

# Die flächenmässige Aufteilung von Baurechten

Wird ein selbständiges und dauerndes Baurecht flächenmässig aufgeteilt, dessen Inhalt aber im Übrigen nicht verändert, und werden die Rechte Dritter nicht beeinträchtigt, so kann laut dem Bundesgericht die ausgeschiedene Fläche als Baurechtsparzelle ins Grundbuch eingetragen werden, ohne dass eine Mindestdauer von 30 Jahren (Art. 655 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB) vorausgesetzt wird.

*Si un droit de superficie distinct et permanent est divisé, mais que son contenu n'est pas autrement modifié et que la division ne porte pas atteinte aux droits de tiers, l'étendue de l'assiette peut être inscrite au registre foncier, selon le Tribunal Fédéral, comme parcelle de droit de superficie sans qu'une durée minimale de 30 ans ne soit nécessaire (art. 655 al. 3 ch. 2 CC).*

BGE 147 III 1 ff.; Pra 2021, Nr. 26

**Jörg Schmid**, Dr. iur., Professor an der Universität Luzern  
**Nuria Montero**, MLaw, Luzern<sup>1</sup>

## Der Fall

(252) Die aargauische Ortsbürgergemeinde U. ist Eigentümerin einer Liegenschaft, auf welcher vier selbständige und dauernde Baurechte lasten, die als Grundstücke in das Grundbuch aufgenommen sind. Während die Baurechtsnehmerin A. über mehr Fläche verfügt, als sie benötigt, mangelt es der Baurechtsnehmerin B. an Platz. Daher einigten sich A. und B. mit der Eigentümerin in einem öffentlich beurkundeten Vertrag, die Baurechtsparzelle der A. zu verkleinern, auf der frei werdenden Fläche eine fünfte Baurechtsparzelle zu errichten und diese der B. zuzuweisen. Das Grundbuchamt wies die Eintragung des öffentlich beurkundeten Rechtsgeschäfts ab, unter anderem mit der Begründung, das Baurecht sei für weniger als 30 Jahre vorgesehen und könne daher nicht als «dauernd» angesehen werden. Auf Beschwerde hin bestätigten das zuständige Departement sowie das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau diese Abweisungsverfügung. Gegen den verwaltungsgerichtlichen Entscheid erhoben die Gemeinde U., A. und B. Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht – mit Erfolg.<sup>2</sup>

## Der Entscheid

Das Bundesgericht ruft vorweg in Erinnerung, dass das (als Grundstück) ins Grundbuch aufgenommene selbständige und dauernde Baurecht vom Gesetz (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) in

Bezug auf seine Stellung im Rechtsverkehr den Grundstücken im eigentlichen Sinn gleichgestellt, mittels einer gesetzlichen Fiktion also weitgehend wie eine Liegenschaft behandelt wird (E. 3.5 und 3.6). Die Bestimmungen über die Liegenschaften sind lediglich dann nicht anzuwenden, wenn sie nicht mit dem dienstbarkeitsrechtlichen Charakter und der fehlenden Körperlichkeit des Baurechts vereinbar sind (E. 3.7). Da das Baurecht auf einer Bodenparzelle insgesamt oder zu einem Teil ausgeübt wird, also – wie eine Liegenschaft – eine in Quadratmetern erfassbare räumliche Ausdehnung aufweist, mit weiteren Dienstbarkeiten und mit Grundpfandrechten belastet wird und als Stammparzelle für die Errichtung von Stockwerkeigentum dienen kann, sieht das Bundesgericht keinen Grund, das Baurecht nicht auch hinsichtlich der Teilung wie eine Liegenschaft zu behandeln. Die von den Beschwerdeführerinnen angestrebte flächenmässige Aufteilung ist unter diesem Gesichtspunkt mithin grundsätzlich als zulässig zu erachten (E. 4.3).

Der Vertrag der Beschwerdeführerinnen erschöpft sich allerdings nicht in der flächenmässigen Aufteilung des Baurechts, sondern sieht auch vor, dass für die frei werdende Fläche ein neues, bis 16. Mai 2038 dauerndes Baurecht geschaffen, das heisst, ein neues Hauptbuchblatt eröffnet werden soll.<sup>3</sup> Zu prüfen ist, ob hierfür die dreissigjährige Mindestdauer nach Art. 655 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB eingehalten werden muss (E. 4.3 in fine und E. 6). Nach der Auffassung der Beschwerdeführerinnen ist diese Mindestfrist nur bei der Begründung eines selbständigen und dauernden Baurechts zu beachten, nicht aber bei dessen Änderung (E. 5.1). Der vertraglichen Abänderung von Dienstbarkeiten steht grundsätzlich nichts entgegen, wie das Bundesgericht vorweg klarstellt (E. 5.4). Doch muss geprüft werden, ob in casu eine *Neubegründung* oder bloss eine *Änderung* eines Baurechts vorliegt (E. 5.5 ff.). Die Abgrenzung, zu der sich ZGB und Grundbuchverordnung nicht äussern, ist bis anhin in der Lehre «eher kursorisch» behandelt worden. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, die das Bundesgericht besonders hervorhebt, definiert die Änderung als Umgestaltung einer Dienstbarkeit unter Wahrung von Rang und Datum (E. 5.6.6).<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Die Autoren danken Herrn lic. iur. J. UNTERNÄHRER, Grundbuchverwalter, Grundbuchamt Luzern West, für die freundlichen Hinweise zur luzernischen Grundbuchpraxis.

