen besonderen Eigentümer. Das Akzessionsprinzip, welches besagt, dass das Eigentum an Grund und Boden auch alle Bauwerke, Vorrichtungen, Pflanzen usw. umfasst, wird dadurch durchbrochen<sup>2</sup>. Das Bauwerk stellt in dieser Konstellation Sondergut an.

Bei der Inkraftsetzung des ZGB (1. Januar 1912) bestand hinsichtlich des Baurechts nur eine bescheidene Rechtsgrundlage, nämlich die Bestimmungen der Art. 675 und 779. Erst mit der Revision der Baurechtsbestimmungen, welche am 1. Juli 1965 in Kraft getreten ist, wurde den praktischen Bedürfnissen Rechnung getragen, insbesondere durch Einführung der gesetzlichen Vorkaufrechte (Art. 682 Abs. 2 ZGB), der Bestimmungen über den Heimfall (Art. 779c ff. ZGB) und des gesetzlichen Pfandrechts

zur Sicherung des Baurechtszinses (Art. 779i ZGB). Vor rund zehn Jahren (1. Januar 2012) wurden im Rahmen einer Teilrevision des Immobilienrechts einzelne Bestimmungen des Baurechts angepasst<sup>3</sup>.

## III. Das Baurecht als Grunddienstbarkeit<sup>4</sup>

Wenn ein Baurecht als Grunddienstbarkeit errichtet wird, ist der jeweilige Eigentümer eines Grundstücks berechtigt und der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks belastet. Es besteht keine Befristung des Baurechts, es sei denn, die Parteien hätten eine solche vereinbart und im Grundbuch eintragen lassen, was in der Rechtspraxis kaum vorkommt. Der Wechsel des Baurechtsberechtigten erfolgt durch die Veräusserung des berechtigten Grundstücks.

## IV. Das Baurecht als Personaldienstbarkeit<sup>5</sup>

Ein Baurecht kann zugunsten einer bestimmten Person eingeräumt werden. Sofern nichts anderes vereinbart wird, ist ein solches Baurecht übertragbar und vererblich (Art. 779 Abs. 2 ZGB). Es handelt sich um eine irreguläre Personaldienstbarkeit. Wird für diese Dienstbarkeit eine Dauer von mindestens 30 Jahren und höchstens 100 Jahren vereinbart, handelt es sich um ein selbstständiges und dauerndes Recht.

Ist das Baurecht übertragbar ausgestaltet, wie dies beispielsweise bei Baurechten für Transformatorstationen von Elektrizitätswerken der Fall ist, handelt es sich um eine reguläre Personaldienstbarkeit.

1 Vgl. JÖRE SCHMID/BETTINA HÜRIMANN-KAUP, Sachenrecht, Zürich/Basel/Genève 2017, Noten 1206 und 1319; PETER LIVER, Zürcher Kommentar, Note 129 der Einleitung zu Art. 730 bis 792 ZGB.  
2 Vgl. PETER R. ISLER/EVELYN SCHÜTZER-HEUBERGER, Der funktionale Ansatz im Sachenrecht, dargestellt anhand des Baurechts, in: Heinrich Honsell/Bruno Hüwiler/Hermann Schulin (Hrsg.), Liber amicorum für Nedim Peter Vogt, Privatrecht als kulturelles Erbe, Basel 2012, S. 163.

3 Am 11. Dezember 2009 haben die eidgenössischen Räte die Teilrevision des Immobilienrechts beschlossen (vgl. Bundesblatt 2009 S. 8779 ff.), basierend auf der Botschaft des Bundesrats vom 27. Juni 2007 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), vgl. Bundesblatt 2007 S. 5283 ff. Die Änderungen im ZGB sind am 1. Januar 2012 in Kraft getreten (vgl. AS 2011 S. 4637 ff.), und zwar gleichzeitig mit der vollständig revidierten Verordnung betreffend das Grundbuch (neuer Titel: Grundbuchverordnung), vgl. AS 2011 S. 4659 ff.  
4 Vgl. MARKUS W. STÄDLIN, Das selbstständige und dauernde Baurecht, in: Jusletter vom 16.10.2017, Rz. 5; STEPHAN SPYCHER, Errichtung und Verlängerung des Baurechts, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Dienstbarkeiten im Wandel – von «Weg und Steg» zum Energie-Contracting, Bern 2014, S. 94; PETER R. ISLER/DOMINIQUE GROSS, Basler Kommentar, ZGB II, 2019, Note 7 zu Art. 779 ZGB.  
5 Vgl. MARKUS W. STÄDLIN (Fn. 4), Rz. 6; STEPHAN SPYCHER (Fn. 4), S. 93; PETER R. ISLER/DOMINIQUE GROSS, Basler Kommentar, ZGB II, 2019, Note 8 zu Art. 779 ZGB.

## V. Das Baurecht als selbstständiges<sup>6</sup> und dauerndes Recht

Als selbstständiges und dauerndes Recht kann eine Dienstbarkeit als Grundstück im Grundbuch aufgenommen werden, wenn die Voraussetzungen gemäss Art. 655 Abs. 3 Ziffern 1 und 2 ZGB erfüllt sind: Die Dienstbarkeit muss zugunsten einer Person eingeräumt werden, und zwar übertragbar und (bei natürlichen Personen) vererblich. Zudem muss die Dienstbarkeit auf wenigstens 30 Jahre oder auf unbestimmte Zeit begründet werden. Ein selbstständiges Baurecht kann allerdings höchstens auf 100 Jahre begründet werden (Art. 779f Abs. 1 ZGB).

Selbstständige und dauernde Rechte können auf schriftliches Begehren der berechtigten Person als Grundstücke im Grundbuch aufgenommen werden (Art. 943 Abs. 1 Ziffer 2 ZGB sowie Art. 22 GBV). In diesem Fall eröffnet das Grundbuchamt für das Grundstück ein Hauptbuchblatt mit der Grundstücksnummer in der entsprechenden Gemeinde (Art. 22 Abs. 2 sowie Art. 18 Abs. 2 lit. a GBV). Das Dienstbarkeitsrecht ist somit ein Grundstück im Sinne des Zivilgesetzbuchs (Art. 655 Abs. 2 Ziffer 2 ZGB).

Wie dargelegt, muss für die Aufnahme des Baurechts als Grundstück ein entsprechender Antrag gegenüber dem Grundbuchamt gestellt werden. Dieser Antrag ist fakultativ. Ein selbstständiges und dauerndes Baurecht kann ohne Weiteres auch bloss als Dienstbarkeitslast (als irreguläre Personaldienstbarkeit) im Grundbuch eingetragen werden, ohne spezielle Eröffnung eines Grundbuchblatts. In diesem Fall bleibt es nach wie vor ein selbstständiges und dauerndes Recht, allerdings können an dieser Baurechtsdienstbarkeit keine beschränkten dinglichen Rechte, wie beispielsweise Dienstbarkeiten oder Grundpfandrechte, errichtet werden. Im Falle eines Verkaufs des mit dem Baurecht belasteten Grundstücks (Bodengrundstück) könnte das gesetzliche Vorkaufrecht gemäss Art. 682 Abs. 2 ZGB ausgeübt werden.

<sup>6</sup> Zum Wort «selbstständig» sei darauf hingewiesen, dass der Art. 779 Abs. 3 ZGB seit längerer Zeit im ZGB enthalten ist und somit in dieser unveränderten Form weiter bestehen bleibt, also mit einem «st». Hingegen wurde mit der Revision des Immobilienrechts das Wort «selbständig» den neueren Tendenzen, d. h. dem Duden, angepasst (so die Bundeskanzlei), somit «selbstständig». Deshalb wurden beispielsweise der Art. 655 Abs. 3 ZGB sowie der Randtitel zu Art. 655a ZGB mit zwei «st» ausgestattet (vgl. AS 2011 S. 4637 bzw. 4638). Auch in der Grundbuchverordnung ist das erwähnte Wort mit zwei «st» beschriftet (siehe beispielsweise Art. 22 Abs. 1 lit. a GBV). Aus diesem Grund haben sich die Autoren im vorliegenden Beitrag der Schreibweise der Bundeskanzlei angeschlossen. Ausgenommen werden die Zitate von Literaturstellen, die authentisch wiedergegeben werden.

lediglich beim Baurecht (Art. 779 Abs. 3 ZGB) und beim Quellenrecht (Art. 780 Abs. 3 ZGB) finden sich im Gesetz Hinweise auf selbstständige und dauernde Rechte. Auch in der Grundbuchverordnung werden das Baurecht und das Quellenrecht als Beispiele von solchen Rechten aufgeführt (Art. 22 Abs. 1 lit. a Ziffer 1 GBV). Jede andere Dienstbarkeit kann jedoch auch als selbstständiges und dauerndes Recht ausgestaltet werden, sofern sie die gesetzlichen Erfordernisse erfüllt<sup>7</sup>, somit beispielsweise auch ein Wegrecht. In der heutigen Rechtspraxis wird in erster Linie die Baurechtsdienstbarkeit als selbstständiges und dauerndes Recht begründet. Selbstständige und dauernde Rechte können nicht nur an Liegenschaften begründet werden und als Grundstücke im Grundbuch aufgenommen werden. Dies ergibt sich aus der Bestimmung von Art. 943 Abs. 1 Ziffer 2 ZGB, wonach die selbstständigen und dauernden Rechte an Grundstücken als Grundstücke in das Grundbuch aufgenommen werden. Es ist auch möglich, dass zulasten eines als Grundstück im Grundbuch aufgenommenen Rechts ein anderes selbstständiges und dauerndes Recht begründet wird, welches ebenfalls als Grundstück im Grundbuch aufgenommen wird<sup>8</sup>. Dass dadurch komplizierte Grundbuchverhältnisse entstehen, genügt nicht, um ein solches Rechtsverhältnis abzulehnen.

## VI. Spezialfragen

### 1. Formvorschrift

Das Rechtsgeschäft über die Errichtung eines Baurechts bedarf zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 779a Abs. 1 ZGB). Diese Formvorschrift gilt somit nicht nur für Baurechtsverträge (als zweiseitige Rechtsgeschäfte), sondern auch für das Eigentümerbaurecht (als einseitiges Rechtsgeschäft). Es spielt dabei keine Rolle, ob es sich um eine Grund- oder um eine Personaldienstbarkeit oder um ein selbstständiges und dauerndes Recht handelt.

Wird jedoch eine Dienstbarkeit in einem Erbteilungsvertrag begründet, gilt die Formvorschrift des Erbteilungsvertrags (Art. 634 Abs. 2 ZGB), also

<sup>7</sup> Vgl. HENRI DESCHENAUX, Schweizerisches Privatrecht, Band V, 3. Teilband, Sachenrecht, Das Grundbuch, I. Abteilung, Basel/Frankfurt am Main 1988, S. 71.

<sup>8</sup> Vgl. dazu das Beispiel bei ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Note 16 zu Art. 655 ZGB. Hier wird zulasten eines als Grundstück ins Grundbuch aufgenommenen Quellenrechts ein selbstständiges und dauerndes Wasserbezugsrecht zugunsten eines Dritten bestellt und dieses wiederum als Grundstück ins Grundbuch aufgenommen.

die einfache Schriftlichkeit. Dies gilt auch für die Begründung von solchen beschränkten dinglichen Rechten, die sonst, d. h. wenn kein Erbeilungsvertrag vorläge, nur gestützt auf öffentlich beurkundete Rechtsgeschäfte errichtet werden könnten<sup>9</sup>.

Die Bestimmung von Art. 779a Abs. 1 ZGB ist an sich gar nicht notwendig, da gemäss Art. 732 Abs. 1 ZGB<sup>10</sup> ohnehin alle Dienstbarkeiten öffentlich zu beurkunden sind.

