



Kommentar zu: Urteil: [5A_341/2019](#) vom 19. Oktober 2020, zur Publikation vorgesehen

Sachgebiet: Sachenrecht

Gericht: Bundesgericht

Spruchkörper: II. zivilrechtliche Abteilung

dRSK-Rechtsgebiet: Sachenrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Teilbarkeit von selbständigen und dauernden Baurechten

Kein Erfordernis der Mindestdauer von 30 Jahren (Art. 655 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB) für das im Umfang der ausgeschiedenen Fläche neu zu eröffnende Hauptbuchblatt

Autor / Autorin

Philipp Eberhard



Redaktor / Redaktorin

Barbara Graham-Siegenthaler



Christina Schmid-Tschirren



Im Urteil 5A_341/2019 vom 19. Oktober 2020 ging es um die Frage, ob Baurechte hinsichtlich Teilbarkeit den Liegenschaften gleichzustellen seien. Insbesondere war zu beurteilen, ob eine Änderung oder Neubegründung einer Baurechtsdienstbarkeit vorliege und ob die Bestimmungen über die Mindestdauer von selbständigen und dauernden Baurechten auch dann gelten, wenn die Vertragsparteien ein bestehendes, im Grundbuch eingetragenes Baurecht (bei Beibehaltung des Dienstbarkeitsinhalts sowie Wahrung der gleich- und nachrangigen Rechte Dritter) flächenmässig aufteilen wollen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut.

I. Sachverhalt

[1] Die Ortsbürgergemeinde U. ist Eigentümerin des Grundstücks LIG U./xxx. Sie errichtete an diesem Grundstück vier selbständige und dauernde Baurechte, die als Grundstücke in das Grundbuch aufgenommen wurden. Die am Baurecht Berechtigten sind die vier folgenden Parteien: die A. AG (SDR Nr. xxx-1), wobei deren selbständiges und dauerndes Baurecht eine Laufzeit bis 16. Mai 2038 aufweist, die B. AG (SDR Nr. xxx-2), die C. AG (SDR Nr. xxx-3) und die D. AG (SDR Nr. xxx-4).

[2] Die A. AG verfügte dabei über mehr Fläche als sie tatsächlich benutzte. Hingegen hatte die B. AG zusätzlichen Platzbedarf. Die beiden Baurechtsnehmerinnen und die Ortsbürgergemeinde einigten sich deshalb darauf, in Abänderung der seinerzeitigen Dienstbarkeitsverträge die Fläche der Baurechtsparzelle SDR Nr. xxx-1 der A. AG zu verkleinern, aus der frei werdenden Fläche die Baurechtsparzelle SDR Nr. xxx-5 zu errichten und diese der B. AG zuzuweisen. Die Rechtsgeschäfte wurden am 28. November 2017 öffentlich beurkundet.

[3] Am 14. Dezember 2017 meldete die mit der Verurkundung des Rechtsgeschäfts betraute Urkundsperson dieses beim Grundbuchamt V. als Mutation Nr. yyy zur Eintragung an. Am 19. Dezember 2017 wies das Grundbuchamt V. die Anmeldung ab. Zur Begründung führte das Grundbuchamt hauptsächlich vier Gründe an: (a) Ein selbständiges und dauerndes Baurecht könne nicht geteilt werden, (b) der Inhalt – als objektiv wesentlicher Punkt des Baurechts – werde in der Urkunde nicht umschrieben, (c) die vorgenommene Bereinigung der Dienstbarkeiten bzw. Vormerkungen sei nicht zulässig und (d) für ein Baurecht, welches weniger als 30 Jahre dauere, seien die Blattanlage und Pfanderrichtung nicht möglich.

[4] Die von der Ortsbürgergemeinde U., der A. AG und der B. AG dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Departement Volkswirtschaft und Inneres (DVI) des Kantons Aargau am 31. Mai 2018 abgewiesen. Zur Begründung führte das erkennende Departement zusammengefasst die folgenden fünf Punkte an: (a) Der ursprüngliche Dienstbarkeitsvertrag sehe keine vertragliche Aufteilung bzw. Abänderung vor, (b) die «Rollenverteilung» sei unklar (insbesondere sei unklar, wer das neue Baurecht errichte und wer Baurechtsberechtigter und –belasteter sei), (c) gewisse ungewöhnliche Formulierungen (wie bspw. dass «das neue Baurecht [...] inhaltlich mit dem bereits bestehenden Baurecht der B. AG [...] korrespondieren soll») würden eine sachenrechtlich eindeutige Umschreibung vermissen lassen, (d) selbständige und dauernde Baurechte könnten nicht wie Liegenschaften geteilt oder vereinigt werden und (e) die Mindestdauer von 30 Jahren sei zu berücksichtigen.