<sup>2</sup> Im bundesgerichtlichen Verfahren lud das Bundesgericht das Bundesamt für Justiz (Oberaufsicht im Grundbuchwesen) zu einer Vernehmlassung und die Geschäftsleitung der Grundbuchämter des Kantons Bern zur Beantwortung dreier Fragen ein (Sachverhalt lit. D und E. 2.4). Diese Fragen bezogen sich auf Ziffer 3.7 des Handbuchs für den Verkehr mit den Grundbuchämtern und die Grundbuchführung des Kantons Bern (das Handbuch findet sich unter anderem im Internet: Handbuch für den Verkehr mit den Grundbuchämtern und die Grundbuchführung [be.ch], Version 32/Bearbeitungsstand 24. September 2020; besucht am 17. März 2021).

<sup>3</sup> Die Dauer entspricht der Laufzeit des bisherigen Baurechts von A. (vgl. Sachverhalt lit. A.a).

<sup>4</sup> Das Gericht verweist auf B. HÜRLIMANN-KAUP, Die Änderung von Dienstbarkeiten – ausgewählte Fragen, BN 2013, S. 103 ff.

Nach dem streitigen Vertrag der Parteien soll die Dienstbarkeit flächenmässig aufgeteilt werden, ohne dass deren Inhalt weitergehend modifiziert wird und ohne dass sich Auswirkungen auf die gleich- oder nachrangigen Rechte Dritter ergeben; die rechtliche Situation des belasteten Grundstücks wird durch die Aufteilung weder verbessert noch verschlechtert. Ein solches Vorgehen ist gemäss Bundesgericht nicht als Neubegründung, sondern lediglich als Abänderung eines bestehenden Baurechts einzustufen (E. 5.7). Es untersucht sodann, ob die gesetzlich festgelegte Mindestdauer auch bei der Neuaufnahme eines flächenmässig aufgeteilten Baurechts ins Grundbuch vorausgesetzt wird, und fragt nach dem Zweck, den das Gesetz mit der Mindestdauer verfolgt (E. 6). Nach der Lehre dient sie der Verkehrsfähigkeit des Baurechts sowie dem Schutz allfälliger Pfandgläubiger. Daraus folgert das Bundesgericht, die gesetzliche Mindestdauer sei auf die Neubegründung einer Dienstbarkeit zugeschnitten, nicht aber auf eine flächenmässige Abänderung, wie sie hier vorliegt (E. 6.3–6.6). In solchen Fällen darf keine Mindestdauer des Baurechts von 30 Jahren für die Eröffnung eines neuen Hauptbuchblattes vorausgesetzt werden (E. 6.6). Die Beschwerde wird daher gutgeheissen und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit diese weitere Eintragungsvoraussetzungen prüft, die in casu streitig sind (E. 7 und Sachverhalt lit. B.).

Zudem – so argumentiert das Bundesgericht – wird die dreissigjährige Mindestlaufzeit von Baurechten auch im Rahmen anderer grundbuchlicher Transaktionen nicht als zwingend angesehen. Als Beispiel nennt es die Teilung einer Liegenschaft, auf der ein selbständiges und dauerndes Baurecht lastet. Belastet das Baurecht auch die ausgeschiedene Fläche der neu entstehenden Liegenschaft, müsse unbeschadet seiner verbleibenden Laufzeit ein neues Hauptbuchblatt eröffnet werden, da ein Baurecht nicht mehrere Grundstücke zugleich belasten könne. Das Bundesgericht spricht sich somit gegen die Möglichkeit sogenannter Gesamtbaurechte aus (E. 6.5.1).