## 2. Verfügungsrecht

Der Vorteil des im Grundbuch aufgenommenen selbstständigen und dauernden Baurechts besteht darin, dass das Baurechtsgrundstück selbstständig veräussert und mit dinglichen Rechten, somit mit Dienstbarkeiten, Grundlasten und Grundpfandrechten, belastet werden kann; ebenso können persönliche Rechte, Verfügungsbeschränkungen und vorläufige Eintragungen vorgemerkt werden. Es gibt kein gesetzliches Verbot, wonach ein Baurechtsgrundstück nicht mit dinglichen Rechten belastet werden kann. Mit anderen Worten: Es ist zulässig, das zu erstellende Gebäude beispielsweise mit einem Nutzniesungsrecht zu belasten. Auch Grunddienstbarkeiten (z. B. ein Fuss- oder Fahrwegrecht zugunsten des Nachbargrundstücks) sind möglich<sup>11</sup>.

Die erwähnte Belastungsfreiheit kann aber im Baurechtsvertrag beliebig eingeschränkt oder sogar aufgehoben werden. Eine derartige Vereinbarung stellt eine nähere Bestimmung des Dienstbarkeitsinhalts dar.

In allen Fällen muss beachtet werden, dass die Begründung einer Dienstbarkeit nur so lange dauert, bis das Baurecht gelöscht wird oder zeitlich abgelaufen ist<sup>12</sup>.

Bei einer Veräusserung des Baurechts muss das gesetzliche Vorkaufsrecht des Bodeneigentümers (Art. 682 Abs. 2 ZGB) berücksichtigt werden; ebenso allfällige im Baurechtsvertrag vereinbarte Übertragungsbeschränkungen.

## 3. Übertragungsbeschränkung

Ein selbstständiges und dauerndes Baurecht ist übertragbar. Eine gewisse Einschränkung der Übertragbarkeit kann jedoch vereinbart werden. Diese hat allerdings keine dingliche, sondern rein obligationenrechtliche Wirkung unter den Vertragsparteien<sup>13</sup>. Sie kann im Sinne von Art. 779b Abs. 2 ZGB im Grundbuch vorgemerkt werden. Der Grundbuchverwalter hat bei der Anmeldung einer Baurechtsübertragung nicht zu prüfen, ob die allenfalls vorbehaltene Zustimmung zur Handänderung erteilt worden ist. Er hat den Grundbucheintrag ohne Weiteres zu vollziehen, sofern alle anderen Eintragungsvoraussetzungen erfüllt sind. Hingegen bewirkt die Vormerkung, dass der Grundbuchverwalter dem Grundeigentümer die Eigentumsänderung anzuzeigen hat, und zwar analog der Mitteilungspflicht gemäss Art. 969 ZGB hinsichtlich des gesetzlichen Vorkaufsrechts (Art. 682 Abs. 2 ZGB).

## 4. Dauer

### a. Höchstdauer

Gemäss Art. 779f ZGB beträgt die Höchstdauer für das selbstständige und dauernde Baurecht 100 Jahre (seit dem Eintrag im Grundbuch). Bis Ende Juni 1965 war keine Höchstdauer gesetzlich vorgeschrieben. Man ging bei der Einführung der Höchstdauer davon aus, dass eine Dienstbarkeit, die inhaltlich so umfassend ist, dass sie den Eigentümer des belasteten Grundstücks von jeder Nutzung ausschliesst, zeitlich zu begrenzen

9 Vgl. ROLAND PRÄFEL, Der Ausweis für die Eigentumseintragung im Grundbuch, Langenthal 1999, S. 85 f.; ROLAND PRÄFEL, Familien- und Erbrecht an den Schnittstellen zwischen Sachen- und Grundbuchrecht, in «successio» 2020 S. 130.

10 Diese Bestimmung gilt gemäss dem Wortlaut für Grunddienstbarkeiten. Allerdings kommt sie auch für die anderen Dienstbarkeiten, d. h. die Personaldienstbarkeiten, zur Anwendung, und zwar gestützt auf Art. 781 Abs. 3 ZGB.

11 Vgl. Elektronisches Handbuch der Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern für den Verkehr mit den Grundbuchämtern und die Grundbuchführung, Ziffer 4.1.6.6; ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Note 38 zu Art. 655 ZGB; FURINA HIZ, Das Baurecht als selbstständiges und dauerndes Recht: Konstruktion aus dinglichen und obligatorischen Rechtspositionen, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 85, Note 143.

12 Vgl. zum Ganzen PETER ISLER, Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung, Bern 1973, insbesondere S. 64, 87, 94 f., 158, 175.

13 Vgl. Urteil Nr. 5A\_614/2008 des Bundesgerichts vom 26. 11. 2008 = BGE 135 III 103 = ZBGR 2011 S. 370 mit redaktioneller Bemerkung von JÜRGEN SCHMID S. 377 = BETTINA HÜRIMANN-KAPP in ZBJV S. 472 = Journl des Tribunaux, JdT 2009 S. 201 = ROLAND PRÄFEL/DANIELA BYLAND, In Jusletter vom 9. 2. 2009 = ROLAND PRÄFEL/DANIELA BYLAND, in Anwaltrevue 2011 S. 330; AURED KOLLER in Aktuelle Juristische Praxis, AJP 2009 S. 369 = Jürg Schmid in Baurecht 2009 S. 61 Nr. 133; vgl. dazu auch die beiden (im Ergebnis gleichlautenden) vorinstanzlichen Entscheide: Urteil Nr. 100.2007.23096 des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16. 7. 2008 = BVR 2009 S. 63 bzw. Entscheid Nr. 32.713-06.146 der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 9. 8. 2007. Zum Ganzen vgl. auch DOMINIK BACHMANN, Die Verfügungsbeschränkungen bei gebuchten selbstständigen und dauernden Rechten, insbesondere Baurechten, Bern 1993, S. 61 f.

ist, da sie sonst das Eigentum aushöhlen und seiner Zerrüttung Vorschub leisten würde<sup>14</sup>.

### b. Revision 1965

In der Botschaft des Bundesrats zur Änderung der Vorschriften betreffend das Baurecht war vorgesehen, im Schlussfistel zum ZGB eine Anwendungs- und Einföhrungsbestimmung aufzunehmen, und zwar mit folgendem Wortlaut (Entwurf Art. 17<sup>bis</sup> SchlT ZGB)<sup>15</sup>: «Die Bestimmung über die Höchstdauer von selbständigen Baurechten findet auf Baurechte, die vor ihrem Inkrafttreten begründet worden sind, keine Anwendung.»

Mit dieser Bestimmung wollte man festhalten, dass die Höchstdauer nur für die Baurechte gelte, die nach dem Inkrafttreten der Gesetzesrevision, d. h. ab 1. Juli 1965, begründet werden<sup>16</sup>. In den eidgenössischen Räten wurde jedoch diese Übergangsbestimmung ersatzlos gestrichen. Man ging im Nationalrat<sup>17</sup> und im Ständerat<sup>18</sup> davon aus, dass bisher nur wenige Baurechte begründet worden seien, welche unbefristet oder länger als 100 Jahre dauerten, sodass eine Regelung nicht nötig sei. Man stellte sich dabei auf den Standpunkt, dass die neuen Bestimmungen im ZGB nur für künftige Baurechte gelten würden und für die bisherigen Baurechte die üblichen Auslegungsregeln zum Tragen kommen würden. Für die bisherigen Baurechte gilt übergangsrechtlich Folgendes: Sie bleiben unter dem neuen Recht anerkannt (Art. 17 Abs. 1 SchlT ZGB). In Bezug auf ihren Inhalt stehen die Dienstbarkeiten, wie das Baurecht, unter dem neuen Recht, soweit dieses keine Ausnahme vorsieht (Art. 17 Abs. 2 SchlT ZGB).

Die übergangsrechtlichen Fragen stellen sich auch bei der Auslegung und Ergänzung von älteren Baurechtsverträgen. Dazu hat SIRVILE

14 Vgl. Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Änderung der Vorschriften des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechtes betreffend das Baurecht und den Grundstückverkehr, Bundesblatt 1963, Band I, S. 969 ff., insbesondere S. 990 f.

15 Vgl. Botschaft (Fn. 14), S. 1010.

16 Vgl. Botschaft (Fn. 14), S. 992.

17 Vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, vom 18. Juni 1964, S. 375 f.

18 Vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, vom 15. Dezember 1964, S. 333.

SCHNVDER an der kürzlich stattgefundenen Baurechtstagung in Freiburg einige Lösungen aufgezeigt<sup>19</sup>.

### c. Lehrmeinungen

Die zeitliche Begrenzung auf höchstens 100 Jahre (Art. 779 I ZGB) gilt gemäss HANS-PETER FRIEDRICH auch für die älteren Baurechte<sup>20</sup>. Auch HANS MICHAEL RIEMER<sup>21</sup> vertritt diese Meinung, sofern es sich um ein umfassendes Baurecht handelt, welches das ganze Grundstück belastet.

GERHARD EGGEN geht ebenfalls davon aus, dass die Höchstdauer von 100 Jahren auf alle Baurechtsverträge anzuwenden ist<sup>22</sup>. Er weist in diesem Zusammenhang auch auf seine früheren Ausführungen<sup>23</sup> und meint mit Hinweis auf HANS LEEWMANN<sup>24</sup>, dass bei einem zeitlich unbeschränkten selbständigen Baurecht die Möglichkeit der Benutzung durch den belasteten Grundstückseigentümer für immer ausgeschlossen sei, was das Eigentumsrecht völlig lahmlege.

PETER ISLER kommt in seiner Dissertation aus dem Jahr 1973 zum Schluss, dass die unter allem Recht begründeten selbständigen Baurechte nach den sachenrechtlichen Grundsätzen ausgelegt werden müssen und dass die Höchstdauer von 100 Jahren nicht automatisch auf diese Baurechte Anwendung findet<sup>25</sup>. Diese Meinung wird auch im Basler Kommentar vertreten<sup>26</sup>, ebenso von HANS-ULRICH FREIWÜLLER<sup>27</sup>. Es muss somit eine Auslegung nach den sachenrechtlichen Grundsätzen erfolgen, wobei zu berücksichtigen ist, dass das Bundesgericht am 21. Dezember 1961, also vor der Einführung der Höchstdauer für ein selbständiges Baurecht, in einem obiter dictum festgehalten hat, dass ein Baurecht nur für eine

19 Vgl. SIRVILE SCHNVDER, Alle Baurechtsverträge in verändertem Umfeld: wie anpassen?, Schweizerische Baurechtstagung 2021, Freiburg 2021, S. 111 ff.

20 Vgl. HANS-PETER FRIEDRICH, Die Neuordnung des Baurechtes im Zivilgesetzbuch, Basler Juristische Mitteilungen, BJM 1966 S. 25.

21 Vgl. HANS MICHAEL RIEMER, Das Baurecht (Baurechtsdienstbarkeit) des Zivilgesetzbuches und seine Behandlung im Steuerrecht, Diss. Zürich 1968, S. 66.

22 Vgl. GERHARD EGGEN, Grundstückverkehr und Baurecht in Interimistischer Sicht, ZBGR 1967 S. 193 ff., insbesondere S. 203.

23 Vgl. GERHARD EGGEN, Das Bundesgesetz vom 19. März 1965 über das Baurecht und den Grundstückverkehr, ZBGR 1965, S. 269 ff., insbesondere S. 275.

24 Vgl. HANS LEEWMANN, Berner Kommentar, Note 45 zu Art. 779 ZGB.

25 Vgl. PETER ISLER, Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung, Diss. Zürich 1973, publiziert Bern 1973, S. 168.

26 Vgl. PETER R. ISLER/DOMINIQUE GROSS, Basler Kommentar, ZGB II, 2019, Note 2 zu Art. 779 I ZGB.

27 Vgl. HANS-ULRICH FREIWÜLLER, Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte, Diss. Bern 1967, publiziert Bern 1967, S. 63.

Höchstdauer von 100 Jahren eingeräumt werden könne<sup>28</sup>. Die sachrechtlichen Grundsätze lassen es nicht zu, dass der Eigentümer für unbestimmte oder ewige Zeit jegliches Recht auf eine eigene Nutzung der Sache aufgibt. Die Höchstdauer von 100 Jahren, die für die Nutzniessung und das Wohnrecht seit der Inkraftsetzung des Zivilgesetzbuchs (1. Januar 1912) gilt, ist deshalb als Massstab heranzuziehen. Mit anderen Worten: Ein unbefristetes Baurecht kann unseres Erachtens höchstens 100 Jahre dauern.

