

Markus W. Stadlin

Das selbständige und dauernde Baurecht

Dingliche, vertragliche und realobligatorische Rechtsbeziehungen – die Rechtslage im Nachgang zur Teilrevision des Immobiliarsachenrechts 2012

Das selbständige und dauernde Baurecht vereint obligatorische und dingliche Rechtsbeziehungen. Bei der Veräusserung der Baurechtsparzelle wechseln dingliche und realobligatorische Elemente die Hand, obligatorische lediglich, wenn sie vom Verkäufer auf den Käufer überbunden werden. Seit der Sachrechtsrevision 2012 mit erweiterten Vormerkungsmöglichkeiten ist die Thematik, welche obligatorischen Rechtsbeziehungen des Baurechts realobligatorisch «verdinglicht» werden können, in den Fokus gerückt. Zur Frage, ob der gesamte Baurechtsvertrag «integral» vorgemerkt werden dürfe, bestehen voneinander abweichende Auffassungen.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Besitz. Grundbuch; Sachenrecht

Zitiervorschlag: Markus W. Stadlin, Das selbständige und dauernde Baurecht, in: Jusletter 16. Oktober 2017

Inhaltsübersicht

- A) Einleitung
 - 1. Das selbständige und dauernde Baurecht
 - 2. Verwandte Rechtsinstitute
 - 2.1. Das Baurecht als Grunddienstbarkeit i.S.v. Art. 730 ZGB
 - 2.2. Das Baurecht als Personaldienstbarkeit i.S.v. Art. 781 ZGB
 - 2.3. Das Überbaurecht (ober- und/oder unterirdisch) i.S.v. Art. 674 ZGB
 - 2.4. Das Unterbaurecht (bspw. als selbständiges und dauerndes, mit eigenem Grundbuchblatt)
- B) Ausgangslage / Fragestellungen
 - 1. Sachenrechtliche Besonderheit des selbständigen und dauernden Baurechts
 - 2. Die verschiedenen «Qualitäten»
 - 2.1. Dinglicher Inhalt und Umfang des Baurechts
 - 2.2. Rein obligatorische Vertragsteile
 - 2.3. Realobligationen
 - 3. Überlegungen / Erwartungen
 - 4. Interessenlage
- C) Gesetzgeberischer Handlungsbedarf per 2012
- D) Praktische Umsetzung des neuen Rechts
 - 1. Grundsätzliches
 - 2. Lehre
 - 3. Basler Grundbuchpraxis
- E) Grundbuchrelevanz der Rechtsbeziehungen zwischen Baurechtgeber und Bauberechtigtem
 - 1. Dingliche Natur des Baurechts (Art. 675, 779 und insb. 779b Abs. 1 ZGB)
 - 2. (Rein) vertragliche Natur
 - 3. Vormerkbarkeit obligatorischer Vertragsbestimmungen
- F) Schlussfolgerung

A) Einleitung

1. Das selbständige und dauernde Baurecht

[Rz 1] In Durchbrechung des **Akzessionsprinzips**¹ erlaubt Art. 675 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210), dass Bauwerke, welche mit dem Boden fest und dauerhaft verbunden sind, einen vom Grundeigentümer **verschiedenen Eigentümer** haben können, sofern ihr Bestand als Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist.

[Rz 2] Das Zivilrecht schafft damit die Möglichkeit von «**Sondereigentum**» an Gebäuden und gebäudeähnlichen Anlagen, obschon diese mit dem Boden einer Liegenschaft fest und dauerhaft verbunden sind.

[Rz 3] Ist das Baurecht i.S.v. Art. 779 Abs. 3 und Art. 779l ZGB selbständig und dauernd, kann es als **Grundstück**² in das Grundbuch aufgenommen werden. **Selbständig** ist ein Baurecht, wenn es weder zugunsten eines berechtigten Grundstücks noch ausschliesslich zugunsten einer bestimmten Person errichtet ist (Art. 655 Abs. 3 Ziff. 1 ZGB), **dauernd**, wenn es auf mindestens 30 Jahre begründet ist (Art. 655 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB).

[Rz 4] Dieses **Baurechtsgrundstück** kann mit Grundpfandrechten belastet werden, womit die Baurechtsbauten der grundpfändlich gesicherten Fremdfinanzierung zugänglich sind. Auch ist

¹ Art. 667 Abs. 2 ZGB.

² Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 und Abs. 3 ZGB.

die Begründung von (weiteren) Dienstbarkeiten zu Gunsten und zu Lasten des Baurechtsgrundstücks möglich. Am Baurecht können sodann Unterbaurechte begründet werden und an ersterem oder letztem Stockwerkeigentum.

2. Verwandte Rechtsinstitute³

2.1. Das Baurecht als Grunddienstbarkeit i.S.v. Art. 730 ZGB

[Rz 5] Obwohl das Institut «Baurecht» nach der Systematik des Gesetzes im Abschnitt der Personaldienstbarkeiten (Art. 745 ff. ZGB) geregelt ist, darf es gemäss Rechtsprechung⁴ als Grunddienstbarkeit errichtet werden. Als Grunddienstbarkeit kann das Baurecht nicht (im vorstehenden Sinne) «in das Grundbuch eingetragen» werden; es kann demzufolge auch nicht hypothekarisch belastet werden. Das Baurecht als Grunddienstbarkeit ist nicht (selbständig) übertragbar, der Wechsel des Berechtigten erfolgt qua Veräusserung des berechtigten Grundstücks. Anders als das selbständige und dauernde Baurecht ist die Einräumung der Grunddienstbarkeit unbefristet möglich. Das Baurecht als Grunddienstbarkeit darf (was auch für das Baurecht als Personaldienstbarkeit gilt) – abweichend vom selbständigen und dauernden Baurecht – nicht die gesamte Fläche der belasteten Parzelle beanspruchen, ansonsten das Eigentum des Baurechtgebers «völlig entleert» würde⁵.

2.2. Das Baurecht als Personaldienstbarkeit i.S.v. Art 781 ZGB

[Rz 6] Das Baurecht als Personaldienstbarkeit tritt in zwei verschiedenen Formen auf. Einerseits als nicht übertragbare «eigentliche» oder «**reguläre**» **Personaldienstbarkeit**, andererseits als übertragbare Personaldienstbarkeit, begrifflich als «**irreguläre**» **Personaldienstbarkeit** bezeichnet. Das selbständige und dauernde Baurecht ist dieser Erscheinungsform zuzuordnen.

2.3. Das Überbaurecht (ober- und/oder unterirdisch) i.S.v. Art. 674 ZGB

[Rz 7] Das Überbaurecht stellt einen speziellen Typus einer Baurechtsdienstbarkeit dar. Art. 674 ZGB ermöglicht den Beteiligten an grenzüberschreitenden Bauteilen und Vorrichtungen die Zuordnung des Eigentums mittels Dienstbarkeit auf den Eigentümer desjenigen Grundstücks, von welchem aus der **Überbau** erfolgt. Der Baurechtsdienstbarkeit und dem Überbaurecht ist gemeinsam, dass sie in Durchbrechung des Akzessionsprinzips die Begründung von **Sondereigentum** auf dem belasteten Grundstück ermöglichen. Der Unterschied zwischen Baurecht und Überbaurecht besteht darin, dass beim Überbaurecht stets eine **bautechnisch-funktionelle Abhängigkeit** des Eigentumsobjekts auf dem fremden Grundstück von einer Baute oder einer anderen baulichen Vorrichtung auf dem berechtigten Grundstück vorliegen muss⁶.

[Rz 8] Nach dem Gesagten ist evident, dass das Überbaurecht zwingend als **Grunddienstbarkeit** qualifiziert.

³ Vgl. zu Nachfolgendem: AMIR MOSHE, Fallstricke zum Baurecht, 27. Oktober 2016.

⁴ BGE 133 III 316, Erw. 3.2.1.

⁵ BGE 116 II 290, Erw. 4d.

⁶ HEINZ REY/LORENZ STREBEL, Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, N. 2 – 5 zu Art. 674 ZGB.

2.4. Das Unterbaurecht (bspw. als selbständiges und dauerndes, mit eigenem Grundbuchblatt)

[Rz 9] Das Unterbaurecht zeichnet sich dadurch aus, dass die mit dem Unterbaurecht belastete Parzelle ein selbständiges und dauerndes Baurecht (mit eigenem Grundbuchblatt) darstellt. Gemäss Lehre und Rechtsprechung kann das Unterbaurecht als Personal- wie Grunddienstbarkeit ausgestaltet sein.