## Anmerkung

1. Baurechte zugunsten bestimmter Personen sind Personaldienstbarkeiten (Art. 779 ff. ZGB). Sind sie als selbständige und dauernde Rechte ausgestaltet, können sie als Grundstücke in das Grundbuch aufgenommen werden (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 und Abs. 3, Art. 779 Abs. 3 sowie Art. 943 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB; ferner Art. 22 GBV). Sie fallen dann – obwohl im Kern nach wie vor Personaldienstbarkeit – unter den Grundstücksbegriff des ZGB und werden weitgehend (aber nicht völlig) gleichbehandelt wie Liegenschaften. Das Bundesgericht spricht diesbezüglich von einer «gesetzlichen Fiktion» (E. 3.5). Die Regeln über das Grundeigentum sind dort nicht mehr anwendbar, wo sie «mit dem dienstbarkeitsrechtlichen Charakter und der fehlenden Körperlichkeit nicht mehr vereinbar» sind (E. 3.7).

2. Das Bundesgericht hält dafür, dass solche Baurechte wie die Liegenschaften auch flächenmässig aufgeteilt werden

können, die fehlende Körperlichkeit des Baurechts diesbezüglich also kein Hindernis bildet (E. 4.3). Eine Teilung<sup>5</sup> setzt neben einer öffentlich beurkundeten Änderung des Dienstbarkeitsvertrags (Art. 779a ZGB) einen Mutationsplan (Art. 25 VAV) und eine Bereinigung der Rechte voraus (Art. 974a ZGB). Durch die Teilung entsteht (mindestens) ein neues Grundstück, für welches ein neues Hauptbuchblatt anzulegen ist (Art. 945 Abs. 1 ZGB; Art. 17 und 20 f. GBV). Das Datum der Blätteröffnung ist – entsprechend dem Prinzip der Alterspriorität – grundsätzlich auch massgebend für das Verhältnis vorbestehender Rechte zum neu geschaffenen Grundstück (Art. 972 ZGB). Aus unserer Sicht muss der Grundsatz gelten: «Anlegung eines neuen Hauptbuchblattes gleich Neubegründung eines Baurechts in Ausgestaltung eines Grundstücks». Der Fall einer neuen Blätteröffnung ist – was wir hier betonen – zu unterscheiden von einer blossen Modifikation der «Ausübungsfläche» auf dem belasteten Grundstück.

3. Indessen werden in der Lehre – und ebenso im Berichtsentscheid (E. 5) – auch bei Eröffnung eines neuen Blattes Fälle vorbehalten, in denen die Baurechtsservitut nicht neu begründet, sondern bloss die bestehende Servitut geändert wird, unter Wahrung des bisherigen Datums und Rangs. Dies lässt sich nach der hier vertretenen Auffassung aber nur annehmen, wenn der bestehende Dienstbarkeitsvertrag (ohne Ausdehnung der Rechte) modifiziert wird und grundbuchlich eine blosse Belegergänzung möglich ist. Das mag auf das bisherige Baurecht des A., das flächenmässig verkleinert wird, zutreffen – auch wenn die Ausübungsfläche für die Rechtsnachfolger verbindlich (Art. 779b Abs. 1 ZGB) und damit von erheblicher Bedeutung ist; es kann aber nicht für die neu geschaffene Baurechtsdienstbarkeit gelten.

4. Das Bundesgericht nimmt zur Abgrenzung «Änderung oder Neuerrichtung?» nicht in allgemeiner Weise Stellung.<sup>6</sup> Es geht – ohne eigene Begründung – davon aus, dass sich in casu die flächenmässige Aufteilung der bestehenden Baurechtsdienstbarkeit nicht auf die gleich- oder nachrangigen Rechte auswirke und der Dienstbarkeitsinhalt (mit Ausnahme der Fläche) unverändert bleibe (E. 5.7). Das sei jedenfalls keine Neubegründung. Dem ist nach dem Gesagten nicht zu folgen, soweit es um die neu geschaffene Baurechtsdienstbarkeit (auf der «abgetrennten» Fläche) geht. Ausserdem bleibt höchststrichterlich ungeklärt, welche vertraglichen Modifikationen von Servituten noch als rangwährend einzustufen sind und welche mit einer Änderung von Rang und

<sup>5</sup> Im Entscheid ist teilweise von «Aufteilung» und teilweise von «Teilung» die Rede. Zu dieser Nuance vgl. auch die Vernehmlassung des Bundesamtes für Justiz in E. 2.3. Eine Teilung (Parzellierung) eines Grundstücks ist grundsätzlich ein einseitiger Verfügungsakt des Eigentümers (Art. 641 Abs. 1 ZGB); in casu wirkten die zwei Baurechtsnehmerinnen und die Baurechtsgeberin zusammen.

<sup>6</sup> Die Abgrenzung ist in casu möglicherweise auch aus Gründen des öffentlichen Rechts wichtig: Baurechtsgeberin ist eine Ortsbürgergemeinde, und je nach dem anwendbaren öffentlichen Recht sind für die Neubegründung von Dienstbarkeiten andere Organe zuständig als für blosse Abänderungen. Möglicherweise haben die Parteien gerade aus diesem Grund auf die Errichtung eines Unterbaurechts verzichtet.