[5] Die dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Verwaltungsgericht des Kantons Aargau mit Urteil vom 27. März 2019 abgewiesen.

[6] Am 26. April 2019 gelangten die Ortsbürgergemeinde U., die A. AG und die B. AG mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht und beantragten, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Sache sei zur Neu Beurteilung an das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau zurückzuweisen. Im Eventualstandpunkt verlangten sie, das Grundbuchamt V. sei anzuweisen, die öffentliche Urkunde bzw. die Mutation Nr. yyy im Grundbuch einzutragen.

[7] Das Bundesgericht wies die Beschwerde gut, hob das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 27. März 2019 auf und wies die Sache zu neuem Entscheid an das Verwaltungsgericht zurück.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

[8] Bezug nehmend auf die Erwägungen des Verwaltungsgerichts wies das Bundesgericht darauf hin, das Verwaltungsgericht gehe davon aus, die Aufteilung eines Baurechtsgrundstücks führe zur Errichtung eines weiteren selbständigen und dauernden Rechts. Für die Aufnahme einer neuen Baurechtsparzelle ins Grundbuch würde vorausgesetzt, dass die Vertragsparteien für diese eine Mindestdauer von 30 Jahren vorsähen. Die neu zu errichtende Baurechtsparzelle erfülle diese Voraussetzungen nicht, weshalb die vereinbarte Aufteilung des Baurechtsgrundstücks nicht eintragungsfähig sei (E. 2.1).

[9] Die Beschwerdeführerinnen hätten sich in ihren Ausführungen im Wesentlichen auf Ziff. 3.7 des Handbuchs für den Verkehr mit den Grundbuchämtern und die Grundbuchführung der Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern, als kantonale Aufsichtsbehörde über das Grundbuchwesen, bezogen. Dieser Ziffer folgend könnten selbständige und dauernde Rechte nicht im eigentlichen Sinn «parzelliert» werden. Möglich sei jedoch eine Aufteilung eines selbständigen und dauernden Rechts – insbesondere die flächenmässige Aufteilung eines selbständigen und dauernden Baurechts – im Rahmen einer formgültigen Abänderung des bisherigen Dienstbarkeitsvertrags. Die flächenmässige Aufteilung eines selbständigen und dauernden Baurechts bedürfe somit, nebst Messurkunde und Situationsplan zur Planänderung, eines öffentlich beurkundeten Vertrags, an dem mindestens die baurechtsbelastete und die baurechtsberechtigte Partei mitwirken würden (E. 2.2). Betreffend Ziff. 3.7. dieses Handbuchs hätte das Bundesamt für Justiz die Ansicht vertreten, dass die diesbezüglichen Ausführungen knapp und wenig aufschlussreich seien (E. 2.3).

[10] Die Geschäftsleitung der Grundbuchämter des Kantons Bern hätte zu Ziff. 3.7 des Handbuchs zusammengefasst ausgeführt, dass die flächenmässige Aufteilung einer selbständigen und dauernden Baurechtsdienstbarkeit zur Begründung (mindestens) eines zusätzlichen Baurechts und damit in der Regel zur Eröffnung eines neuen Hauptbuchblattes führe, dass das Erfordernis der Mindestdauer von 30 Jahren für das im

Umfang der ausgeschiedenen Fläche neu eröffnete Hauptbuchblatt nicht erfüllt sein müsse und dass diese Bestimmungen nur im Fall einer rangbewahrenden Abänderung der Dienstbarkeit gälten (E. 2.4).

[11] In Bezug auf die Vorbringen des Bundesamts hätten die Beschwerdeführerinnen entgegnet, dass das Bundesamt weder Gesetzesbestimmungen noch öffentliche oder private Interessen, die gegen eine Aufteilung eines selbständigen und dauernden Baurechts sprächen, angeführt hätten. Vielmehr hätte das Bundesamt im Rahmen seiner Oberaufsicht über das Grundbuchwesen die bewährte Berner Praxis nie beanstandet (E. 2.5).