B) Ausgangslage / Fragestellungen

1. Sachenrechtliche Besonderheit des selbständigen und dauernden Baurechts

[Rz 10] Das Baurecht wird in der Lehre als **«gesetzliche Fiktion»** charakterisiert; die Bestimmungen über die Grundstücke (als Sachobjekte) könnten nur analog herangezogen werden und den Besonderheiten des Baurechts als Dienstbarkeit sei stets Rechnung zu tragen⁷. Entsprechend wirft es aufgrund seiner dem Akzessionsprinzip widersprechenden Rechtsnatur besondere Aufgaben- und Fragestellungen auf.

[Rz 11] Die sachenrechtliche wie vertragsrechtliche Natur des Baurechts vereint **dingliche Rechte** und **obligatorische Rechtsverhältnisse**. Einerseits das Eigentum des Bauberechtigten an der mit eigenem Grundbuchblatt versehenen Baurechtsparzelle (und damit an der Baurechtsbaute), andererseits inhaltlich nicht eingrenzbar vertragsrechtliche Beziehungen des Baurechtgebers mit dem (ursprünglichen) Bauberechtigten, die zum Teil obligatorischer Natur sind, zum anderen dinglichen/realobligatorischen Charakter haben.

2. Die verschiedenen «Qualitäten»

2.1. Dinglicher Inhalt und Umfang des Baurechts

[Rz 12] Zur Frage, welche Vereinbarungen «Inhalt und Umfang des Baurechts» i.S.v. Art. 779a Abs. 1 ZGB darstellen, besteht eine präzisierende Gerichtspraxis (Näheres unter nachstehender lit. E) Ziff. 1).

2.2. Rein obligatorische Vertragsteile

[Rz 13] Die rein obligatorischen Vertragsteile sind empfehlenswerter Weise mit einer **Übertragungsverpflichtung** zu versehen, so dass sich, wenn dieser Verpflichtung nachgelebt wird, «nur noch» die Frage stellt, ob der Veräusserer mit befreiender Wirkung aus seiner Obligation dem Baurechtgeber gegenüber ausscheidet (Näheres unter nachstehender lit. E) Ziff. 2).

⁷ PETER R. ISLER/DOMINIQUE GROSS, Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, N. 31 zu Art. 779 ZGB, mit Verweis auf BGE 118 II 118.

2.3. Realobligationen

[Rz 14] Es besteht sodann – auch nach der Teilrevision des Sachenrechts per 1. Januar 2012 – noch immer nicht zuverlässige Gewissheit darüber, welche obligatorischen Vertragsteile durch Vormerkung als sog. «Realobligation» verdinglicht werden dürfen (Näheres unter nachstehender lit. E) Ziff. 3).

3. Überlegungen / Erwartungen

[Rz 15] Einerseits verlangt die Rechtsposition des Baurechtgebers, der auf eine Dauer von mindestens dreissig Jahren auf eine anderweitige Nutzung seiner Liegenschaft zugunsten des Bauberechtigten verzichtet, eine **inhaltlich stabile Rechtslage**, zumal die Person des Bauberechtigten jederzeit wechseln kann, und zwar (i) rechtsgeschäftlich-willentlich oder (ii) zufällig bzw. ungeplant (Versterben).

[Rz 16] Im ersten Fall ist es denk- und wünschbar, dass die Baurechtsparzelle mittels öffentlich-verurkundetem Verkaufsvertrag mit gleichzeitigem Übergang sämtlicher dinglicher Rechte und Pflichten aus dem Baurechtsverhältnis sowie unter vollständiger rechtsgeschäftlicher, befreiender Überbindung der obligatorischen Rechte und Pflichten auf den Rechtsnachfolger übertragen wird. Allerdings kommt es auch vor, dass die Baurechtsparzelle gestützt auf eine öffentliche Urkunde, die nur gerade die essentialia negotii regelt, die Hand wechselt, ohne dass bspw. die Überbindung einer Gerichtsstandsklausel oder die Übernahme der Baurechtszinspflicht durch den Käufer mit befreiender Wirkung für den Verkäufer vereinbart wird.

[Rz 17] Im zweiten Fall stellt sich die Frage, welche vertraglichen Bindungen zwischen den beiden Parteien des Baurechts und des Baurechtsvertrags ex lege auf den aktuellen Bauberechtigten übergehen bzw. (in Fällen der Universalsukzession) übergegangen sind.