Es stellt sich allerdings die Frage, ab welchem Zeitpunkt diese Höchstfrist gelten soll. Wir gehen davon aus, dass die Dauer von 100 Jahren seit der Inkraftsetzung der Gesetzesnovelle (1. Juli 1965) zu berechnen ist.

Diese Auslegung wird – allerdings in anderem Zusammenhang (Änderung der Dauer von Vorkaufrechten) – auch von HANS GIGER vorgenommen<sup>29</sup>. Auch FELIX SCHÖBI kommt zum Schluss, dass bei einem unbefristeten Recht (hier: Vorkaufrecht) die Ausübung nicht mehr möglich ist, wenn die (neue gesetzliche) Höchstfrist seit ihrem Inkrafttreten überschritten ist<sup>30</sup>. In unserem Fall würde dies Folgendes bedeuten: Ein unbefristetes Baurecht kann somit höchstens noch 100 Jahre seit der Inkraftsetzung der Gesetzesänderung (1. Juli 1965) oder konkret bis zum 1. Juli 2065 dauern.

## 5. Baurechtzins

### a. Grundsätze

Regelmässig wird für die Einräumung des Baurechts ein Zins vereinbart. Diese Schuld ist seitens des Baurechtberechtigten persönlicher Natur. Ist der Baurechtzins im Grundbuch gemäss Art. 779a Abs. 2 ZGB vorge-merkt, geht die Schuldpflicht automatisch auf einen allfälligen Erwerber des Baurechtsgrundstücks über.

Zur Sicherung des Baurechtzinses hat der Grundeigentümer gegenüber dem Baurechtberechtigten Anspruch auf Errichtung eines Pfandrechts am Baurechtsgrundstück, und zwar im Umfang von drei Jahresleistungen (Art. 779i Abs. 1 ZGB). Es handelt sich dabei um ein mittelbares

gesetzliches Pfandrecht in der Form der Grundpfandverschreibung, das seinen Rang mit der Eintragung im Grundbuch erhält<sup>31</sup>.

Gläubiger der Grundpfandverschreibung ist der Grundeigentümer, und zwar im Sinne einer Namen-Grundpfandverschreibung. Sie steht somit nicht automatisch dem jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks zu. Wird das Bodengrundstück veräussert, findet regelmässig hinsichtlich dieser Grundpfandverschreibung ein Gläubigerwechsel statt, und zwar in der Form der Zession. Neuer Gläubiger wird der neue Eigentümer des Bodengrundstücks<sup>32</sup>.

Wird ein solches Pfandrecht später erhöht, so haben die Gläubiger der später errichteten Grundpfandrechte zuzustimmen. Es besteht kein gesetzlicher Anspruch darauf, dass ohne Zustimmung der Nachgangsgläubiger die Erhöhung im Grundbuch vorgenommen werden darf<sup>33</sup>.

### b. Kriterien zur Festlegung des Baurechtzinses

Für die Festlegung des Baurechtzinses gibt es keine festen Richtlinien<sup>34</sup>. Es kommt auf die konkreten Verhältnisse an. Es stellen sich dabei folgende Fragen: Handelt es sich um eine Wohn- oder um eine Gewerbeliegenschaft, um einen Kindergarten oder um sozialen Wohnungsbau? Ist die «öffentliche Hand» Eigentümerin des Bodens (Eidgenossenschaft, Kanton, Einwohnergemeinde oder Burgergemeinde)? Ist der Baurechtberechtigte eine gemeinnützige Institution? Ist das Grundstück bereits überbaut?

Der Baurechtzins kann mit einem Teuerungsindex (z. B. Landesindex der Konsumentenpreise) verknüpft werden oder mit dem Referenzzinssatz bei Mietverhältnissen (festgelegt vom Bundesamt für Wohnungswesen), wobei beides auch kombinierbar ist. Zudem gibt es partnerschaftliche Modelle (gewisse Verbreitung im Kanton Basel-Stadt), bei welchen der Grundeigentümer und der Baurechtberechtigte eine längerfristige Kooperation eingehen und den finanziellen Nettoertrag des Grundstücks nach Massgabe ihrer Investitionen aufteilen. Der Baurechtzins kann

31 Es wäre auch möglich, den Baurechtzins durch ein vertragliches Grundpfandrecht zu sichern (vgl. PETER R. ISLER / DOMINIQUE GROSS, Basler Kommentar, ZGB II, Basel 2019, Noten 13 f. zu Art. 779i ZGB).

32 Es wird davon ausgegangen, dass der Baurechtzins nicht ausstehend ist. Wäre dies der Fall, könnte mit der Übertragung bis zur Bezahlung zugewartet werden. Es würde sich somit vorübergehend um ein Drittpfand (Art. 824 Abs. 2 ZGB) handeln.

33 Vgl. Urteil Nr. 5A\_494/2020 des Bundesgerichts vom 3. 8. 2020 = ZBGR 2021 S. 0.

34 Zu möglichen Berechnungsgrundlagen vgl. PETER R. ISLER / DOMINIQUE GROSS, Basler Kommentar, ZGB II, 2019, Noten 29 ff. zu Art. 779a ZGB.

28 Vgl. BGE 87 II 355 ff., insbesondere S. 361.

29 Vgl. HANS GIGER, Berner Kommentar, Note 461 zu Art. 216 OR.

30 Vgl. FELIX SCHÖBI, Die Revision des Kaufs-, des Vorkaufs- und des Rückkaufsrechts, Aktuelle Juristische Praxis, AJP 1992 S. 567 ff., insbesondere S. 570 f.

überlies als Prozentsatz des Umsatzes oder des Bruttogewinns eines Gewerbebetriebs definiert werden.

Üblich ist, dass der Baurechtszins periodisch an die veränderten Verhältnisse angepasst wird, insbesondere wenn der massgebliche Landwert den veränderten Bodenwertverhältnissen nicht mehr entspricht<sup>35</sup>.

## 6. Heimfall

Nach Ablauf der Baurechtsdauer fallen die vom Baurechtsberechtigten erstellten Gebäude in das Eigentum des Grundeigentümers (Heimfall). Die Bauwerke werden somit zu Bestandteilen des Bodeneigentums. Der Bodeneigentümer hat dafür eine angemessene Entschädigung<sup>36</sup> zu entrichten (Art. 779d ZGB). Es ist aber auch möglich, dass die Parteien die Grundsätze für die Bemessung der Entschädigung im Voraus festlegen. Wenn der Baurechtsberechtigte in grober Weise sein Recht überschreitet oder seine vertraglichen Verpflichtungen verletzt, kann das zu einem vorzeitigen Heimfall führen (Art. 779f ZGB).

## 7. Baurecht an Gebäudeteilen

Die Begründung eines Baurechts auf einem Teil eines Grundstücks ist zulässig. Hingegen ist die Begründung eines Baurechts an Teilen von Gebäuden grundsätzlich ausgeschlossen, wie dies im Gesetz (Art. 675 Abs. 2 ZGB) für ein typisches Beispiel (einzelne Stockwerke) ausdrücklich festgehalten wird.

Die Begründung eines Baurechts setzt ein bestimmtes Mass an baulicher und funktionaler Eigenständigkeit des Bauwerks voraus. Bestand und Gebrauch des Bauwerks dürfen nicht von einer anderen Baute und deren Eigentümer in dem Sinn abhängig sein, dass der Abbruch des Bauwerks

notwendigerweise den Einsturz des Nachbarobjekts zur Folge hätte bzw. ohne Einwilligung des Nachbarn nicht durchgeführt werden könnte.

Als «leading case» in dieser Sache kann die Errichtung eines Baurechts an der Hälfte einer Doppelgarage in der Gemeinde Ittigen (Kanton Bern) herangezogen werden. Dieses Baurecht wurde wegen fehlender baulicher und funktionaler Unabhängigkeit nicht zugelassen<sup>37</sup>.

Dieser Entscheid hat zur Folge, dass für unterirdische Autoeinstellhallen regelmässig keine Baurechte mehr errichtet werden können, da diese in der Regel weder baulich noch funktional unabhängig sind. Sofern die Autoeinstellhalle einen Teil eines Gebäudes bildet, kann kein Baurecht errichtet werden, da bei einem Abbruch der Autoeinstellhalle das Gebäude an Stabilität verlieren würde und somit auch abgebrochen werden müsste. Das Verbot der Bestellung eines Baurechts an einzelnen Stockwerken eines Gebäudes (Art. 675 Abs. 2 ZGB) umfasst die Errichtung von Überbau-rechten nicht und steht deren Eintragung im Grundbuch nicht entgegen, was beispielsweise bei einem Neubau einer Bank in Biel zum Tragen kam. Hier wurden einzelne Geschosse über die Grenzen hinaus gebaut, und zwar als Überbau auf das Nachbargrundstück<sup>38</sup>.

## 8. Bahnhof Bern – Perronplatte

Ein wegleitender Fall musste im Jahr 1973 beurteilt werden: Es ging damals um die Geleise-Anlage des Bahnhofs Bern, welche sich im Eigentum der Schweizerischen Bundesbahnen befindet und die mit einer Beton-decke überdeckt werden sollte. Die Betondecke wurde durch Stahlsäulen mit dem Boden verbunden. Auf einem Teil der Betondecke sollte ein Einkaufszentrum mit verschiedenen Ladengebäuden errichtet werden. Diese Gebäude sollten im Eigentum von privaten Interessenten stehen. Es stellte sich deshalb die Frage, ob für diese Gebäude ein oder mehrere Baurechte errichtet werden können, insbesondere unter Berücksichtigung

35 Zur Anpassung des Baurechtszinses bei langfristigen Vertragsverhältnissen vgl. BGE 127 III 300 = ZBGR 2002 S. 46; MARKUS W. STADLIN, Die Bindung der Vertragsparteien in langfristigen Vertragsverhältnissen (so bei selbständigen und dauernden Bauwerken) – die Voraussetzungen der nachträglichen Anpassung des Baurechtszinses, in: JUSTITIER vom 16. 2. 2009; SIBYLLE SCHNIDER (Fn. 19), S. 111 ff.; Urteil des Bundesgerichts Nr. 5A\_838/2019 vom 15. 10. 2020 = ZBGR 2021 S. 12.

36 Der Baurechtsberechtigte bzw. ein Grundpfandgläubiger (bei Pfandrechten am Baurechtsgrundstück) hat zur Sicherung der Entschädigungsforderung ein mittelbares gesetzliches Grundpfandrecht am Bodengrundstück (vgl. Art. 779d Abs. 2 und 3 ZGB; PETER R. LISER / DOMINIQUE GROSS, Basler Kommentar, ZGB II, 2019, Noten 16 ff. zu Art. 779d ZGB).

37 Vgl. BGE 111 II 134 = ZBGR 1987 S. 376 = BN 1986 S. 293 mit Bemerkungen von PETER LIVER zum vorinstanzlichen Urteil des Obergerichts des Kantons Bern S. 301 = ALFRED KELLENBERGER in BN 1987 S. 86 = PETER LIVER in ZBlV 1987 S. 155 = Kurzfassung von ROLAND PFAFF in BN 1986 S. 336 Ziffer 29 = JÜRGE SCHMID in ZBGR 1978 S. 294. Zudem wird auf einen anderen ähnlichen Fall aus dem Kanton Graubünden verwiesen (Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 12. 7. 1994 = Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden, ZGRG 1997 S. 10).

38 Vgl. PETER LIVER, Die Zulässigkeit der Erstellung eines Gebäudes unter teilweise Einbeziehung des Nachbargrundstückes aufgrund einer Dienstbarkeit, ZBGR 1973 S. 193 ff.

der Bestimmung von Art. 675 Abs. 2 ZGB, wonach die Bestellung eines Baurechts an einzelnen Stockwerken eines Gebäudes ausgeschlossen ist. Die nicht alltägliche Rechtslage wurde im Rahmen eines Gutachtens von PETER LIVER<sup>39</sup> beurteilt<sup>40</sup>. Er kam zum Schluss, dass kein einziges der gegen die Begründung des Baurechts erhobenen Bedenken einer eingehenden Prüfung standhält. Mit anderen Worten: Die Ablehnung der Eintragung des Baurechts in das Grundbuch liess sich nicht begründen<sup>41</sup>.