[12] Das Bundesgericht fügte in seiner Begründung im Folgenden diverse Ausführungen sachenrechtlicher Natur zum Inhalt und Bestand der selbständigen und dauernden Rechte i.S.v. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 [ZGB](#) aus (E. 3.1–3.4).

[13] In diesem Zusammenhang betonte es insbesondere, dass mit der Unterstellung der selbständigen und dauernden Rechte unter die Bestimmungen über die unbeweglichen Sachen sich der Gesetzgeber einer gesetzlichen Fiktion bedient habe: Damit fingiere das Gesetz, dass die selbständigen und dauernden Rechte Grundstücke seien und vom Rechtsanwender so angesehen werden sollten, «als ob» sie Grundstücke im eigentlichen Sinne darstellten (E. 3.5).

[14] Demnach habe das selbständige und dauernde Baurecht in jedem Fall – wie eine Liegenschaft – eine in Quadratmeter erfassbare räumliche Ausdehnung, indem es die Bodenparzelle insgesamt oder nur einen Teil davon belaste. Sodann könne es aber, anders als alle anderen Grunddienstbarkeiten, wie eine Liegenschaft, mit Grund- oder Personaldienstbarkeiten – namentlich mit einem selbständigen und dauernden Baurecht oder auch mit Grundpfandrechten – belastet werden und wie eine Liegenschaft als Stammgrundstück für die Begründung von Stockwerkeigentum dienen. Bei dieser Ausgangslage sei nicht ersichtlich, inwiefern im Rahmen der gesetzlichen Fiktion die fehlende Körperlichkeit des Gegenstandes eine Teilung des selbständigen und dauernden Baurechts ausschliessen solle bzw. weshalb das selbständige und dauernde Baurecht nicht auch hinsichtlich der Teilung einer Liegenschaft im Sinn von Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB solle gleichgestellt werden können (E. 4.3).

[15] Die Beschwerdeführerinnen stellten sich auf den Standpunkt, dass in casu die Minstdauer des Baurechts von 30 Jahren kein massgebliches Kriterium darstellen könne. Inhaltlich würde keine Begründung eines neuen, selbständigen und dauernden Baurechts vorliegen, sondern eine Änderung einer bestehenden Dienstbarkeit. Dabei sei von Relevanz, ob sich die Umgestaltung der Dienstbarkeit auf gleich- oder nachrangige grundbuchliche Rechte auswirke oder nicht. Wenn sich die Umgestaltung – wie in casu erfolgt – auf die gleich- oder nachrangigen grundbuchlichen Rechte nicht auswirke, würde keine neue Dienstbarkeit begründet (E. 5.1).

[16] Das Bundesgericht wies darauf hin, dass die Beschwerdeführerinnen die flächenmässige Aufteilung einer bestehenden Baurechtsdienstbarkeit beabsichtigten, welche sich auf gleich- und nachrangige Rechte nicht auswirke und der Inhalt der Dienstbarkeit – mit Ausnahme der flächenmässigen Aufteilung – unverändert bleibe. Diesbezüglich betonte das Bundesgericht unter Einbezug der entsprechenden Stimmen aus der Lehre, dass mit diesem Vorgehen das mit der Baurechtsdienstbarkeit belastete Grundstück weder eine Ent- noch eine zusätzliche Belastung oder Erschwerung erfahre und sich aus der Sicht des Baurechtsgebers die Situation unverändert darstelle, weshalb in diesem Vorgehen keine (Neu-)Begründung einer Baurechtsdienstbarkeit zu erblicken sei (E. 5.7).

[17] Das Bundesgericht setzte sich im Folgenden insbesondere mit der Frage auseinander, welche Rolle die gesetzliche Minstdauer im vorliegenden Kontext spielt und prüfte in diesem Zusammenhang, ob die Bestimmungen über die Minstdauer von selbständigen und dauernden Rechten auch dann gelten, wenn die Vertragsparteien ein bestehendes, im Grundbuch eingetragenes Baurecht flächenmässig aufteilen wollen, dabei aber den Inhalt der Dienstbarkeit im Übrigen unverändert beibehalten und die gleich- und nachrangigen Rechte Dritter wahren (E. 6).