[Rz 18] Die beschriebene Situation entschärft sich logischerweise mit der **Dichte der dinglich wirkenden Vertragselemente bzw. -teile**.

4. Interessenlage

[Rz 19] Diesem (Schutz-) Bedürfnis der Parteien des Baurechtsverhältnisses konkret nach Überführung möglichst sämtlicher zwischen ihnen bestehenden Vertragsbindungen in den »dinglichen Rechtsbereich« steht das Interesse des Gesetzgebers nach geordneten, überblickbaren und langfristig stabilen Rechtsverhältnissen entgegen, zudem u.U. die registerlichen Grundsätze des Grundbuchführers⁸.

[Rz 20] Daraus resultiert, dass nur eine begrenzte Anzahl von inhaltlich definierten obligatorischen Rechten und Pflichten durch grundbuchliche Vormerkung – als sog. **Realobligation** – mit dinglichen Rechtswirkungen versehen werden können⁹.

⁸ Nachstehend unter lit. D) Ziff. 2 und 3.

⁹ Näheres unter lit. E) Ziff. 3.

C) Gesetzgeberischer Handlungsbedarf per 2012

[Rz 21] Im Rahmen der – durch die Motion Fritz Schiesser¹⁰ ausgelöst – Teilrevision des Immobiliarsachenrechts per 1. Januar 2012¹¹, womit primär der papierlose Schuldbrief eingeführt und dem Hypothekarmarkt zur Verfügung gestellt werden sollte, erkannte der Gesetzgeber, dass – vereinfacht gesagt – die umstrittene Frage der **Rechtsnatur der Baurechtszinsforderung** dringender Klärung bedurfte.

[Rz 22] Die Botschaft führt dazu aus¹², dass (bis und mit Ende 2011) die Rechtsnatur der Baurechtszinsforderung umstritten (gewesen) sei. Ein Teil der Lehre vertrete die Meinung, die Bestimmung über den **Baurechtszins** weise dinglichen Charakter auf und unterliege daher dem Formzwang der öffentlichen Beurkundung¹³. Zur Klärung dieser Rechtsfrage stellt der neu geschaffene Art. 779a Abs. 2 ZGB nun klar, dass der Baurechtszins und die vertraglichen Bestimmungen, die im Grundbuch vorgemerkt werden sollen, zu ihrer Gültigkeit (ebenfalls) der öffentlichen Beurkundung bedürfen¹⁴.

[Rz 23] Zu den erwähnten weiteren **«vertraglichen Bestimmungen»** ist der Botschaft¹⁵ Folgendes zu entnehmen: Die **Vormerkbarkeit** vertraglicher Bestimmungen werde durch eine Ergänzung im Randtitel des Art. 779b ZGB kenntlich gemacht. Die Bestimmungen des Baurechtsvertrags über den Inhalt und den Umfang des Baurechts seien für jeden Erwerber des Baurechts und des belasteten Grundstücks verbindlich (Art. 779b ZGB). Diese Elemente des Dienstbarkeitsvertrags seien **dinglicher Natur**. Die übrigen Bestimmungen des Baurechtsvertrags hätten lediglich obligatorischen Charakter.

[Rz 24] Das (bis Ende 2011) geltende Recht lasse die Ausgestaltung solcher Verpflichtungen zu Realobligationen nur hinsichtlich der Vereinbarung über die Heimfallentschädigung (aArt. 779e ZGB) und über die Änderung oder Aufhebung der gesetzlichen Vorkaufsrechte (Art. 681b ZGB) zu. So liessen sich (nach altem, bis Ende 2011 geltendem Recht) weder der Baurechtszins noch andere **obligatorische Verpflichtungen des Bauberechtigten**, die er bei der Ausübung seines Rechts erfüllen müsse, für die Rechtsnachfolger als verbindlich ausgestalten. Es bestehe lediglich ein Pfandrechtsanspruch für die Sicherung des Baurechtszinses (Art. 779i ZGB).