Eine ähnliche Situation wie bei der erwähnten Perronplatte besteht auch bei der Begründung von Baurechten auf überdeckten Autobahnen. Es ist vorgesehen, die Autobahn an gewissen Stellen zu überdachen und mit Wohnungen zu bebauen. Dadurch soll bezahlbarer Wohnraum geschaffen werden, da nicht in das Bauland investiert werden muss.

## 9. Unterbaurecht

Zulässig ist die Errichtung eines Baurechts auf einem bereits bestehenden als Grundstück in das Grundbuch aufgenommenen Baurecht. Dieses (neue) Baurecht nennt man Unterbaurecht<sup>42</sup>. Im Zivilgesetzbuch ist das Unterbaurecht nicht ausdrücklich vorgesehen. Die Botschaft des Bundesrats zur Änderung der Vorschriften betreffend das Baurecht beläuft jedoch die Zulässigkeit der Errichtung von Unterbaurechten ohne Vorbehalt<sup>43</sup>. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>44</sup> kann ein als Grundstück im Grundbuch aufgenommenes selbstständiges und dauerndes Baurecht seinerseits mit einem Baurecht belastet werden, für welches – sofern es selbstständig und dauernd ist – auch ein eigenes Grundbuchblatt eröffnet werden kann<sup>45</sup>.

- 39 Professor Dr. iur. et Dr. phil. I PETER LIVER war damals ordentlicher Professor für deutsches und schweizerisches Privatrecht sowie für deutsche Rechtsgeschichte an der Universität Bern. Er kam als «Vater» der Baurechtsvorlage (vgl. Fn. 14) bezeichnet werden. Er wurde seinerzeit vom Bundesrat beauftragt, einen Vorentwurf mit Änderungen zur Änderung der Bestimmungen zum Baurecht auszubereiten.
- 40 Vgl. PETER LIVER, Erstellung von Pavillonbauten im Baurecht auf der Perronplatte des Bahnhofes Bern, ZBGR 1973 S. 204 ff.
- 41 Vgl. PETER LIVER (Fn. 40), ZBGR 1973 S. 227.
- 42 Droit de superficie au second degré (französisch) bzw. diritto di superficie di secondo grado (italienisch).
- 43 Vgl. Botschaft (Fn. 14) S. 994.
- 44 Vgl. BGE 92 I 539 = Praxis 1967 Nr. 81 = ZBGR 1968 S. 288 mit redaktioneller Bemerkung von HANS HUBER S. 298 f. = PETER LIVER in ZBlV 1968 S. 34.
- 45 Vgl. HENRI DESCHENAUX (Fn. 7), S. 73.

Ein Unterbaurecht darf jedoch den Umfang (Inhalt) des Baurechts nicht überschreiten<sup>46</sup>, zudem darf es nicht länger als das Baurecht selbst begründet werden. Selbstverständlich müssen zudem die Grundvoraussetzungen der Selbstständigkeit<sup>47</sup> und der Dauer<sup>48</sup> erfüllt sein. Die Errichtung eines Unterbaurechts stellt für den Grundeigentümer keinen Verkaufsfall dar, sofern diese nicht rechtsmissbräuchlich ist<sup>49</sup>. Auch hat der Grundeigentümer kein allgemeines Einsichtsrecht in den vom Baurechtsberechtigten mit einem Dritten vereinbarten Unterbaurechtsvertrag. Im Rahmen des Grundbucheintrags (Vertragspartei, Inhalt, Dauer, Verfügungsbeschränkungen) kann wohl die Einsicht gewährt werden, hingegen darf beispielsweise der Unterbaurechtszins nicht bekannt gegeben werden<sup>50</sup>.

## 10. Autoeinstellhallen

In der Praxis zeichnet sich für die rechtliche Ausgestaltung von unterirdischen Autoeinstellhallen folgende Lösungsmöglichkeit ab<sup>51</sup>:

Für die Fläche der Ein- und Ausfahrtstampe und das Ein- und Ausfahrtstor der Einstellhalle wird ein separates Grundstück abparzelliert. Für die übrigen Teile der Autoeinstellhalle wird ein Unterbaurecht<sup>52</sup> zugunsten

- 46 Die Belastung lediglich eines Teils des Baurechts mit einem Unterbaurecht ist jedoch zulässig.
- 47 Vgl. Art. 655 Abs. 3 Ziffer 1 ZGB.
- 48 Vgl. Art. 655 Abs. 3 Ziffer 2 und Art. 779 I Abs. 1 ZGB.
- 49 Vgl. BGE 92 I 539 Erw. 6 = Praxis 1967 Nr. 81 Erw. 6 = ZBGR 1968 S. 288 Erw. 6; LILIAN GHANDCHI, Das gesetzliche Vorkaufsrecht im Baurechtsverhältnis, Art. 682 Abs. 2 ZGB, Zürich 1999, S. 162.
- 50 Eine solche Zinsvereinbarung beschneidet nicht den Inhalt eines im Hauptbuch eingetragenen Rechts. Die Vereinbarung eines Unterbaurechtszinses betrifft in keiner Weise den Rechtsbestand des Baurechtsgebers (= Grundigentümer). Ein allfälliges umfassendes Einsichtsrecht könnte jedoch im Baurechtsvertrag vorbehalten werden (vgl. Beschluss des Regierungsrats des Kantons Basel-Landschaft vom 7.5.1991 = ZBGR 1995 S. 48 = Kurzfassung von ROLAND PRÄFELI in BN 1995 S. 159 Ziffer 51).
- 51 Vgl. dazu ausführlich: AMÉLIO WERMELINGER / ROLAND PRÄFELI, Le propriétaire d'étages et sa place de parc, in: not@lex 2015 S. 54 ff.; ROLAND PRÄFELI, Die Zuweisung von Autoeinstellplätzen und deren Sicherstellung im Grundbuch, in: Peter Ruf / Roland Pfäffli (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003 S. 371 ff.
- 52 Bei einem Überbaurecht steht ein Bau zum Teil auf fremdem Boden (ober- oder unterirdisch). Um wie viel die Grenze überschritten wird, ist gleichgültig. Auch wenn der Bau zum weitaus grösseren Teil auf dem Nachbargrundstück steht, handelt es sich um ein Überbaurecht (vgl. ARTHUR MEER-HAVOZ, Berner Kommentar, Note 11 zu Art. 674 ZGB, Jürg SCHMID, Ausgewählte Fragen zum Baurecht, Unterbaurecht und zum Überbaurecht, ZBGR 1998 S. 306).



dieses Grundstücks als Grunddienstbarkeit errichtet<sup>53</sup>. Belastet können ein einziges Grundstück oder auch mehrere Grundstücke sein.

Danach wird das berechnete Grundstück in selbstständige Miteigentumsanteile aufgeteilt, wobei der Nenner des Bruchteils der Anzahl der Einstellplätze entspricht. Das Grundbuchamt wird ersucht, für jeden Miteigentumsanteil ein separates Grundbuchblatt zu eröffnen (Art. 23 Abs. 2 GBV).

Das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miteigentümer (Art. 682 Abs. 1 ZGB) wird in einem solchen Fall üblicherweise aufgehoben (mit Vormerkung im Grundbuch gemäss Art. 681b Abs. 1 ZGB). In einer Nutzungs- und Verwaltungsordnung (Art. 647 ZGB), welche im Grundbuch anzumerken ist (Art. 649a Abs. 2 ZGB), wird die Zuordnung der Einstellplätze vorgenommen, wobei die Nummer des Einstellplatzes dem entsprechenden Grundbuchblatt (des Miteigentumsanteils) zuzuordnen ist.

Beim Überbaurecht (Art. 674 ZGB) spielt es keine Rolle, ob der überragende Bauteil mit den belasteten Nachbargrundstücken baulich oder funktionell<sup>54</sup> in irgendwelcher Weise verbunden ist<sup>55</sup>.

## 11. Solarstromanlagen

Die Solarenergie hat eine grosse Bedeutung für die heutige und künftige Energieversorgung. Sobald Solarstromanlagen (Fotovoltaikanlagen) auf fremden Grundstücken erstellt und finanziert werden, stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten zur Verfügung stehen, um den Anlagenbetreiber dergleichen abzusichern.

Möglich ist die Errichtung eines Baurechts für Fotovoltaikanlagen, die sich auf den Dächern von Gebäuden befinden. Die Bestimmung von Art. 675 Abs. 2 ZGB (Verbot von Baurechten an Gebäudeteilen) lässt die Errichtung eines Baurechts jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen zu. Im Kanton Bern finden sich die diesbezüglichen Bedingungen in den Richtlinien der bernischen Grundbuchführung<sup>56</sup>.

53 Vgl. HEINZ REY/LORENZ STREBEL, Basler Kommentar, ZGB II, 2019, Noten 4 ff. zu Art. 674 ZGB.

54 Beim Überbaurecht gehen nicht die strengen Voraussetzungen (bauliche und funktionelle Unabhängigkeit), welche für das Baurecht gelten (vgl. JÜRGE SCHMID [Fn. 52], ZBGR 1998, S. 304). Vgl. dazu auch das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Tessin vom 20.10.1964 = ZBGR 1967 S. 80 mit Bemerkungen von PETER LIVER S. 87.

55 Wird eine Dienstbarkeit am Überbau eingeräumt, so erfolgt die Belastung im Grundbuch auf dem mit dem Überbau berechtigten Grundstück.

56 Vgl. Elektronisches Handbuch (Fn. 11), Ziffer 4.1.71.

Hingegen ist die Begründung eines Nutzungsrechts für die Installation und den Betrieb der Solarstromanlage zulässig. Dieses Nutzungsrecht kann als irreguläre Personaldienstbarkeit (also nicht als Baurecht) ohne Weiteres als selbstständiges und dauerndes Recht ausgestellt werden, sodass es auch als Grundstück im Grundbuch Aufnahme finden kann, und zwar ohne zeitliche Begrenzung, da die Höchstdauer von 100 Jahren, die nur für Baurechte gilt, nicht zur Anwendung kommt<sup>57</sup>.

## 12. Gesamtbaurecht

Sofern ein einziges Baurecht zulasten verschiedener selbstständiger Liegenschaften errichtet wird, handelt es sich gemäss HANS-PETER FRIEDRICH<sup>58</sup> um ein Gesamtbaurecht<sup>59</sup>.

Die Zulässigkeit eines Gesamtbaurechts wird im Zusammenhang mit dem Verbot des Baurechts an Stockwerken (Art. 675 Abs. 2 ZGB) in der Lehre kontrovers diskutiert<sup>60</sup>.

Der Gesetzgeber hat das Gesamtbaurecht nicht verboten. Im Vorfeld der seinerzeitigen Gesetzesrevision betreffend das Baurecht (in Kraft ab 1. Juli 1965) wurde das Gesamtbaurecht in der Botschaft wohl erwähnt, jedoch nicht kodifiziert, da man davon ausging, dass es sich um eine Frage des Baupolizeirechts im Rahmen von Baubewilligungen handle und somit keiner privatrechtlichen Regelung bedürfte<sup>61</sup>.

In einem Rechtsgutachten vom 10. September 1959 zuhanden der Justizdirektion des Kantons Bern hat PETER LIVER die Zulässigkeit eines Gesamtbaurechts bejaht<sup>62</sup>. Mit anderen Worten: So wie ein Wegrecht auch mehrere Liegenschaften belasten kann, ist dies auch für ein Baurecht

57 Vgl. dazu die weiterführende Literatur zu diesem Thema: BETTINA HÜRIGMANN-KAUF/DIANA OSWALD: Die Fotovoltaikdienstbarkeit – ausgewählte sachrechtliche Fragen, ZBYV 2014 S. 679 ff.; STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Die sachrechtliche Einordnung von (gebäudeintegrierten und additiven) Solareneigenanlagen, Aktuelle Juristische Praxis, AJP 2015 S. 351 ff.; SIMONE WÄLTER/LIVIA CAMENISCH, Drittnutzung öffentlicher Dachflächen für Photovoltaikanlagen, Handlungsempfehlungen für Gemeinden, Aktuelle Juristische Praxis, AJP 2015 S. 1254.