[18] Das Bundesgericht folgerte, dass das Erfordernis der Minstdauer von 30 Jahren für das im Umfang der ausgeschiedenen Fläche neu zu eröffnende Hauptbuchblatt nicht erfüllt sein müsse, wenn ein bestehendes selbständiges und dauerndes Baurecht flächenmässig aufgeteilt werde, der Inhalt der Dienstbarkeit im Übrigen unverändert bleibe und die gleich- und nachrangigen Rechte Dritter gewahrt würden (E. 6.6).

[19] Vor diesem Hintergrund erwies sich die Beschwerde als begründet, weshalb das angefochtene Urteil aufzuheben war. Da das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau die weiteren, im kantonalen Verfahren umstrittenen Voraussetzungen für die Eintragung des angemeldeten Geschäfts nicht geprüft hatte, wurde die Sache antragsgemäss an das Verwaltungsgericht zur Überprüfung dieser Voraussetzungen zurückgewiesen (E. 7).

III. Kommentar

(a) Zur Gleichstellung der Liegenschaften (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB) und der selbständigen und dauernden (Bau-)Rechte (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) hinsichtlich Teilbarkeit

[20] Das ZGB legt in seinem neunzehnten Titel betreffend das Grundeigentum in Art. 655 Abs. 1 ZGB fest, dass *Grundstücke* Gegenstand des Grundeigentums sind. Zu den Grundstücken gehören nach Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB auch *die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte*. Damit lässt sich aus der Systematik des Gesetzes erkennen, dass der Gesetzgeber mit der äusseren Gliederung des Gesetzes – die Einordnung der selbständigen und dauernden Rechte unter das Grundeigentum – eine *Gleichstellung* der verschiedenen Kategorien von Grundstücken – Liegenschaften, in das Grundbuch aufgenommene selbständige und dauernde Rechte, Bergwerke, Miteigentumsanteile an Grundstücken – beabsichtigte (vgl. FLURINA HITZ, Das Baurecht als selbstständiges und dauerndes Recht, Konstruktion aus dinglichen und obligatorischen Rechtspositionen, Diss. Zürich 2017, N 135). Ergänzend hält Art. 655 Abs. 3 Ziff. 1 und 2 ZGB fest, dass *eine Dienstbarkeit an einem Grundstück* als selbstständiges und dauerndes Recht in das Grundbuch aufgenommen werden kann, wenn sie weder zugunsten eines berechtigten Grundstücks noch ausschliesslich zugunsten einer bestimmten Person errichtet und *auf wenigstens 30 Jahre oder auf unbestimmte Zeit* begründet ist.

[21] In methodischer Hinsicht wird in der Literatur angemerkt, dass Art. 655 ZGB *keine Lücke* darstellt und infolgedessen – in Abweichung der vom Bundesgericht postulierten analogen Anwendung, wie dies das Bundesgericht in BGE [118 II 115](#) bspw. wiederholt – die Bestimmungen über das Grundeigentum auf die selbständigen und dauernden Rechte *nicht analog* anzuwenden sind: Art. 655 ZGB erfasst die selbständigen und dauernden Rechte vom Wortlaut mit der Folge, dass die Bestimmungen über das Grundeigentum *direkt* auf die selbständigen und dauernden Rechte angewandt werden können und sollen (so HITZ, a.a.O., N 135).

[22] Selbständige und dauernde Rechte an Grundstücken werden gemäss Art. 943 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB und Art. 22 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 [GBV](#) als *Grundstücke* in das Grundbuch aufgenommen. Dabei erhält nach Art. 945 Abs. 1 ZGB *jedes Grundstück* im Hauptbuch ein *eigenes Blatt* und eine *eigene Nummer*. Grundsätzlich wird demnach für jedes unter Art. 655 Abs. 2 ZGB subsumierbare Grundstück ein eigenes Hauptbuchblatt angelegt, was zur Folge hat, dass – abgesehen von den Kollektivblättern i.S.v. Art. 947 ZGB – auf *jedem Hauptbuchblatt* nur *ein Grundstück* dargestellt werden kann (JÜRGEN SCHMID, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019, Art. 945 N 7).