[Rz 25] Den Vereinbarungen im Baurechtsvertrag komme – nach Auffassung des Bundesrats – eine besondere Bedeutung zu. Es liege einerseits im Interesse des belasteten Grundeigentümers, dass jeder Erwerber des Baurechts mindestens an die wesentlichen obligatorischen Vereinbarungen gebunden sei, andererseits aber auch im Interesse der veräussernden berechtigten Person, dass sie mit der Veräusserung des Baurechts von ihren obligatorischen Verpflichtungen gegenüber dem Baurechtgeber befreit werde.

¹⁰ Motion SR Fritz Schiesser Nr. 98.3131 vom 19. März 1998.

¹¹ Botschaft (des Bundesrats) zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, in BBl 2007 5283 ff. («Botschaft»).

¹² Botschaft (Fn. 11), S. 5313 f.

¹³ PETER ISLER, Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung, Diss. Bern 1973, S. 170; VICTOR MÜLLER, Der Baurechtszins und seine grundpfandrechtliche Sicherung, Diss. Zürich 1968, S. 19 f.; a.M.: HANS-ULRICH FREIMÜLLER, Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte, Diss. Bern 1967, S. 45; HANS-PETER FRIEDRICH, in BJM 1966, S. 8 f. (Quelle: Bericht zum Vorentwurf Vernehmlassungsvorlage Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht) vom März 2004, S. 32.

¹⁴ Botschaft (Fn. 11), S. 5313.

¹⁵ Botschaft (Fn. 11), S. 5313.

[Rz 26] Vereinbarungen, wonach die obligatorischen Verpflichtungen einem Rechtsnachfolger zu überbinden seien, könnten in der Zwangsvollstreckung des Baurechts nicht durchgesetzt werden. Der neue Abs. 2 des Art. 779b ZGB entspreche deshalb einem Bedürfnis beider Vertragsparteien, die («weiteren») obligatorischen Vereinbarungen des Baurechtsvertrags im Grundbuch vormerken lassen zu können, so dass sie auch für allfällige Rechtsnachfolger entsprechende Wirkungen entfalten. Soweit solche Verpflichtungen (des Bauberechtigten) im Grundbuch vorgemerkt werden sollen, bedürfen sie zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (mit Hinweis auf Art. 779a Abs. 2 ZGB).

D) Praktische Umsetzung des neuen Rechts

1. Grundsätzliches

[Rz 27] Die mit der Teilrevision 2012 eingeführten Neuerungen, wonach dem Baurechtszins und daneben «weiteren vertraglichen Bestimmungen» qua Vormerkung **realobligatorischer Charakter** eingeräumt werden darf, führte einerseits zu einer grösseren Gestaltungsfreiheit der Parteien des Baurechtsvertrags, andererseits – insb. aufgrund der vom Gesetzgeber gewählten textlichen Pauschalisierung – zu Schwierigkeiten in der insbesondere **grundbuchlichen Umsetzung** des neuen Rechts¹⁶.

2. Lehre

[Rz 28] Die **Lehre** schlägt zur **Umsetzung der zusätzlichen Vormerkungs-Tatbestände** zwei grundsätzlich verschiedene Wege vor: Einerseits wird die mit praktischen Überlegungen begründete Auffassung vertreten, dass nicht einzelne Vertragsbestimmungen, sondern der ganze Baurechtsvertrag als Einheit im Grundbuch vorgemerkt werden solle¹⁷. Abgelehnt wird diese pauschale Vorgehensweise mit dem Argument, dass sie sich mit dem grundbuchlichen Antragsystem nicht vereinbaren lasse, gegen die Rechtssicherheit und gegen das Gebot der Klarheit des Grundbuches verstosse¹⁸.

3. Basler Grundbuchpraxis

[Rz 29] Die Basler Grundbuchpraxis ist sich dieser Problematik, die auf die Rechtsnatur des selbständigen und dauernden Baurechts, d.h. das ihm eigene Aufeinandertreffen von dinglichen, realobligatorischen und obligatorischen Elementen, zurückzuführen ist, sehr wohl bewusst. Noch im Jahre 2014 lehnte es die **pauschale Vormerkung des integralen Baurechtsvertrags** in Anlehnung an das Argumentarium der Gegner (vgl. Fn 18), zudem mit dem – nachvollziehbaren und überzeugenden – Hinweis auf die Gefahr bzw. Wahrscheinlichkeit späterer unklarer Rangverhältnisse,

¹⁶ AMIR MOSHE/SIMON ROLLI, Newsletter Nr. 3 des Basler Grundbuch- und Vermessungsamts vom 10. April 2014, S. 1 ff.