58 Vgl. HANS-PETER FRIEDRICH, Die Neuordnung des Baurechts im Zivilgesetzbuch, Basler Juristische Mitteilung, BJM 1966 S. 6.

59 In Anlehnung an die Verpfändung mehrerer Grundstücke für ein und dieselbe Forderung gemäss Art. 798 ZGB (Gesamtpfandrecht) ergibt sich die Bezeichnung des Gesamtbaurechts.

60 Vgl. ausführlich FURINA HIZZ [Fn. 11], S. 127 ff., Noten 213 ff.

61 Vgl. Botschaft [Fn. 14], S. 969 ff., insbesondere S. 995.

62 Vgl. PETER LIVER, Errichtung eines selbstständigen und dauernden Baurechts zu Lasten einer Parzelle, die zusammen mit zwei anderen Parzellen mit einem einzigen Gebäude überbaut werden soll, BN 1959 S. 41 ff.

möglich. Diese Praxis wird beispielsweise im Kanton Bern angewandt<sup>63</sup>, wobei die Grundsätze des Bundesgerichts bezüglich der baulichen und funktionalen Selbstständigkeit bzw. Unabhängigkeit der Bauten im Zusammenhang mit dem Baurecht an Gebäudeteilen<sup>64</sup> respektiert werden<sup>65</sup>.

### 13. Anmerkungsgrundstück

Zulässig ist die Begründung eines selbstständigen und dauernden Baurechts als Anmerkungsgrundstück gemäss Art. 655a ZGB. Die subjektivdingliche Verknüpfung im Sinne von unselbstständigem Eigentum zwischen der Eigentumsberechtigung an einem als Grundstück in das Grundbuch aufgenommenen selbstständigen und dauernden Recht mit dem Eigentum an einem anderen Grundstück erfüllt die Voraussetzungen gemäss Art. 655 Abs. 3 Ziffer 1 ZGB<sup>66</sup>.

In der Rechtspraxis kommt eine subjektivdingliche<sup>67</sup> Verknüpfung regelmässig für Miteigentumsanteile an (im Baurecht erstellten) Autoeinstellungen vor<sup>68</sup>.

63 Vgl. Elektronisches Handbuch (Fn. 11), Ziffer 4.1.6.2; BETTINA HÜRKMANN-KAUP/NATHALIE HÄGI, Bestellung eines unselbstständigen Baurechts an einem Gebäudeteil, Baurecht, BR 2015 S. 338 (vgl. dazu das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 19.11.2014 = BN 2015 S. 1).

64 Vgl. BGE 111 II 134 (ausführlicher zitiert in Fn. 37 hier vor).

65 Bemerkenswert ist, dass das Bundesgericht kürzlich das Gesamtbaurecht in einem obiter dictum abgelehnt hat (Urteil Nr. 5A\_341/2019 des Bundesgerichts vom 19.10.2020 Erw. 6.5.) und sich dabei auf das Gutachten von PETER LIVER (vgl. Fn. 38) in der Botschaft (vgl. Fn. 14) bezog, der gerade das Gesamtbaurecht als zulässig erachtet hat.

66 Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 18.6.1937 = ZBGR 1938 S. 42; GERHARD EGGER, Privatrechtliche Fragen des neuen Bauens und ihre Wirkungen auf das Grundbuch, ZBGR 1972 S. 209 f. mit Nachwort von HANS HUBER S. 220; HENRI DISCHENAU (Fn. 7), S. 73 f.; Fn. 12a; ALFRED KELENBERGER, Heufige Probleme der Grundbuchführung, ZBGR 1977 S. 3; kritisch dazu PETER LIVER, Zürcher Kommentar, Note 34 zu Art. 730 ZGB. «Subjektivdinglich» heisst, dass der Miteigentumsanteil dem jeweiligen Eigentümer des Hauptgrundstücks zusteht (vgl. PETER ISLER, Der Umfang der Pfandhaft im Grundpfandrecht, ZBGR 1982 S. 197 mit Verweisungen).

68 Werden Miteigentumsanteile subjektivdinglich mit Hauptgrundstücken verbunden, so ist zu beachten, dass diese Verknüpfung nur integral für das ganze Grundstück vorgenommen werden kann. Mit anderen Worten: Eine Mischung von selbstständigen und unselbstständigem Miteigentum ist nicht zulässig (vgl. Handbuch der Justizdirektion des Kantons Bern für die praktizierenden Notare sowie die Grundbuchverwalter des Kantons Bern betreffend den Verkehr mit dem Grundbuchamt und die Grundbuchführung, Bern 1982, S. 42; a. M. OLIVER REINHARDT/RICCARDO BRAZZEROL, Die Mischung von selbstständigem und unselbstständigem Miteigentum an Grundstücken, ZBGR 2014 S. 292 ff.).

### 14. Vorkaufrecht

Der Eigentümer eines selbstständigen und dauernden Baurechts hat ein gesetzliches Vorkaufrecht, sofern der Grundeigentümer sein Grundstück, also den Boden, verkauft. Umgekehrt hat der Grundeigentümer ein gesetzliches Vorkaufrecht am Baurechtsgrundstück, wenn dieses verkauft wird (Art. 682 Abs. 2 ZGB). Diese Vorkaufrechte kann man in öffentlicher Urkunde abändern oder auch ganz aufheben, was im Grundbuch durch eine Vormerkung zum Ausdruck gebracht werden kann (Art. 681b Abs. 1 ZGB).

Die Frist für die Ausübung des Vorkaufrechts beträgt drei Monate (Art. 681a Abs. 2 ZGB). Zur Berechnung der Dreimonatsfrist wird auf die Bestimmung von Art. 77 Abs. 1 Ziffer 3 OR verwiesen; die Dreimonatsfrist ist nicht identisch mit der Frist von 90 Tagen<sup>69</sup>. Sie beginnt mit Kenntnis von Abschluss und Inhalt des Kaufvertrags. Bei der dreimonatigen Ausübungsfrist handelt es sich um eine Verwirklichungsfrist, die somit durch Parteiprede nicht verlängert, jedoch verkürzt werden kann<sup>70</sup>. Nach Ablauf von zwei Jahren seit der Eintragung des neuen Eigentümers in das Grundbuch kann das Recht nicht mehr geltend gemacht werden (Art. 681a Abs. 2 ZGB).

Die Ausübungsfrist ist gewahrt, wenn die Ausübungserklärung inner drei Monate dem mit dem Vorkaufrecht belasteten Veräusserer zugegangen ist<sup>71</sup>. Die Ausübung des Vorkaufrechts kann nicht beim Grundbuchamt erfolgen<sup>72</sup>.

69 Vgl. Art. 77 Abs. 1 Ziffern 1 und 3 OR.

70 Vgl. Urteil Nr. 5A\_671/2012 des Bundesgerichts vom 7.3.2013 Erw. 3.1; Botschaft zum Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht (BGBB) sowie zum Bundesgesetz über die Teilrevisionen des Zivilgesetzbuches (Immobilienrecht) und des Obligationenrechts (Grundstückkauf), Bundesblatt 1988 III S. 1073 f. und 1081 f.; FELIX SCHÖBI, Die Revision des Kaufs-, des Vorkaufs- und des Rückkaufrechts, Aktuelle Juristische Praxis, AJP 1992 569; CHRISTIAN BRÜCKNER, Verwandte Verträge (Vertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufrechts bzw. Rückkaufrechts), in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Auflage, Bern 2001, S. 539, Note 108; ROLAND PÄFFLI, Neuerungen im Immobilienrecht und beim Grundstückkauf, BN 1992 S. 458.

71 Adressat der Ausübungserklärung ist beim gesetzlichen Vorkaufrecht der Veräusserer. Dies ist, in Analogie zum vorgemerkten rechtsgeschäftlichen Vorkaufrecht, der jeweilige Eigentümer, also entweder der Veräusserer oder, nach erfolgtem Eigentumsübergang, der Dritterwerber. Nur dann, wenn ein Grundstück ohne Kenntnis des Vorkaufberechtigten dem Dritten schon zu Eigentum übertragen worden ist, genügt auch eine fristgerechte Abgabe der Erklärung an den Verkäufer (vgl. DOVIS BINZ, Das gesetzliche Vorkaufrecht im schweizerischen Recht, Bern/Frankfurt am Main 1975, S. 176 f.).

72 Vgl. HANS GIGER, Berner Kommentar, Noten 2 ff. zu Art. 216a OR.

Das Vorkaufsrecht kann geltend gemacht werden, wenn ein Vorkaufsfall vorliegt, d. h. wenn das mit dem Vorkaufsrecht belastete Grundstück verkauft wird, sowie bei jedem anderen Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt (Art. 681 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 216c Abs. 1 OR)<sup>73</sup>. Anders als bei vertraglichen Vorkaufsrechten können gesetzliche Vorkaufsrechte zudem bei der Zwangsversteigerung ausgeübt werden, allerdings nur an der Steigerung selbst und zu den Bedingungen, zu welchen das Grundstück dem Ersteigerer zugeschlagen wird (Art. 681 Abs. 1 ZGB).

Zur Ausübung des Vorkaufsrechts muss der Vorkaufsberechtigte im Zeitpunkt des Verkaufsfalls alle Voraussetzungen, die für die Ausübung notwendig sind, erfüllen. Beispielsweise muss er im Grundbuch als Grundeigentümer eingetragen sein, wenn er das gesetzliche Vorkaufsrecht gegenüber dem Eigentümer eines Baurechts geltend machen will. In einem aktuellen Fall war das Rechtsgeschäft, das zur vorkaufsberechtigten Stellung des Eigentümers geführt hätte, im Zeitpunkt des Eintritts des Verkaufsfalls wohl abgeschlossen, jedoch noch nicht im Grundbuch eingetragen, sodass das Vorkaufsrecht nicht zum Tragen kam<sup>74</sup>.

Vorkaufsrecht beim Unterbaurecht: Zwischen dem Grundeigentümer, dem Baurechtsberechtigten und dem Unterbaurechtsberechtigten besteht immer nur im direkten Verhältnis ein Vorkaufsrecht. Konkret: Bei der Veräusserung des Unterbaurechts hat lediglich der Eigentümer des Baurechts ein gesetzliches Vorkaufsrecht, nicht aber der Grundeigentümer. Andererseits hat beim Verkauf des Bodengrundstücks der Unterbaurechtsberechtigte kein Vorkaufsrecht. Veräussert der Baurechtsberechtigte sein Baurechtsgrundstück, so haben sowohl der Grundeigentümer als auch der Unterbaurechtsberechtigte ein Vorkaufsrecht, wobei dasjenige des Grundeigentümers im Range vorgeht<sup>75</sup>.

73 Vgl. dazu diejenigen Tatbestände, die keinen Vorkaufsfall bilden (Art. 216c Abs. 2 OR). Eine wertvolle Kasuistik findet sich bei ARTHUR MEIER-HAUZ, Berner Kommentar, Noten 137 bis 143 zu Art. 681 ZGB (Vorkaufsfall) sowie Noten 144 bis 175 zu Art. 681 ZGB (kein Vorkaufsfall).

74 Vgl. Urteil Nr. 5A\_127/2019 des Bundesgerichts vom 4. 5. 2020 = BGE 146 III 217 = Praxis 2020 Nr. 119 = LUKAS VON KAENEL in «Ius focus» 2020 Heft 6 S. 4.

75 Vgl. DORIS BINZ (Fn. 71), S. 94; PETER LIVER, Fragen aus dem Gebiet des Stockwerkeigentums und des Baurechts, BN 1969 S. 332 ff.; LIUAN GHANDCHI (Fn. 49), S. 257 ff.