[23] Jedoch wird in der Rechtsprechung und in der Literatur darauf hingewiesen, dass die als Grundstücke in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte *keine Grundstücke im eigentlichen Sinne* darstellen, da die selbständigen und dauernden Rechte – dies im Gegensatz zum ansonsten klaren Wortlaut von Art. 655 Abs. 1 ZGB – *nicht zum Gegenstand des Grundeigentums* werden, wobei jedoch durch die Aufnahme dieser Rechte als Grundstücke im Grundbuch bspw. ein Baurecht zum *tauglichen Rechtsverkehrsobjekt* und vor diesem Hintergrund in bestimmter Hinsicht dennoch als Grundstück behandelt wird (so HITZ, a.a.O., N 139 m.H. auf BGE [118 II 115](#) E. 2; vgl. LORENZ STREBEL, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019, Art. 655 N 9 und 11; STEPHAN WOLF/WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019, Vor Art. 641 ff. ZGB N 15; PETER LIVER, Das Eigentum, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, 5. Band, Sachenrecht, 1. Halbband, Basel/Stuttgart 1977, S. 123; DIETER ZOBL, Grundbuchrecht, 2. Aufl., Zürich 2004, N 182).

[24] In Bezug auf Baurechte gilt es in diesem Zusammenhang anzumerken, dass diese auch als *Grunddienstbarkeiten* errichtet werden können, sofern durch ihre Ausübung das belastete Grundstück nicht jeder

Benutzung durch den Eigentümer entzogen wird (dazu PETER LIVER, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Teilband IV/1c: Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Art. 730–792 ZGB, 2. Aufl., Zürich 1980 [zit. ZK-LIVER], Art. 730 N 14). Dabei ist zu beachten, dass ein Baurecht, welches die Überbauung eines ganzen Grundstücks ermöglicht, «dem Grundsatz der Begrenztheit des Umfanges der Belastung, welcher für die Grunddienstbarkeiten und für die irregulären Personaldienstbarkeiten nach Art. 781 gilt», widerspricht (ZK-LIVER, Art. 730 N 15). Die Zuordnung der Baurechte zu den Grunddienstbarkeiten rechtfertigt sich auch deshalb, weil ein Baurecht «in der Verknüpfung mit dem Eigentum an einem herrschenden Grundstück nicht eine schwerere Belastung darstellt und seine Dauer ebensogut begrenzt werden kann wie wenn es eine Personaldienstbarkeit ist» (ZK-LIVER, Art. 730 N 15). Wie dies im Schrifttum richtigerweise betont wird, stellt das Baurecht unter den Dienstbarkeiten jedoch eine *Ausnahmeerscheinung* dar (vgl. ZK-LIVER, Art. 730 N 15).

[25] Vor diesem Hintergrund ist das selbständige und dauernde Baurecht den Grundstücken im eigentlichen Sinne grundsätzlich *gleichgestellt*, was Auswirkungen auf seine Stellung im Rechtsverkehr hat (dazu BGE [135 III 103](#)). So kann ein selbständiges und dauerndes Baurecht verkauft bzw. verschenkt werden oder mit einem selbständigen und dauernden Baurecht – in diesem Fall also mit einem Unterbaurecht – bzw. mit Grundpfandrechten belastet werden (vgl. BGE [127 III 300](#) E. 5a S. 303; BGE [118 II 115](#) E. 2 S. 118; BGE [92 I 539](#) E. 2 S. 544; vgl. PETER LIVER, Über die Baurechtsdienstbarkeit, in: ZBJV 94/1958, S. 387; JOSEPH STOECKLIN, Die Begründung von Baurechten unter Bedingungen und Auflagen sowie Beschränkungen des Inhalts und der Übertragbarkeit, Bern 1956, S. 40 ff.). Da jedoch die selbständigen und dauernden Rechte durch die *gesetzgeberische Fiktion* nicht zu Grundstücken – also zu Sachobjekten – werden, an denen Eigentum begründet werden könnte, sind die Bestimmungen über die Grundstücke (dies im Unterschied zur Meinung von HITZ, a.a.O., N 135) auf sie nur analog anwendbar, «indem den Besonderheiten ihres Charakters als Dienstbarkeitsrechte Rechnung getragen wird» (BGE [118 II 115](#) E. 2 S. 118).