¹⁷ ROLAND PFÄFFLI, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, in: Revision des Immobiliarsachenrechts, Bern 2011, S. 126.

¹⁸ HEINZ REY/LORENZ STREBEL, Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, N. 14 zu Art. 779b ZGB; mit zahlreichen weiteren Verweisen.

ab. Werde nur eine einzige Vormerkung unter dem Titel «weitere vertragliche Bestimmungen» (nämlich der Baurechtsvertrag als solcher) im Grundbuch eingetragen, ergäben sich bei einer späteren Löschung, Modifikation oder Neuvereinbarung einzelner Vertragspunkte (in der Tat) **unklare Rangverhältnisse**, bzw. es sei dannzumal nur aus den Grundbuchbelegen erkennbar, welche vertraglichen Bestimmungen durch die Vormerkung im Grundbuch realobligatorischen Charakter haben und welche nicht.

[Rz 30] Demgemäss akzeptierte das Basler Grundbuch nach bisheriger, mittlerweile überholter Praxis¹⁹ entweder eine **Vormerkung** unter dem **Stichwort «Baurechtszins»** oder als **«vertragliche Bestimmungen»**. Erstere wird aufgrund ihrer gesonderten Erwähnung in Art. 779a Abs. 2 ZGB als eigenständige Kategorie der Vormerkungen behandelt. Die Vormerkungen **«weitere vertragliche Bestimmungen»** (z.B. Heimfallentschädigung, Schiedsgerichtsbarkeit, Verfügungsbeschränkung) werden jeweils in der zweiten Zeile des Eintrags mit dem passenden Stichwort ergänzt, um eine Individualisierung zu gewährleisten. Für die Definition, Wahl bzw. Verwendung der Stichworte wird auf die gemäss bisherigem Recht verwendeten Vormerkungstatbestände aus aArt. 779e ZGB zurückgegriffen. Das Grundbuchamt geht sodann davon aus, dass weitere, vom jeweiligen Inhalt der vorzumerkenden vertraglichen Bestimmungen abhängige Stichworte Einzug halten werden. Die «Hoheit» über die Wahl der Stichworte liegt gemäss *Grundbuchverordnung*²⁰ beim Grundbuchamt.

[Rz 31] Es versteht sich von selbst, dass die gemäss Art. 779a Abs. 1 ZGB ohnehin dinglich wirkenden **Vereinbarungen über Inhalt und Umfang des Baurechts** nicht von Vorstehendem betroffen sind; weder ist eine «zusätzliche [doppelte] Verdinglichung» notwendig noch möglich. Auch nicht vom Gesagten berührt werden die **Vereinbarungen über Ausschluss oder Abänderung der gesetzlichen Vorkaufsrechte** gemäss dem nach wie vor in Kraft befindlichen und massgeblichen Art. 681b ZGB.

[Rz 32] Die geschilderte Basler Grundbuchpraxis ist mittlerweile überholt: Der Grundbuchführer empfiehlt zusätzlich zu Vorstehendem zur Vermeidung des «Verlusts» von vertragswesentlichen Rechtsansprüchen – wie beispielsweise eine Verlängerungsoption – die Vormerkung der Generalklausel **«weitere vertragliche Bestimmungen des Baurechtsvertrags»** als Auffangtatbestand, da ansonsten nicht ausdrücklich vorgemerkte Vertragsbestimmungen für Rechtsnachfolger unter Umständen nicht verbindlich seien²¹.

E) Grundbuchrelevanz der Rechtsbeziehungen zwischen Baurechtgeber und Bauberechtigtem

1. Dingliche Natur des Baurechts (Art. 675, 779 und insb. 779b Abs. 1 ZGB)

[Rz 33] Was von Gesetzes wegen zum **Inhalt der Baurechtsdienstbarkeit** gemacht werden kann, definieren Art. 675 und 779 ZGB. Daran anknüpfend regelt Art. 779b Abs. 1 ZGB, dass vertraglichen Bestimmungen betreffend **Inhalt und Umfang des Baurechts**, wie namentlich über Lage,

¹⁹ Fn 16.

²⁰ Art. 98 Abs. 3 der Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (GBV; SR 211.432.1).

²¹ AMIR MOSHE, Fallstricke zum Baurecht, 27. Oktober 2016, Ziff. 6 S. 29.