## 15. Vormerkungen<sup>76</sup>

Sollen der Baurechtszins und allfällige weitere vertragliche Bestimmungen im Grundbuch vorgemerkt werden, so bedürfen sie zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 779a Abs. 2 ZGB). Gemäss der wörtlichen Auslegung dieser Bestimmung (Umkehrschluss) ist somit vorgeschrieben, dass der Baurechtszins (und demzufolge auch seine Abänderung<sup>77</sup>) in öffentlicher Urkunde festzusetzen ist, sofern er im Grundbuch vorgemerkt<sup>78</sup> wird. Wird der Baurechtszins jedoch nicht im Grundbuch vorgemerkt, so unterliegt er nicht der Form der öffentlichen Beurkundung<sup>79</sup>.

Demzufolge geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Vereinbarung eines Baurechtszinses nicht zu den objektiv wesentlichen Vertragspunkten zählt, was vom Bundesgericht (allerdings vor der Gesetzesrevision, d. h. vor dem 1. Januar 2012) bestätigt wurde<sup>80</sup>.

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>81</sup> unterliegt dort, wo ein Formzwang besteht, nicht der ganze Vertragsinhalt dem Formzwang, sondern nur die objektiv wesentlichen Punkte sowie jene Punkte, welche subjektiv wesentlich und zudem vertragstypisch sind. Demzufolge sind Änderungen eines formbedürftigen Vertrags ebenfalls formbedürftig, soweit es sich nicht um bloss ergänzende Nebenbestimmungen handelt<sup>82</sup>.

76 Zum Teil übernommen von ROLAND PRÄFRI, Teilrevision des Sachenrechts: Erste Erfahrungen, ZBGR 2012 S. 382 ff.

77 Basiert die Änderung jedoch auf einer Formel, welche die Bestimmbarkeit des Baurechtszinses ohne Weiteres zulässt (z. B. Anpassung jeweils alle fünf Jahre, gestützt auf die Änderung beim Index der Konsumentenpreise), ist die Anpassung nicht notwendigerweise vorzumerken.

78 Zur Vormerkung von obligationenrechtlichen Bestimmungen der Baurechtsurkunde vgl. ausführlich STEPHAN SPYCHER (Fn. 4), S. 101 ff.; STEPHAN SPYCHER, Die Vormerkung von weiteren vertraglichen Bestimmungen des Baurechtsvertrags, in Festgabe für Roland Pfäffli, BN 2014 S. 343 ff.

79 So auch die Botschaft (Fn. 3), S. 5313; BÉTTINA HURUMANN-KAUP / PAUL-HENRI STEINAUER, Das neue Immobilienrecht – ein Überblick / Les nouveaux droits réels immobiliers – un aperçu, in Baurecht 2010 S. 12; ALFRED KOLLER, Ist die Verdrängung eines Baurechtszinses formbedürftig i. S. v. Art. 779a ZGB?, in: Franco Lorandi / Daniel Stachelin (Hrsg.), *Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander*, Zürich / St. Gallen 2011 S. 170; PETER R. ISLER / DOMINIQUE GROSS, Basler Kommentar, ZGB II, 2019, Note 6 zu Art. 779a ZGB.

80 Vgl. Urteil Nr. 5A\_251/2010 des Bundesgerichts vom 19. 11. 2010 = ZBGR 2011 S. 399 mit redaktioneller Bemerkung von JÜRGE SCHMID S. 408 = ALFRED KOLLER in *Aktuelle Juristische Praxis*, AP 2011 S. 423 = JÜRGE SCHMID in *ZBJV* 2011 S. 392 = PAUL-HENRI STEINAUER in *Baurecht* 2011 S. 67 Nr. 183.

81 Vgl. BGE 135 III 295 = Praxis 2009 Nr. 121 = ZBGR 2010 S. 118 = La Semaine Juridique 2009 I S. 396; BGE 113 II 402 = Praxis 1987 Nr. 258 = ZBGR 1989 S. 288.

82 Vgl. ALFRED KOLLER (Fn. 79), S. 164.

AUFRED KOLLER vertritt die Meinung, dass eine Vereinbarung über den Baurechtszins bereits im alten Recht (in Kraft bis Ende 2011) der öffentlichen Beurkundung bedurfte, da eine solche Abmachung zu den objektiv wesentlichen Vertragspunkten gehört<sup>83</sup>. Hingegen kommt er zum Schluss, dass ab 1. Januar 2012 im Lichte der neuen Bestimmung von Art. 779a Abs. 2 ZGB gemäss seiner Auslegung der Baurechtszins nur dann dem Formzwang der öffentlichen Beurkundung unterliegt, wenn er im Grundbuch vorgemerkt wird. Diese Meinung wird auch hier vertreten.

JÖRG SCHMID zählt das Entgelt für die Einräumung eines Baurechts (Baurechtszins) zu den objektiv wesentlichen Punkten eines Baurechtsvertrags, die dem Formzwang unterstehen und zeigt die Schwächen von Art. 779a Abs. 2 ZGB auf. Er hofft, dass das Bundesgericht seine Praxis bei nächster Gelegenheit überdenkt<sup>84</sup>. JÖRG SCHMID und BETTINA HÜRUMANN-KAUP vertreten in ihrem Lehrbuch die Ansicht, dass die Baurechtszinsbreite vom Formzwang der öffentlichen Beurkundung mitumfasst ist<sup>85</sup>. JÖRG SCHMID zeigt ebenfalls die Problematik dieser Bestimmung auf und setzt sich mit den verschiedenen Lehrmeinungen auseinander<sup>86</sup>.

Zum dinglichen Bestand des Baurechts gehören die vertraglichen Bestimmungen über den Inhalt und den Umfang des Baurechts, wie namentlich über Lage, Gestalt, Ausdehnung und Zweck der Bauten sowie über die Benutzung nicht überbauter Flächen, die mit seiner Ausübung in Anspruch genommen werden. Diese Bestimmungen sind gemäss Art. 779b Abs. 1 ZGB für jeden Erwerber des Baurechts und des belasteten Grundstücks verbindlich. Sie ergeben sich direkt aus dem Eintrag des Baurechts als Dienstbarkeit; sie können nicht Gegenstand einer Vormerkung sein.

Weitere vertragliche Bestimmungen, die nicht zum dinglichen Bestand des Baurechts gehören, können jedoch gemäss Art. 779b Abs. 2 ZGB im Grundbuch vorgemerkt werden.<sup>87</sup> Konkret heisst dies, dass nebst dem Baurechtszins auch noch andere Bestimmungen des Baurechtsvertrags im Grundbuch vorgemerkt werden können, sofern diese öffentlich beurkundet werden (Art. 779a Abs. 2 ZGB).

83 Vgl. AUFRED KOLLER (Fn. 79), S. 166 ff.; AUFRED KOLLER in Aktuelle Juristische Praxis, AJP 2011 S. 423 f.

84 Vgl. JÖRG SCHMID, Baurechtszins und Formzwang – Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts Nr. 5A\_251/2010 vom 19. 11. 2010, ZBlV 2011 S. 392 ff.

85 Vgl. JÖRG SCHMID / BETTINA HÜRUMANN-KAUP (Fn. 1), Note 1396.

86 Vgl. JÖRG SCHMID, Das Dienstbarkeitsrecht im Lichte der Revision des Immobiliarsachenrechts, ZBGR 2012 S. 165 f.

87 Vgl. dazu die detaillierten Ausführungen zu den vormerkbaren und nicht vormerkbaren Vertragsbestimmungen bei STEPHAN SPYCHER (Fn. 78), BN 2014 S. 343 ff.

Auch wenn im Gesetz von «vertraglichen» Bestimmungen die Rede ist, bezieht sich die Vormerkung auch auf rein (einseitige) rechtsgeschäftliche Bestimmungen bei einem Eigentümerbaurecht.

Eine mögliche Vormerkung wird wohl die bereits vorne erwähnte Übertragungsbeschränkung (vgl. Ziffer VI/3) sein<sup>88</sup>. Es ist zulässig, eine gewisse Einschränkung der Übertragbarkeit beim selbstständigen und dauernden Baurecht zu vereinbaren<sup>89</sup>, beispielsweise für den Fall, dass die obligatorischen Verpflichtungen des Bauberechtigten vom Erwerber nicht übernommen werden oder dass mangelnde Kreditwürdigkeit des Erwerbers besteht<sup>90</sup>. Sofern eine zulässige Übertragungsbeschränkung vereinbart wurde, hat diese rein obligatorienrechtliche Wirkung unter den Vertragspartnern<sup>91</sup>.

Auch die Vereinbarungen über die Höhe der Heimfallschädigung und das Verfahren zu ihrer Festsetzung sowie über die Aufhebung der Entschädigung und über die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes der Liegenschaft (beim Heimfall) können Gegenstand einer Vormerkung sein. Bis Ende 2011 fanden sich die diesbezüglichen Bestimmungen in Art. 779e ZGB, der ersatzlos aufgehoben wurde, da sie in der Generalklausel von Art. 779a Abs. 2 ZGB enthalten sind.

In der Praxis wird man kaum eine Differenzierung zwischen den einzelnen Vertragsbestimmungen machen, sodass wohl der ganze Baurechtsvertrag (als Einheit) im Grundbuch vorgemerkt wird<sup>92</sup>.

Die bernischen Grundbuchämter vertreten die Meinung, dass einerseits konkrete Anträge zur Vormerkung von einzelnen Bestimmungen des

88 Gl.M. BETTINA HÜRUMANN-KAUP Die Anzeigepflicht des Grundbuchverwalters (Art. 969 ZGB und Spezialnormen), ZBGR 2012 S. 14; a.M. JÖRG SCHMID (Fn. 86), ZBGR 2012 S. 168. Unzulässig ist die Vormerkung einer Verpflichtung zur Übertragung des Baurechts an einen Dritten (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 11. 6. 2018 = ZBGR 2021 S. 1).

89 Sofern jedoch bei einem selbstständigen und dauernden Baurecht die Übertragbarkeit des Baurechts in dem Sinne eingeschränkt wird, dass eine solche generell (in jedem Fall) der schriftlichen Genehmigung durch den Grundeigentümer bedarf, liegt kein selbstständiges Recht im Sinne von Art. 655 Abs. 3 ZGB vor. Vgl. BGE 72 I 233 = Praxis 1946 Nr. 174 = ZBGR 1947 S. 54 = THEO GÜHL in ZBlV 1947 S. 491; Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern, Justizkommission, vom 9. 5. 1989 = LGVE 1989 I Nr. 7; Entscheid Nr. 2912/87 der Justizdirektion des Kantons Bern vom 4. 1. 1990 = Kurzfassung von ROLAND PRÄFEL in BN 1990 S. 123 Ziffer 34; PETER R. ISLER / DOMINIQUE GROSS, Basler Kommentar, ZGB II, 2019, Noten 28 und 29 zu Art. 779 ZGB.

90 Vgl. Hinweise in Fn. 13 hiervor.

92 Vgl. ROLAND PRÄFEL, Teilrevision des Sachenrechts: Erste Erfahrungen, ZBGR 2012 S. 384.

Baurechtsvertrags vorgenommen werden können. Andererseits ist es jedoch auch zulässig (nicht zuletzt aus Gründen der Grundbuchübersicht und Grundbuchklarheit), dass der gesamte Baurechtsvertrag (als Einheit) im Grundbuch vorgemerkt wird, wobei eine allfällige Änderung oder Aufhebung des gesetzlichen Vorkaufsrechts (Art. 682 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 681b Abs. 1 ZGB) im Grundbuch separat vorzumerken ist<sup>93</sup>. Auch der Kanton Zürich lässt die Vormerkung des gesamten Baurechtsvertrags zu<sup>94</sup>.

Die Vormerkung von vertraglichen Vereinbarungen beim Baurecht hat Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Recht und ist für den jeweiligen Eigentümer verbindlich. Im Grundbuch ist bei der Vormerkung (auf dem Bodengrundstück) ein Hinweis zu der entsprechenden Dienstbarkeit (Baurecht) anzubringen (Art. 123 Abs. 3 lit. b GBV). Zudem ist die Vormerkung nicht nur auf dem Bodengrundstück, sondern auch auf dem Hauptblatt des Rechts (Baurechtsgrundstück) einzuschreiben (Art. 123 Abs. 4 GBV).