[26] Ein selbständiges und dauerndes Recht an Grundstücken behält seinen Charakter als Dienstbarkeit auch nach seiner Aufnahme als Grundstück in das Grundbuch: Es ist und bleibt ein *Recht* und wird nicht zu *einer Sache* (JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl., Zürich 2017, N 418). Solche Rechte werden demnach als Dienstbarkeiten qualifiziert und werden lediglich vom Gesetz *in bestimmter Art und Weise* wie Liegenschaften behandelt (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., N 1333; vgl. BGE [127 III 300](#) E. 5a/aa S. 303). Damit ist auch gesagt, dass ein selbständiges und dauerndes Baurecht den Liegenschaften *nicht vollkommen gleichgestellt* ist. So ist etwa anerkannt, dass ein selbständiges und dauerndes Baurecht – im Unterschied zu einer Liegenschaft – *nicht derelinquiert* werden kann (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., N 1333; HITZ, a.a.O., N 152; vgl. dazu BGE [118 II 115](#) E. 2 S. 118).

[27] An der Qualifikation des selbständigen und dauernden Baurechts als Dienstbarkeit ändert, wie gesagt, auch die *Aufnahme des Baurechts als Grundstück in das Grundbuch* nichts: Als beschränktes dingliches Recht belastet das Baurecht stets ein Grundstück und stellt infolgedessen eine Beschränkung des Grundeigentums dar, weshalb am gleichen Grundstück nicht zwei getrennte Eigentümerpositionen bestehen können (HITZ, a.a.O., N 151). Im Schrifttum wird vor diesem Hintergrund denn auch der korrekte Schluss gezogen, dass «die vollständige Gleichstellung des selbstständigen und dauernden, als Grundstück im Grundbuch aufgenommenen Baurechts mit dem Eigentumsrecht ausgeschlossen» ist (HITZ, a.a.O., N 151). Die Grenze der Anwendbarkeit der Bestimmungen wird durch zwei Parameter konkretisiert: Einerseits durch den *Dienstbarkeitscharakter*, andererseits durch die *fehlende Körperlichkeit* des Baurechts (HITZ, a.a.O., N 151).

[28] Hinsichtlich der Frage nach der Teilung eines selbständigen und dauernden Baurechts ist folglich zu berücksichtigen, dass – wie dargelegt – die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte so zu qualifizieren sind, «als ob» sie Grundstücke wären. Dass selbständige und dauernde Baurechte wie Liegenschaften unter die Grundstücke einzuordnen sind, zeigt sich auch daran, dass ihr *Inhalt* und *Umfang* gestützt auf Art. 779b Abs. 1 ZGB hinsichtlich Lage, Gestalt, Ausdehnung und Zweck sowie Benutzung nicht überbauter Flächen zu erfassen und somit – ähnlich bzw. gleich – wie Grundstücke bzw. Liegenschaften zu behandeln sind. Wie das Bundesgericht in casu in E. 4.3 in nachvollziehbarer Weise dargelegt hat, steht der Teilbarkeit von Baurechten die *fehlende Körperlichkeit* des Gegenstands *nicht* entgegen.

(b) Zum Erfordernis der Mindestdauer von 30 Jahren für das im Umfang der ausgeschiedenen Fläche neu

zu eröffnende Hauptbuchblatt

[29] Unter den Parteien war zunächst umstritten, ob es vorliegend inhaltlich um die *Begründung eines neuen selbständigen und dauernden Baurechts* gehe, oder ob ein Fall einer *Änderung einer bestehenden Dienstbarkeit* vorliege.

[30] Nach der Regel von Art. 964 Abs. 1 ZGB bedarf es zur Abänderung eines Eintrages einer schriftlichen Erklärung der aus dem Eintrage berechtigten Personen. Somit können die an einem Dienstbarkeitsvertrag beteiligten Parteien diesen – und infolgedessen auch das Recht als solches – abändern. Dabei haben sie zu beachten, dass grundbuchliche Verfügungen wie Änderungen gestützt auf Art. 965 Abs. 1 ZGB nur aufgrund eines Ausweises über das Verfügungsrecht und den Rechtsgrund vorgenommen werden dürfen. Sieht das Gesetz also nichts anderes vor, gelten die genannten Abänderungsmodalitäten auch für Baurechtsdienstbarkeiten.