Gestalt, Ausdehnung und Zweck der Bauten sowie über die Benutzung nicht überbauter Flächen, ... , wie der «Inhalt der Baurechtsdienstbarkeit» **dingliche Wirkung** innewohnt²².

[Rz 34] Aufgrund der dinglichen Wirkung dieser Vertragsbestimmungen sind – begriffslogisch – unter ihnen lediglich solche zu subsumieren, die den Baurechtgeber zu einem **duldenden Eingriff in sein Grundeigentum** (dem Bauberechtigten gegenüber) verpflichten. Vertragsbestimmungen, die den Bauberechtigten im Zusammenhang mit der Baurechtsbaute gegenüber dem Grundeigentümer zu einem Handeln verpflichten, scheiden aus. Sie sind obligatorischer Natur und erlangen gegebenenfalls über eine Vormerkung realobligatorischen Charakter²³.

[Rz 35] Unter die dinglichen Elemente des Baurechtsvertrags sind – nicht abschliessend – zu subsumieren²⁴:

- Vertragsbestimmungen, die die **Art des zu erstellenden Bauwerks** näher regeln,
- Vertragsbestimmungen, die die **Lage, räumliche Ausdehnung und äussere Gestaltung der Baute** regeln; es ist bspw. zulässig, auf diese Weise die bewilligten Baupläne zum Inhalt der Dienstbarkeit zu machen wie auch, dass sich der Baurechtgeber die Zustimmung zum Bauprojekt des Bauberechtigten vorbehält,
- Vertragsbestimmungen betr. die zulässige **Nutzungsfläche** der Baurechtsparzelle sowie Regeln betr. die **zulässigen Benutzung** der nicht überbauten Fläche des Baurechtsgrundstücks.

2. (Rein) vertragliche Natur

[Rz 36] Die Abgrenzung der dinglichen zu den obligatorischen Vertragsbestimmungen ist mitunter, insb. bezüglich der Vereinbarungen über die **zulässige Nutzung/Verwendung der Baurechtsbaute**, schwierig zu ziehen. Die Unterscheidung kann sich v.a. hinsichtlich der das Baurecht i.w.S. einschränkenden Verpflichtungen des Bauberechtigten (z.B. die Verpflichtung, Wohnbauten für günstige Mietwohnungen zu erstellen) als heikel erweisen.

[Rz 37] Als Unterscheidungskriterium nennt die Lehre²⁵, ob es sich beim fraglichen Vertragspassus (i) um eine Präzisierung bezüglich der Art und Nutzung des Grundstücks bzw. der Befugnis, ein Bauwerk darauf zu erstellen, handelt oder (ii) die Bestimmung den Bauberechtigten in der Ausübung seines so näher präzisierten Rechts zusätzlich zu einem bestimmten Handeln oder zu einer sonstigen Leistung verpflichtet²⁶.

[Rz 38] Als Beispiele für solche (obligatorischen) Verpflichtungen des Bauberechtigten können genannt werden²⁷:

- Verpflichtung, die Baute innerhalb einer bestimmten Frist zu erstellen oder bis zu einem bestimmten Termin mit der Erstellung zu beginnen,
- Verpflichtung, die Baute stets ordnungsgemäss zu unterhalten, zu modernisieren und in einem Brandfall wieder zu errichten,

²² HEINZ REY/LORENZ STREBEL, Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, N. 3 zu Art. 779b ZGB.

²³ Fn 22.

²⁴ HEINZ REY/LORENZ STREBEL, Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, N. 4 – 6 zu Art. 779b ZGB.

²⁵ HEINZ REY/LORENZ STREBEL, Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, N. 7 zu Art. 779b ZGB.

²⁶ Zum Ganzen: HEINZ REY/LORENZ STREBEL, Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, N. 7 zu Art. 779b ZGB.

²⁷ HEINZ REY/LORENZ STREBEL, Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, N. 8 zu Art. 779b ZGB.

- Verpflichtung, die Baurechtsbaute bspw. als Museum zu nutzen,
- Verpflichtung, die Wohnungen ausschliesslich an einen bestimmten Personenkreis zu vermieten oder die Mietzinsen nach bestimmten Kriterien festzusetzen,
- Verpflichtung, die unüberbaute Fläche in vorgeschriebener Weise zu bepflanzen und stets in einwandfreiem Zustand zu unterhalten,
- Konkurrenzverbote, Bezugspflichten,
- Verpflichtung zum Beizug bestimmter Unternehmen bei Bauvorhaben.