Datum einhergehen. Die Schaffung einer neuen Baurechts-Grundstücksparzelle lässt sodann – auch wenn sie sich auf einem Teil der Ausübungsfläche einer bisherigen anderen Baurechtsparzelle befindet – einen zusätzlichen Vorkaufsberechtigten entstehen (Art. 682 Abs. 2 ZGB), was die Rechtsstellung des Belasteten verschlechtert.

5. Die bundesgerichtliche Feststellung, es liege eine blosser Änderung der Dienstbarkeit vor, leitet über zur Frage, ob die neue Baurechtsdienstbarkeit als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden könne, obwohl die Mindestfrist von 30 Jahren unterschritten ist.<sup>7</sup> Das Bundesgericht hält diese Frist ausserhalb von Neubegründungen für entbehrlich, weil der vom Gesetz mit Art. 655 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB angestrebte Zweck (Schutz der Rechte Dritter) nicht gefährdet werde (E. 6.4). Methodisch liegt darin eine teleologische Reduktion des Wortlauts der genannten Bestimmung. Ob ihr Wortlaut indessen tatsächlich weiter reicht als ihr Sinn, erscheint als fraglich. Bekräftigend fügt das Bundesgericht

bei: «Anders entscheiden liesse die gesetzliche Mindestdauer zum Selbstzweck verkommen» (E. 6.6 in fine). Auch dem können wir uns nicht anschliessen: Dass es bei der Neueröffnung eines Grundbuchblatts nach unserer Auffassung um die Neubegründung eines Baurechts (in der Ausgestaltung als Grundstück) geht, wurde bereits dargelegt. Davon abgesehen verfolgt jedoch Art. 655 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB auch nach der Begründung einer Servitut einen fortdauernden Schutzzweck: Dritte, die das Grundbuch konsultieren, sollen sich darauf verlassen können, dass ein neu eingetragenes selbständiges und dauerndes Recht die Mindestfrist der genannten Bestimmung erfüllt.

6. In einem *obiter dictum* erwähnt das Bundesgericht schliesslich, dass Gesamtbaurechte – also Baurechte zu Lasten mehrerer aneinandergrenzender Grundstücke – nach schweizerischem Recht nicht zulässig sind (E. 6.6.1). Die Lösung – die wie gesagt nicht zur *ratio decidendi* des Urteils gehört – wird jedoch nicht einlässlich begründet und ist von kantonalen Gerichten anders entschieden worden.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> In E. 6.5.2 wird – ausserhalb dieser Argumentationslinie – vom Bundesgericht allerdings referiert, dass in gewissen Fällen der Neuerrichtung (nämlich bei Erweiterung der Fläche einer Baurechtsparzelle) ebenfalls auf die gesetzliche Mindestdauer verzichtet werden könne. Das scheint den Schluss zu verbieten, die 30-jährige Mindestdauer sei immer bei Neubegründungen von Dienstbarkeiten, aber nicht bei deren Änderung relevant (wie es die Beschwerdeführerinnen vertreten; E. 5.1).

<sup>8</sup> Vgl. zum Ganzen J. SCHMID/B. HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl., Zürich 2017, Nr. 1379, u.a. mit Hinweis auf BN 76/2015, S. 1 ff. (7 f.), E. 16 (Berne Obergericht).

TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG

## Les « hôtels » en droit public de la construction

Lex Weber - Lex Koller – LAT

**Valérie Bodevin**  
2021 | 492 pages | broché  
978-3-7255-8260-0 | CHF 89.00  
volume 412

L'interdiction constitutionnelle de construire des résidences secondaires incite les acteurs de la construction à se tourner vers d'autres formes d'hébergement. La Lex Weber (LRS) contient plusieurs exceptions en faveur des hôtels. Cette thèse fribourgeoise analyse le droit public de la construction qui s'applique aux hôtels, afin de proposer une interprétation cohérente des art. 7 et 8 LRS et 4 ORSec.

Les notions d'hôtels de la Lex Weber sont ainsi confrontées à d'autres législations, comme l'apparthôtel et l'établissement stable de la Lex Koller (LFAIE) ou l'aménagement du territoire (LAT). Cette étude montre que la notion d'hôtel correspond à un concept fonctionnel. Elle s'achève par des réflexions de lege ferenda pour améliorer l'applicabilité et la cohérence de la LRS. Les conclusions sont traduites en allemand et en anglais.

Commander maintenant [www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)



UNI  
FR  
UNIVERSITÉ DE FRIBOURG  
UNIVERSITÄT FREIBURG