[31] Die Frage, wann eine *Änderung* einer Dienstbarkeit vorliegt, wird im Schrifttum diskutiert (vgl. dazu E. 5.6.2–5.6.6 m.H.). Hervorzuheben ist, dass gewisser Ansicht nach eine Änderung einer Dienstbarkeit dann vorliegt, wenn – *trotz der Modifikation* – das *Datum* und der *Rang* des entsprechenden Rechts unverändert bleiben (dazu BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Die Änderung von Dienstbarkeiten – ausgewählte Fragen, in: Berner Notar 2013, S. 106). Wenn nun die am Dienstbarkeitsvertrag beteiligten Parteien eine bestehende Dienstbarkeit umgestalten, sodass jedoch deren Datum und Rang trotz vorgenommener Umgestaltung unverändert bleiben, dann liegt eine *Abänderung* – und eben *keine (Neu-)Begründung* – einer Dienstbarkeit vor (HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., S. 106). Notwendig für die Änderung der Dienstbarkeit ist ein Vertrag, der auf die Änderung des bestehenden beschränkten dinglichen Rechts lautet (HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., S. 120). Im vorliegenden Sachverhalt soll eine bestehende Baurechtsdienstbarkeit – ohne Einfluss auf die gleich- und nachrangigen Rechte sowie auf den Inhalt der Dienstbarkeit – flächenmässig aufgeteilt werden. Dies stellt – wie oben dargelegt und vom Bundesgericht in E. 5.7 richtig festgestellt – *keine Begründung* einer Baurechtsdienstbarkeit dar.

[32] Unter den Parteien war sodann die Frage umstritten, ob die temporalen Bestimmungen über die *Mindestdauer* von selbständigen und dauernden Rechten auch in denjenigen Fällen Anwendung finden, in denen die Parteien ein *bereits bestehendes, im Grundbuch eingetragenes Baurecht* einer *flächenmässigen Aufteilung* – bei unverändertem Dienstbarkeitsinhalt und Wahrung der gleich- und nachrangigen Rechte Dritter – unterziehen wollen.

[33] Das Bundesgericht hat vorliegend betont, dass zur Beantwortung dieser Frage insbesondere der Zweck, der mit der Mindestdauer verfolgt wird, genauer zu betrachten ist (so in E. 6.1). Dabei geht das Bundesgericht davon aus, dass ein Baurecht «in Verkehr gesetzt» ist, sobald es einmal *für die vorgesehene Minimaldauer begründet* worden ist (vgl. E. 6.4). Für eine anschliessende Abänderung – wie dies vorliegend der Fall ist – muss dann die gesetzliche Mindestdauer keinen Bestand (mehr) haben, damit das Baurecht *im Grundbuch eingetragen werden kann*: «Wenn sodann die gleich- und nachrangigen Rechte Dritter trotz Umgestaltung der Dienstbarkeit erhalten bleiben, gehen auch die grundpfandrechtlich geschützten Gläubiger ihrer Sicherheit nicht verlustig.» (E. 6.4).

[34] Dass die gesetzliche Mindestdauer von Art. 655 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB nicht in jedem Fall zum Tragen kommt, zeigt sich auch im Zusammenhang mit einer *Teilung der mit einem selbständigen und dauernden Baurecht belasteten Liegenschaft*. Wird nach Art. 153 Abs. 1 GBV die Teilung eines Grundstücks angemeldet, so wird das *bisherige Hauptbuchblatt* in der Regel für einen Teil weitergeführt. Soweit die anderen Teile nicht mit angrenzenden Grundstücken vereinigt werden, werden für sie gemäss Art. 153 Abs. 2 GBV *neue Hauptbuchblätter* eröffnet.

[35] Die Dienstbarkeiten bestehen gestützt auf Art. 743 Abs. 1 ZGB auf allen Teilen weiter, wenn das berechnigte oder belastete Grundstück geteilt wird. Beschränkt sich dabei die Ausübung der Dienstbarkeit nach den Belegen oder den Umständen auf einzelne Teile, so ist sie nach Art. 743 Abs. 2 ZGB auf den nicht betroffenen Teilen zu löschen. Ein *bestehendes selbständiges und dauerndes Baurecht* verbleibt im *bisherigen Hauptbuchblatt* und wird zudem auch in das entsprechende *neue Hauptbuchblatt* eingetragen, wenn die Teilung der Liegenschaft den vom selbständigen und dauernden Baurecht erfassten Teil der Liegenschaft tangiert. Eine Baurechtsdienstbarkeit wird nach der Regel von Art. 98 Abs. 1 GBV in die Abteilung «Dienstbarkeiten» des Hauptbuchblatts des belasteten Grundstücks eingetragen. Dabei enthält der Eintrag gemäss Art. 98 Abs. 2 lit. d Ziff. 2 ZGB auf dem Hauptbuchblatt die Angabe, dass es sich um ein selbständiges und dauerndes Recht handelt.