[Rz 39] Diese Pflichten entfalten, sofern keine Vormerkung besteht, ihre Rechtswirkungen ausschliesslich unter den (ursprünglichen) Vertragsparteien, weswegen die Baurechtsverträge regelmässig eine **Überbindungspflicht** bezüglich der obligatorischen Vertragsbestimmungen vorsehen. Zulässig und justiziabel ist die Klausel, wonach der Baurechtgeber sich vorbehält, der Übertragung des Baurechts nur zuzustimmen, wenn der neue Bauberechtigte ihm gegenüber die Übernahme dieser Vertragsteile erklärt, sich m.a.W. ihm gegenüber verpflichtet²⁸.

3. Vormerkbarkeit obligatorischer Vertragsbestimmungen

[Rz 40] Der Qualität von **Realobligationen** zugänglich sind Bestimmungen des Baurechtsvertrags²⁹, sofern sie **einen Zusammenhang mit der Ausübung des Baurechts** aufweisen³⁰.

[Rz 41] Es sind (nicht abschliessend) zu nennen³¹:

- der Baurechtszins, ebenso wie die weiteren Gegenleistungen für die Gewährung des Baurechts,
- die unter vorstehender lit. E) Ziff. 2 aufgeführten obligatorischen Verpflichtungen des Bauberechtigten,
- die Heimfall-Vormerkungen (vormals in aArt. 779e ZGB),
- die Vorkaufsrechts-Vormerkungen (diese jedoch nach wie vor gemäss Art. 681b ZGB),
- Mediationsklauseln³²,
- Schiedsgerichtsbarkeit^{33 34}.

²⁸ HEINZ REY/LORENZ STREBEL, Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, N. 9 zu Art. 779b ZGB.

²⁹ Über den Wortlaut von Art. 779b Abs. 2 ZGB «vertragliche Bestimmungen» hinausgehend unbestrittenermassen auch für Regelungen im Rahmen eines Eigentümerbaurechts geltend; HEINZ REY/LORENZ STREBEL, Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, N. 12 zu Art. 779b ZGB, mit weiteren Hinweisen.

³⁰ HEINZ REY/LORENZ STREBEL, Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, N. 12 zu Art. 779b ZGB.

³¹ Fn 30.

³² STEPHAN SPYCHER, Errichtung und Verlängerung des Baurechts, Beitrag an der Weiterbildungstagung des Verbands Berner Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis vom 22./23. Oktober 2014, S. 12

³³ AMIR MOSHE, Fallstricke zum Baurecht, 27. Oktober 2016, S. 29.

³⁴ Zur Gültigkeit einer Schiedsklausel in der Nutzungs- und Verwaltungsordnung und v.a. deren Verbindlichkeit gegenüber einem (späteren) Erwerber eines Miteigentumsanteils hat das Bundesgerichts in BGE 142 III 220 wichtige Leitlinien gesetzt (und von seiner zurückhaltenden Praxis gemäss BGE 110 Ia 106 ff. in liberaler Art und Weise Abstand genommen).

F) Schlussfolgerung

[Rz 42] Der Umstand, dass (nach Basler Grundbuchpraxis) der gesamte Inhalt des öffentlich verkündeten Baurechtsvertrags unter der Generalklausel «weitere vertragliche Bestimmungen des Baurechtsvertrags» im Grundbuch vorgemerkt werden kann bzw. konkret vorgemerkt worden ist, beantwortet jedoch nicht die dem materiellen Recht zugehörige, der Klärung bedürftige Thematik, dass auf diese Weise Vertragsbestimmungen (vermeintlich dinglich) Eingang in das Grundbuch gefunden haben, denen der geforderte «Zusammenhang mit der Ausübung des Baurechts»³⁵ fehlt.

[Rz 43] Der Verfasser geht davon aus, dass die Rechtsprechung im Falle der gerichtlichen Anrufung einer solchen baurechtsfremden Bestimmung bei nicht erfolgter vertraglicher Überbindung den Rechtsschutz verweigern dürfte.

Dr. MARKUS W. STADLIN, Advokat & Notar, ThomannFischer, Basel.

³⁵ Fn 30.