## 16. Verlängerung

Es ist möglich, eine Verlängerung des Baurechts zu vereinbaren. Diese muss allerdings vor Ablauf der Baurechtsdauer beim Grundbuchamt angemeldet werden. Eine Verlängerung um 100 Jahre ist zulässig. Zu beachten ist jedoch, dass die Dauer des bisherigen Rechtsverhältnisses und die Dauer der Verlängerung die Höchstdauer von 100 Jahren nicht überschreiten dürfen. Beispiel: Ein auf 100 Jahre begründetes Baurecht dauert bis zum 31. Dezember 2070. Bei einer Verlängerung am 31. August 2069 (Grundbucheintrag) kann diese höchstens bis am 31. August 2169 beantragt werden<sup>95</sup>.

Wer nach der Begründung des Baurechts ein Recht am Grundstück erworben hat, kann gegen die Verlängerung keinen Einspruch erheben. Das Baurecht behält bei einer Verlängerung den ursprünglichen Rang gegenüber den später errichteten Rechten. Mit anderen Worten: Bei einer

Verlängerung der Baurechtsdauer verändert sich das Rangverhältnis gegenüber den nachgehenden beschränkten dinglichen Rechten nicht<sup>96</sup>.

## 17. Aufteilung

Ein selbstständiges und dauerndes Baurecht verliert seinen Charakter als Dienstbarkeit nicht, wenn es im Grundbuch als Grundstück aufgenommen wird. Ein solches Baurecht kann im Einvernehmen mit dem Grundeigentümer flächenmässig aufgeteilt werden, sofern der Inhalt der Dienstbarkeit ansonsten unverändert bleibt und die gleich- und nachrangigen Rechte Dritter gewahrt werden. Die gesetzliche Mindestdauer von 30 Jahren (Art. 655 Abs. 3 Ziffer 2 ZGB) für die dadurch neu entstehenden Baurechtsgrundstücke muss nicht erfüllt sein (vgl. dazu die Ausführungen in Ziffer VII hiernach).

## VII. Aktuelles Urteil des Bundesgerichts

### 1. Einführung

Unlängst musste sich das Bundesgericht mit einem Fall aus dem Kanton Aargau auseinandersetzen, wonach ein als Grundstück im Grundbuch aufgenommenes selbstständiges und dauerndes Baurecht aufgeteilt wurde.

### 2. Sachverhalt und Entscheid

a. Im vorliegenden Fall wurde ein selbstständiges und dauerndes Baurecht, welches im Jahr 1988 für 50 Jahre begründet wurde, mit Zustimmung des Grundeigentümers in zwei Baurechte aufgeteilt. Es entstanden im Jahr 2017 einerseits ein Baurecht mit einer reduzierten Fläche von zirka 66 Aren und andererseits ein neues Baurecht mit einer Fläche von zirka 43 Aren, für welches ein neues Grundbuchblatt zu eröffnen war. Das zusätzliche Grundbuchamt im Kanton Aargau verweigerte den Grundbucheintrag. Das Bundesgericht musste schliesslich entscheiden, ob es

<sup>93</sup> Vgl. Elektronisches Handbuch (Fn. 11), Ziffer 4.1.6.5.

<sup>94</sup> Praxisfestlegung des Notariatsinspektors des Kantons Zürich vom 14. 6. 2011; vgl. dazu kritisch JURE SCHMID (Fn. 86), ZBGR 2012 S. 167.

<sup>95</sup> Vgl. dazu die praktischen Beispiele bei STEPHAN SPYCHER (Fn. 4), S. 125 ff.

<sup>96</sup> PETER LIVER, Fragen aus dem Gebiet des Stockwerkeigentums und des Baurechts, BN 1969 S. 336; HANS-PETER FRIEDRICH, Die Neuordnung des Baurechts im Zivilgesetzbuch, in: Basler Juristische Mitteilungen, BJM 1966 S. 10; HANS-URICH FREIWÜLLER (Fn. 27), S. 68 f.; PETER ISLER (Fn. 25), S. 117 f.; BERTINA HURJUMANN-KAPF, Die Änderung von Dienstbarkeiten – ausgewählte Fragen, BN 2013 S. 121; Musterurkunde Nr. 656 der Musterurkunden-Sammlung des Verbandes bernischer Notare, Langenthal 2020, S. 14, Fn. 10; STEPHAN SPYCHER (Fn. 4), S. 125.

möglich ist, ein Baurechtsgrundstück aufzuteilen und, wenn dies bejaht wird, ob für das neu zu eröffnende Grundbuchblatt die Mindestdauer von 30 Jahren notwendig ist.

**b.** Das Bundesgericht<sup>97</sup> hält fest, dass der Gesetzgeber die selbstständigen und dauernden Rechte den unbeweglichen Sachen gleichstellt, obwohl solche Dienstbarkeiten – wie das Baurecht – offensichtlich keine Sachqualität aufweisen. Ein Baurecht, auch wenn es ein eigenes Blatt im Grundbuch erhält, bleibt weiterhin ein Recht und bildet somit keinen körperlichen Gegenstand.

**c.** Die Baurechtsdienbarkeit kann demzufolge von den beteiligten Parteien (Grundigentümer und Baurechtsberechtigte) abgeändert werden, wobei die gleich- und nachrangigen Rechte Dritter nicht tangiert werden dürfen. Die Mindestdauer von 30 Jahren muss für das neue Grundstück nicht eingehalten werden, da der ursprüngliche Umfang des Baurechts im vorliegenden Fall nicht verändert wurde. Diese Mindestdauer bezieht sich einzig auf die Begründung eines neuen Baurechts.

### 3. Prozessverlauf

**a.** Grundlage des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildete ein öffentlich beurkundeter Vertrag zur Aufteilung eines selbstständigen und dauernden Baurechts. Gemäss diesem Vertrag stellte der Eigentümer eines selbstständigen und dauernden Baurechts, das bis zum 16. Mai 2038 dauert, gegenüber dem Grundbuchamt das Gesuch, das für dieses Baurecht im Grundbuch aufgenommene Grundstück aufzuteilen. Es sollten dadurch zwei Baurechtsgrundstücke entstehen: Ein Restgrundstück mit der bisherigen Grundstücksnummer und ein neues Grundstück mit einer neuen Grundstücksnummer. Der zuständige Nachführungsgeometer hatte die diesbezüglichen Messakten (Messurkunde mit Plan) ausgestellt und die neuen Flächen ausgewiesen. Das Grundbuchamt wurde ersucht, für das neu entstehende Baurecht ein neues Grundbuchblatt zu eröffnen. Die Grundbuchanmeldung erfolgte am 14. Dezember 2017. Am 19. Dezember 2017 verfügte das Grundbuchamt die Abweisung mit der Begründung, dass ein Baurecht nicht aufgeteilt werden könne; zudem würde das neue Baurecht nur bis zum 16. Mai 2038 dauern und somit (ab 14. Dezember 2017) die gesetzlich vorgeschriebene Mindestdauer von 30 Jahren nicht erreichen (Art. 655 Abs. 3 Ziffer 2 ZGB).

**b.** Diese Abweisungsverfügung wurde mit Beschwerde an die Aufsichtsbehörde über das Grundbuch im Kanton Aargau angefochten. Mit Entscheid vom 31. Mai 2018 des Departements Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau (Abteilung Register und Personenstand) wurde die Beschwerde im Sinne der Abweisungsverfügung des Grundbuchamts abgewiesen.

**c.** Die hierauf eingereichte Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Aargau wurde am 27. März 2019 abgewiesen. Im Kern erwog das Gericht, die Aufteilung eines Baurechtsgrundstücks führe zur Errichtung eines weiteren selbstständigen und dauernden Rechts. Für die Aufnahme eines neuen Baurechtsgrundstücks ins Grundbuch sei vorausgesetzt, dass die Vertragsparteien für dieses eine Mindestdauer von 30 Jahren vorsähen. Da das neu zu errichtende Baurechtsgrundstück diese Voraussetzungen nicht erfülle, sei die vereinbarte Aufteilung des Baurechtsgrundstücks nicht eintragungsfähig.

**d.** Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 26. April 2019 wurde das vorinstanzliche Urteil an das Bundesgericht weitergezogen. Dieses hat von Amtes wegen das Bundesamt für Justiz, welches die Oberaufsicht über das Grundbuchwesen ausübt (Art. 956 Abs. 2 ZGB und Art. 6 GBV), zu einer Vernehmlassung eingeladen. Dieses unterstützte das Ergebnis des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau. Zusammenfassend hielt es fest, dass eine Baurechtsdienbarkeit, selbst wenn sie als Grundstück aufgenommen wurde, aufgrund des dienstbarkeitsrechtlichen Charakters sowie der fehlenden Körperlichkeit nicht «parzellierbar» sei und die Bestimmungen über die Teilung von Liegenschaften folglich nicht zur Anwendung gebracht werden könnten. Das Bundesgericht unterbreitete in der Folge drei konkrete Fragen an die Geschäftsleitung der Grundbuchämter des Kantons Bern, da in der Beschwerdeschrift auf die Praxis im Kanton Bern verwiesen wurde. In ihrer Stellungnahme hielt die Geschäftsleitung fest, dass eine flächenmässige Aufteilung eines selbstständigen und dauernden Baurechts zulässig sei, und zwar gestützt auf eine Messurkunde und einen Situationsplan zur Planänderung. Zudem müsse für eine solche Aufteilung die Mindestdauer von 30 Jahren für das neu zu eröffnende Hauptbuchblatt nicht erfüllt sein, da keine Neubegründung vorliege. Zusammenfassend handle es sich um eine Abänderung einer Dienstbarkeit, wobei deren Inhalt (mit Ausnahme der flächenmässigen Aufteilung) unverändert bleibe. Der Rang des Baurechts bleibe ebenfalls unverändert.

97 Vgl. Fn. 98 hiernach.

e. Das Bundesgericht hiess mit Urteil vom 19. Oktober 2020<sup>98</sup> die Beschwerde gut, sodass die Aufteilung des Baurechts antragsgemäss im Grundbuch eingetragen werden konnte<sup>99</sup>. Für das neu zu eröffnende Grundstück ist das Baurecht bis zum 16. Mai 2038 befristet, weist also die gleiche Dauer auf wie das verbleibende Baurechtsgrundstück, das flächenmässig reduziert wurde.

#### 4. Bemerkungen

a. Ein in das Grundbuch aufgenommenes selbstständiges und dauerndes Baurecht ist gemäss Art. 655 Abs. 2 Ziffer 2 ZGB ein Grundstück im Sinne des Schweizerischen Zivilgesetzbuches.

b. Die Bestimmung von Art. 743 ZGB befasst sich mit der «Teilung eines Grundstücks», und zwar im Zusammenhang mit der Bereinigung von Dienstbarkeiten. «Wird das berechnete oder das belastete Grundstück geteilt, so besteht die Dienstbarkeit auf allen Teilen weiter» (Art. 743 Abs. 1 ZGB). Auch in Art. 974a ZGB ist die Rede von der «Teilung des Grundstücks», nämlich: «Wird ein Grundstück geteilt, so müssen für jedes Teilstück die Dienstbarkeiten, Vormerkungen und Anmerkungen bereinigt werden.» (Art. 974a Abs. 1 ZGB).

c. In der das ZGB ausführenden Grundbuchverordnung wird ebenfalls von der Teilung von Grundstücken gesprochen, beispielsweise in den Art. 153 Abs. 1 und Art. 156 Abs. 1 G BV. Die Voraussetzungen für die Vereinigung von Grundstücken sind in Art. 974b ZGB geregelt; ebenso im Art. 158 G BV.

d. In keiner Weise wird im Gesetz oder in der Grundbuchverordnung eine Einschränkung gemacht hinsichtlich des Begriffs «Grundstück». Insbesondere hat der Gesetzgeber auch kein Verbot hinsichtlich der Aufteilung von Baurechten erlassen.

98 Vgl. Urteil Nr. 5A\_341/2019 des Bundesgerichts vom 19.10.2020 (zur Publikation vorgesehen) = Proxis 2021 Nr. 26. Vgl. dazu ausführlich Philipp EERHARD, in: Weblaw, digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, dRSK, Teilbarkeit von selbstständigen und dauernden Baurechten, publiziert am 28.1.2021.

99 Das Bundesgericht hat das Urteil der Vorinstanz aufgehoben und die Sache zu einem neuen Entscheid zurückgewiesen. Durch das Urteil des Bundesgerichts waren jedoch alle Vorbehalte in der Abweisungsverfügung des Grundbuchamts beseitigt worden, sodass die notwendigen Eintragungen im Grundbuch ohne Weiteres vollzogen werden konnten.

e. Im vorliegenden Fall ging es darum, dass ein bestehendes selbstständiges und dauerndes Recht mit Zustimmung des belasteten Grundeigentümers abgeändert wurde. Die ursprüngliche Baurechtsfläche wurde nicht verändert. Es entstanden allerdings neu zwei Baurechtsgrundstücke, nämlich das ursprüngliche Baurechtsgrundstück mit einer reduzierten Fläche sowie ein neues Baurechtsgrundstück. Es handelte sich somit um eine Änderung einer Dienstbarkeit, wobei keine Ausdehnung oder Reduktion der ursprünglichen Baurechtsfläche erfolgte; auch wurde die Dauer des Baurechts nicht verändert.

f. Soweit ersichtlich, hat sich weder das Bundesgericht noch ein kantondieses Gericht mit der Zulässigkeit der Aufteilung von selbstständigen und dauernden Baurechten befasst. Es ist davon auszugehen, dass bisher die Eintragungsfähigkeit im Grundbuch nicht zur Diskussion stand.

g. In der Praxis trifft man die Aufteilung eines selbstständigen und dauernden Baurechts beispielsweise bei einer neuen Wegführung an. Es kann vorkommen, dass durch einen neu angelegten Weg eine Liegenschaft, welche mit einem selbstständigen und dauernden Baurecht belastet ist, in zwei Teile aufgeteilt wird. In diesem Fall findet ebenfalls eine Aufteilung des Baurechts statt (mit Zustimmung des Bodeneigentümers). Das Baurecht muss nicht gelöscht werden. Es entstehen zwei Baurechte und somit zwei Grundstücke bzw. Grundbuchblätter (das bisherige Blatt sowie ein neu angelegtes Blatt). Beide Baurechte behalten den bisherigen Rang und die bisherige Höchstdauer bei, auch wenn diese keine 30 Jahre mehr beträgt.

h. Wenn eine Aufteilung des Baurechts nicht zulässig wäre, müsste im vorliegenden Fall wie folgt vorgegangen werden: Das Baurecht müsste vor Ablauf der Dauer gelöscht werden. Es käme zum Heimfall. Danach müssten zwei neue Baurechte begründet werden, wobei hier die Mindestdauer von 30 Jahren eingehalten werden müsste. Dieser Vorgang wäre mit erheblichen Kosten verbunden, nämlich: Handänderungssteuern für den Heimfall sowie für die Begründung der beiden Baurechte. Hinzu kämen die Notariatskosten und die Grundbuchgebühren.

i. Im vorliegenden Fall ging es nicht um eine Parzellierung eines Baurechts, sondern um eine Abänderung einer bestehenden Dienstbarkeit. Das Baurecht ist eine Dienstbarkeit, wobei im konkreten Fall die Dienstbarkeit gemäss Art. 655 Abs. 2 Ziffer 2 ZGB als selbstständig und dauernd ausgestaltet wurde. Demzufolge gilt das Baurecht gemäss der Definition in Art. 655 Abs. 2 ZGB als Grundstück im Sinne des ZGB.

**k.** Es lag keine formelle Parzellierung vor, wie dies bei einer Parzellierung einer Liegenschaft der Fall ist. Die Abänderung der Dienstbarkeit (als Recht) stand im Vordergrund. Diese hatte zur Folge, dass zwei Baurechte entstehen, welche den gleichen Rang einnehmen (Begründungsdatum der Baurechtsdienstbarkeit). Es spielt bei dieser Änderung keine Rolle, dass das Baurecht nur noch eine Dauer aufweist, welche unter 30 Jahren liegt. Das Baurecht wurde seinerzeit auf eine Dauer von über 30 Jahren begründet und es verliert seinen Status nicht, wenn die Restdauer unter 30 Jahren fällt. Somit kann bei einer Abänderung des Baurechts die bestehende Dauer weitergeführt werden. Die Bestimmung von Art. 22 Abs. 1 lit. a Ziffer 1 GBV kommt hier nicht zur Anwendung, da es sich nicht um eine Neuerrichtung handelt.

**l.** Dass eine Dienstbarkeit rechtsgeschäftlich abgeändert werden kann, muss hier nicht speziell nachgewiesen werden. Eine Abänderung ist zulässig, wenn alle Beteiligten mitwirken, d. h. der Dienstbarkeitsbelastete und der Dienstbarkeitsberechtigte. Im konkreten Fall war dies erfüllt.

**m.** Durch die Abänderung des Baurechtsvertrags entstanden zwei neue Grundstücke im Sinne von Art. 655 Abs. 2 Ziffer 2 ZGB. Der zusätzliche Nachführungsgeometer hatte deshalb die entsprechenden Messakten der neuen Situation angepasst und eine neue Grundstück-Nummer für den unüberbauten Teil des Baurechts vergeben. Die Vorschriften der Vermessung sind streng und sehr detailliert. Wäre diese Änderung rechtlich nicht möglich, hätte bereits der Nachführungsgeometer auf diesen Umstand hingewiesen und er hätte die Messurkunde nicht ausgestellt.

**n.** Für das Baurechtsgrundstück gelten (entsprechend) die ursprünglichen Bestimmungen des Baurechtsvertrags. Die Aufteilung eines selbstständigen und dauernden Rechts ist im Rahmen der Abänderung der Dienstbarkeit (also des Rechts) zulässig, was auch von ADRIAN MÜHLEMATTER vertreten wird<sup>100</sup>. Er führt aus, dass die flächenmässige Aufteilung eines als Grundstück in das Grundbuch aufgenommenen Baurechts nebst den Messakten (Messurkunde und Mutationsplan gemäss Art. 25 Abs. 1 VAV) eines öffentlich beurkundeten Vertrags bedürfte, wobei mindestens die baurechtsbelastete und die baurechtsberechtigte Partei mitwirken müssten.

Dies wird im Handbuch der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern bekräftigt. Dort wird Folgendes festgehalten<sup>101</sup>:

«Selbstständige und dauernde Rechte (insbesondere SDR<sup>102</sup>-Baurechte) können nicht wie Liegenschaften «parzelliert» werden. Die Aufteilung eines SDR (insbesondere die flächenmässige Aufteilung eines SDR-Baurechts) kann hingegen im Rahmen einer formgültigen Abänderung des bisherigen Dienstbarkeitsvertrags erfolgen. Die flächenmässige Aufteilung eines SDR-Baurechts bedarf somit nebst Messurkunde und Situationsplan zur Planänderung eines öffentlich beurkundeten Vertrages, an dem mindestens die baurechtsbelastete und die baurechtsberechtigte Partei mitwirken.»

**o.** Auch CHRISTIAN BRÜCKNER und MATHIAS KUSTER gehen davon aus, dass Flächenveränderungen bei einer Baurechtsparzelle durch die Änderung des Baurechtsvertrags herbeigeführt werden können<sup>103</sup>. Wörtlich führen diese Autoren aus: «Wird die Baurechtsfläche geändert, so ist nicht nur der Baurechtsvertrag, sondern auch der amtliche Vermessungsplan anzupassen. Die Bestimmungen über die Teilung und Vereinigung von Grundstücken finden analog Anwendung.»<sup>104</sup>

**p.** Deutlich äussert sich<sup>105</sup> JONAS RÜEGG zur Aufteilung eines Baurechts. Er führt aus, dass die als Grundstücke in das Grundbuch aufgenommenen selbstständigen und dauernden Rechte real teilbar seien, sofern die entsprechenden Rechte eine flächenmässige Ausdehnung aufweisen. Als Beispiel nennt er ein als Grundstück in das Grundbuch aufgenommenes selbstständiges und dauerndes Baurecht, das geteilt und in mehrere selbstständige Teilrechte zerstückelt werden kann, über die der Baurechtsberechtigte verfügen kann.

**q.** JONAS RÜEGG stützt sich dabei auf zwei namhafte Lehrmeinungen. FRITZ OSTERAG<sup>106</sup> geht davon aus, dass es auch bei selbstständigen und dauernden Rechten, namentlich dem Baurecht, möglich sei, eine Teilung

<sup>101</sup> Vgl. Elektronisches Handbuch der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern für den Verkehr mit den Grundbuchämtern und die Grundbuchführung, Ziffer 3.7, S. 59.

<sup>102</sup> SDR = Selbstständige und dauernde Rechte.

<sup>103</sup> Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER / MATHIAS KUSTER, Die Grundstücksessäfte, Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker, Zürich / Basel / Genf 2016, Note 516.

<sup>104</sup> Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER / MATHIAS KUSTER (Fn. 103), Note 1558.

<sup>105</sup> Vgl. JONAS RÜEGG, Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken, Zürich / Basel / Genf 2014, S. 192, Note 517.

<sup>106</sup> Vgl. FRITZ OSTERAG, Berner Kommentar, Note 19 zu Art. 943 ZGB.

<sup>100</sup> Vgl. ADRIAN MÜHLEMATTER, Teilung und Vereinigung von Grundstücken, in: BN 2017

S. 37, Fn. 38.



vorzunehmen. Er führt aus, dass ein Baurecht, das auf einer grösseren Liegenschaft lastet, in Teilrechte zerstückelt werden könne. HANS LEEHMANN<sup>107</sup> geht auch davon aus, dass eine Teilung beim Baurecht als solchem möglich sei.

**r.** In der Tat gibt es keine Gerichtspraxis zur Aufteilung eines Baurechts im Rahmen der Abänderung eines Dienstbarkeitsvertrags. Diese Tatsache lässt sich leicht begründen. Die Rechtslage ist derart klar, dass es keine Streitigkeiten darüber gibt. Auch der Gesetzgeber, insbesondere bei der kürzlichen Teilrevision des Sachenrechts, hielt es nicht für notwendig, eine diesbezügliche Bestimmung im ZGB aufzunehmen. Die Aufteilung eines Baurechts ist kein neues sachenrechtliches Institut. Es handelt sich zugegebenermassen nicht um ein typisches Tagesgeschäft, welches den Grundbuchämtern routinemässig bekannt ist. Die Abänderung einer Dienstbarkeit besteht so lange, wie es Dienstbarkeiten gibt. Das Prinzip der Typengebundenheit ist durch die Aufteilung nicht verletzt.

**5.** Bei der Aufteilung des Baurechts handelt es sich um eine Änderung einer Dienstbarkeit, wobei der vorhandene Grundbucheintrag mit einem Zusatzbeleg ergänzt wird. Der Rang der Dienstbarkeit bleibt jedoch erhalten, wie dies von BETTINA HÜRIMANN-KAUP<sup>108</sup> dargelegt wird.

## Résumé

### Le droit de superficie dans le Code civil

Le droit de superficie présente de multiples facettes. Le droit civil et le droit public traitent tous deux du droit de superficie. En droit public, il se trouve principalement dans les règlements de construction, les plans de zone et, à un niveau supérieur, dans la loi sur l'aménagement du territoire.

Cet article traite du droit de superficie en droit civil, c'est-à-dire des dispositions y afférentes du Code civil. Il y est question de classer le droit de superficie dans le système des droits réels et de mettre en évidence certaines particularités. En outre, il y est question d'un récent arrêt du Tribunal fédéral relatif à la division d'un droit distinct et permanent de superficie. Un tel droit de superficie peut être divisé quant à la surface en accord avec le propriétaire foncier, à condition que le contenu de la servitude reste par ailleurs inchangé et que les droits à parité de rang ou en rangs postérieurs des tiers soient préservés. La durée minimale légale de 30 ans pour le nouveau droit de superficie ainsi créé ne doit pas être respectée.

<sup>107</sup> Vgl. HANS LEEHMANN, Berner Kommentar, Note 78 zu Art. 779 ZGB.  
<sup>108</sup> Vgl. BETTINA HÜRIMANN-KAUP (Fn. 96), BN 2013 S. 106 ff.