[36] Bei der Aufnahme von selbständigen und dauernden Baurechten geschieht die Aufnahme nach Art. 22 Abs. 2 GBV durch Eröffnung eines (neuen) Hauptbuchblatts und durch eine Grundstücksbeschreibung, unter Angabe der Bezeichnung des belasteten Grundstücks und gegebenenfalls der Dauer des Rechts. Dabei bleibt gemäss Bundesgericht die *initial festgelegte Dauer des selbständigen und dauernden Baurechts unverändert* und eine Eintragung hat selbst dann zu erfolgen, wenn die *verbleibende Laufzeit* die Minimaldauer von 30 Jahren *unterschreitet* (vgl. E. 6.5.1 in fine).

(c) Praxisrelevante Schlussfolgerungen

[37] Nach der gesetzlichen Fiktion von Art. 655 ZGB sollen die selbständigen und dauernden Rechte vom Rechtsanwender so aufgefasst werden, «als ob» sie Grundstücke im eigentlichen Sinne wären. Ein Baurecht hat – wie eine Liegenschaft – eine in Quadratmeter erfassbare räumliche Ausdehnung, kann wie eine Liegenschaft mit einem selbständigen und dauernden Baurecht oder mit Grundpfandrechten belastet werden und kann – ebenfalls wie eine Liegenschaft – als Stammgrundstück für die Begründung von Stockwerkeigentum dienen (vgl. E. 4.3). Auch wenn es dem Baurecht an der Körperlichkeit des Gegenstandes fehlt, ist das selbständige und dauernde Baurecht gemäss Bundesgericht hinsichtlich Teilung einer Liegenschaft i.S.v. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB gleichzustellen (vgl. E. 4.3).

[38] Die Frage nach der Geltung der gesetzlichen Mindestdauer von selbständigen und dauernden Baurechten, wenn die Parteien ein bestehendes, im Grundbuch eingetragenes Baurecht flächenmässig aufteilen wollen (bei unverändertem Dienstbarkeitsinhalt und Wahrung gleich- und nachrangiger Drittrechte), hat das Bundesgericht treffend folgendermassen beantwortet: «Wird ein bestehendes und dauerndes Baurecht flächenmässig aufgeteilt, bleiben der Inhalt der Dienstbarkeit im Übrigen unverändert und die gleich- und nachrangigen Rechte Dritter gewahrt, muss das Erfordernis der Mindestdauer von 30 Jahren für das im Umfang der ausgeschiedenen Fläche neu zu eröffnende Hauptbuchblatt nicht erfüllt sein.» (E. 6.6).

[39] Der vorliegende Entscheid greift zentrale Fragen im Zusammenhang mit der Teilbarkeit von Baurechtsdienstbarkeiten auf, die in der sachenrechtlichen Praxis von Relevanz sind. Der Entscheid, der sich auf einen Sachverhalt aus dem Kanton Aargau stützt, bestätigt die bisherige Praxis der Grundbuchämter des Kantons Bern und führt damit zu einer landesweiten Vereinheitlichung (dazu ROLAND PFÄFFLI/MASCHA SANTOSCHI-KALLAY, Ein Baurecht kann geteilt werden, in: Schweizerischer Hauseigentümer 22/2020, S. 9). Der Entscheid ist in methodischer Hinsicht nachvollziehbar aufgebaut, in der Begründung in jeder Hinsicht schlüssig und infolgedessen nach der hier vertretenen Ansicht auch im Ergebnis richtig.

PHILIPP EBERHARD, MLaw, Rechtsanwalt, Universität Luzern.

Zitiervorschlag: Philipp Eberhard, Teilbarkeit von selbständigen und dauernden Baurechten, in: dRSK, publiziert am 28. Januar 2021

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch