

2. Privatrecht / Droit privé

2.6. Sachenrecht – allgemein / Droits réels – en général

2.6.4. Grundbuch / Registre foncier

(2) Art. 965 ZGB, Art. 24 Abs. 1^{bis} lit. a GBV, Art. 164 Abs. 1 und 2 OR. Die Vereinbarung, wonach die Übertragung eines selbständigen und dauernden Baurechts der Genehmigung durch die Grundeigentümerin bedarf, hat keine dinglich wirkende Verfügungsbeschränkung zur Folge. Wird das Baurecht veräussert, hat demnach der Grundbuchverwalter nicht zu prüfen, ob der dienstbarkeitsbelastete Grundeigentümer seine Zustimmung zur Veräusserung erteilt hat.

Bundesgericht, II. Zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_614/2008 vom 26. November 2008 i.S. *Bürgergemeinde Bern gegen Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern*, Beschwerde in Zivilsachen (BGE 134 III ...).

Mit Bemerkungen von
Prof. Dr. ALFRED KOLLER, Universität St. Gallen



Zusammenfassung des Sachverhalts:

Die Bürgergemeinde Bern ist Eigentümerin verschiedener Grundstücke, welche mit einem selbständigen und dauernden Baurecht belastet sind. In ihren Baurechtsverträgen vereinbart sie jeweils einen Vorbehalt für die Übertragung der Baurechte mit folgendem Wortlaut:

«Die rechtsgeschäftliche Übertragung bedarf der Genehmigung durch die Grundeigentümerin. Die Genehmigung kann verweigert werden:

- wenn der Übernehmer nicht alle Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag übernimmt;
- wegen fehlender Kreditwürdigkeit des Erwerbers oder
- aus anderen wichtigen Gründen.»

Am 19. September stellte die Bürgergemeinde beim Kreisgrundbuchamt VIII Bern-Laupen ein «Gesuch um Feststellung, dass jede Handänderung von im Grundbuch zu Lasten ihrer Grundstücke aufgenommenen selbständigen und dauernden Baurechte mit entsprechendem Genehmigungsvorbehalt ihrer Zustimmung bedürfe und ohne eine solche Zustimmung nicht im Grundbuch eingetragen werden dürfe.» Das Grundbuchamt trat mangels Feststellungsinteresses nicht auf das Gesuch ein. Dagegen reichte die Bürgergemeinde Beschwerde ein bei der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (JGK) und erneuerte ihr Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung. Die JGK kam zum Schluss, dass das Grundbuchamt zu Recht auf das Gesuch der Bürgergemeinde nicht eingetreten sei, soweit es um die Frage der Zustimmung zur Handänderung des Baurechts

gehe. Ob hingegen der Grundbucheintrag ohne eine solche Zustimmung erfolgen dürfe, stelle eine verwaltungsrechtliche Frage dar. Sie bejahte das Vorliegen eines schutzwürdigen Feststellungsinteresses und erwo, das Grundbuchamt, dem die Handänderung eines Baurechts zum Eintrag vorgelegt werde, habe nicht zu prüfen, ob die Bürgergemeinde als belastete Grundeigentümerin ihre Zustimmung dazu erteilt hat. Die Beschwerde wurde demzufolge abgewiesen. Eine Beschwerde der Bürgergemeinde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern hatte keinen Erfolg. Auch der beim Bundesgericht eingereichten Beschwerde in Zivilsachen war kein Erfolg beschieden. Auf die Erwägungen des Bundesgerichts wird im Rahmen der nachfolgenden Bemerkungen eingegangen.

Bemerkungen:

1. Das Bundesgericht ist auf die Beschwerde mit folgender Begründung eingetreten: «Strittig ist, ob für die Handänderung von im Grundbuch eingetragenen selbständigen und dauernden Baurechten die Zustimmung des Grundeigentümers erforderlich ist. Es geht um eine Frage der Führung des Grundbuchs, eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit, welche in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zivilrecht steht (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 BGG). Eine derartige Streitigkeit weist keinen Vermögenswert auf (vgl. Urteil 5A_35/2008 vom 10. Juni 2008 E. 2). Der kantonale Rechtsweg ist zudem im Hinblick auf die Eintretensvoraussetzungen nicht massgebend (BGE 131 V 271 E. 2; 123 III 346 E. 1a). Die Beschwerde in Zivilsachen ist damit gegeben.»

2. Die Bürgergemeinde, welche einem Dritten ein (selbständiges und dauerndes) Baurecht einräumt, will verhindern, dass der Erwerber des Baurechts dieses ohne ihre Zustimmung weiterveräussert. Das jeweils zum Vertragsinhalt gemachte Zustimmungserfordernis soll nicht bloss obligatorische Wirkung zeitigen, sondern dingliche in dem Sinne, dass eine Veräusserung des Baurechts ohne die erforderliche Zustimmung unwirksam ist und keinen Rechtsübergang bewirkt. Mit anderen Worten soll das Zustimmungserfordernis die Verfügungsbefugnis des Baurechtinhabers beschränken. Wäre dieser Parteiwille beachtlich, dürfte der Grundbuchverwalter bei einer Baurechtsveräusserung den Erwerber nur ins Grundbuch eintragen (vgl. Art. 35 Abs. 2 lit. d GBV), wenn die Zustimmung erteilt wurde und der entsprechende Nachweis erbracht wird (Art. 965 Abs. 1 ZGB, 24 Abs. 1^{bis} lit. a GBV). Das Bundesgericht ist indes – wie die Berner Instanzen – der Auffassung, dass die Verfügungsbefugnis des Baurechtinhabers nicht in dieser Weise beschränkt werden kann.

3. Die Auffassung des Bundesgerichts ist jedenfalls dann zutreffend, wenn das selbständige und dauernde Baurecht als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen wurde. Diesfalls gelten für die Übertragung dieselben Regeln wie für Liegenschaften. Der Veräusserungsvertrag ist demnach öffentlich zu beurkunden, das Verfügungsgeschäft besteht in der Grundbucheintragung. Die Anmeldung erfolgt

durch den Baurechtsinhaber bzw. Grundstückseigentümer (Art. 965 Abs. 1 ZGB); eine allfällige Einschränkung der Verfügungsbefugnis kann – wie hinsichtlich einer Liegenschaft – nur obligatorische Bedeutung haben und ist daher für das Eintragungsverfahren ohne Bedeutung (s. im Einzelnen DOMINIK BACHMANN, Verfügungsbeschränkungen bei gebuchten selbständigen und dauernden Rechten, insbesondere Baurechten, Diss. Zürich, Bern 1993, 144 ff.). Ist das (selbständige und dauernde) Baurecht nicht als Grundstück im Grundbuch eingetragen, so folgt die Übertragung ganz anderen Grundsätzen. Das Veräusserungsgeschäft bedarf nach wohl herrschender Ansicht der blossen Schriftform (vgl. PASCAL SIMONIUS/THOMAS SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. II, Die beschränkten dinglichen Rechte, Basel/Frankfurt a. Main 1990, § 1 Rn 65, § 4 Rn 51; JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 2. A., Zürich 2003, Rn 1386; anders [für öffentliche Beurkundung] und m.E. vorzugswürdig das Eidg. Grundbuchamt in einer Meinungsäusserung vom 8. Februar 1989, BN 1989, 411 Ziff. 32). Die Verfügung geschieht durch Zession (Art. 164 ff. OR analog; BACHMANN, a.a.O., 170; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., Rn 1386). Zwar ist eine Eintragung des neuen Baurechtsinhabers im Grundbuch nach herrschender Ansicht möglich (vgl. Art. 35 lit. d GBV), jedoch nicht konstitutiv (z.B. SIMONIUS/SUTTER, a.a.O., § 1 Rn 65 m.w.Nw.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., Rn 1386). Folgt man dem Gesagten, so läge an sich die Auffassung nahe, dass die Verfügungsbefugnis des Baurechtsinhabers dinglich beschränkt werden kann (Art. 164 Abs. 1/2 OR analog). Art. 164 Abs. 1/2 OR sollte jedoch im vorliegenden Kontext nicht angewendet werden, vielmehr drängt es sich auf, eine dingliche Beschränkung der Verfügungsbefugnis auszuschliessen, und zwar – in Übereinstimmung mit dem referierten Entscheid – *generell* (BACHMANN, a.a.O., 170 f.; a.A. die vom BGer in E. 4.3 zitierten ISLER und SCHMID sowie SIMONIUS/SUTTER, a.a.O., § 4 Rn 51 Anm. 61). BGE 72 I 233, der eine dinglich wirkende Verfügungsbeschränkung unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erachtet hatte, ist überholt.

4. Nach geltendem Recht kann ein Zustimmungserfordernis auch nicht durch Vormerkung im Grundbuch realobligatorisch ausgestaltet werden. Das soll sich ändern: «Die Revisionsvorlage zum Immobiliarsachenrecht sieht nun die Möglichkeit vor, die Vormerkung rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen im Grundbuch zu vereinbaren und damit diese gegenüber Rechtsnachfolgern durchzusetzen. Dies entspricht nach Ansicht des Gesetzgebers einem Bedürfnis der Vertragsparteien (Art. 779b E-ZGB; Botschaft vom 27. Juni 2007 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht], BBl 2007 5313). Damit erhalten vertragliche Abmachungen realobligatorischen Charakter und können insbesondere gegenüber dem Erwerber des Baurechts durchgesetzt werden. Das Bundesamt für Justiz scheint in seiner Vernehmlassung davon auszugehen, dass durch die

Vormerkung der Vereinbarung über die Beschränkung der Übertragbarkeit eines Baurechts das Verfügungsrecht des Baurechtsberechtigten gemäss Art. 965 ZGB eingeschränkt wird, womit das Grundbuchamt die Handänderung nicht ohne Zustimmung des Grundeigentümers vornehmen dürfte. Die Tragweite einer solchen neuen Vormerkungsmöglichkeit kann indes erst nach Abschluss der Gesetzgebungsarbeiten beurteilt werden.» (E. 4.4 des referierten Entscheids).

5. Wenn die Parteien eines Baurechtsvertrages eine Verfügungsbeschränkung abmachen, welche dingliche Wirkung zeitigen soll, so ist die Vereinbarung auf die Begründung eines in dieser Form nicht begründbaren (Bau-)Rechts gerichtet. Ein solches Recht kann daher nicht ins Grundbuch eingetragen werden, eine entsprechende Anmeldung ist abzuweisen. Im vorliegenden Fall liess der Genehmigungsvorbehalt die dingliche Absicht nicht erkennen, vielmehr durfte der Grundbuchverwalter davon ausgehen, die von den Parteien beabsichtigte Verfügungsbeschränkung solle lediglich obligatorische Wirkung zeitigen. Die Eintragung erfolgte daher aus grundbuchrechtlicher Sicht zu Recht. Zivilrechtlich lag aber möglicherweise ein ungerechtfertigter Eintrag vor. Dies traf dann zu, wenn tatsächlich eine dingliche Verfügungsbeschränkung beabsichtigt war und die damit verbundene rechtliche Unmöglichkeit Ganznichtigkeit des Vertrags zur Folge hatte (Art. 20 Abs. 2 OR).