

Claude Monnier

## **Schicksal des Mietverhältnisses an einer Baurechtsbaute bei Untergang des Baurechts Unter Berücksichtigung der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung**

---

In der Lehre ist die Rechtslage umstritten, wenn die zwischen dem Baurechtsberechtigten und dem Mieter vereinbarte Mietdauer über den Zeitpunkt des Ablaufs des Baurechts fort dauert. Dem Bundesgericht bot sich nun erstmals die Gelegenheit zur Beurteilung dieser umstrittenen Rechtslage. Nachfolgend soll nach einem kurzen Überblick über die verschiedenen Lehrmeinungen der Entscheid des Bundesgerichts diskutiert werden.

---

Beitragsarten: Urteilsbesprechungen

Rechtsgebiete: Miet- und Pachtrecht; Sachenrecht; Beschränkte dingliche Rechte

Zitiervorschlag: Claude Monnier, Schicksal des Mietverhältnisses an einer Baurechtsbaute bei Untergang des Baurechts, in: Jusletter 9. Mai 2016

## Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Verschiedene Lehrmeinungen
  - 1. Analoge Anwendbarkeit mietrechtlicher Bestimmungen zur Handänderung
  - 2. Keine analoge Anwendbarkeit mietrechtlicher Bestimmungen, jedoch Parallelen zum Untermietverhältnis
- III. Rechtsprechung
  - 1. Sachverhalt
  - 2. Erwägungen und Entscheid
  - 3. Besprechung

### I. Ausgangslage

[Rz 1] Das Baurecht gemäss Art. 779 ff. Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) ist eine Dienstbarkeit, welche es dem Berechtigten erlaubt, auf einem fremden Grundstück ein Bauwerk zu errichten. Dieses im Baurecht erstellte Bauwerk steht im Eigentum des Bauberechtigten, während der Grundeigentümer seine Eigentümerschaft an der Baurechtsbaute verliert.<sup>1</sup> Das Baurecht kann in Form eines selbständigen und dauernden Rechts für die Dauer von mindestens dreissig und maximal hundert Jahre errichtet und als selbständiges Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden.<sup>2</sup>

[Rz 2] Der Berechtigte kann entsprechend dem Inhalt des Dienstbarkeitsrechts weitgehend frei über die Nutzung und den Gebrauch der von ihm gestützt auf das Baurecht errichteten Bauten bestimmen.<sup>3</sup> So steht es ihm insbesondere frei, einen Mietvertrag abzuschliessen und seine Baute oder Teile davon an einen Dritten zu vermieten. Sofern im Mietvertrag keine anderslautenden Bestimmungen getroffen wurden, kommen für die Vermietung von im Baurecht erstellten Bauten die Grundsätze des Mietrechts nach dem Obligationenrecht<sup>4</sup> zur Anwendung. Der Mietvertrag kann gemäss Art. 255 Abs. 1 Obligationenrecht (OR) entweder befristet oder unbefristet abgeschlossen werden. Die Vermietung von im Baurecht errichteten Bauten ist grundsätzlich unproblematisch, wenn der Mietvertrag entweder jederzeit unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist per Ablauf der Baurechtsdauer kündbar ist oder die vereinbarte feste Mietdauer bei Untergang des Baurechts abläuft. Näher zu prüfen ist indessen die Rechtslage, sofern für die im Baurecht erstellte Baute noch ein Mietverhältnis besteht, welches über den Zeitpunkt des Untergangs des Baurechts fort dauert.<sup>5</sup> Mit dem Untergang des Baurechts tritt der sog. Heimfall ein und die auf dem Grundstück errichteten Bauten fallen – unter Vorbehalt allfälliger Entschädigungsansprüche des bisherigen Bauberechtigten – ins Eigentum des Grundeigentümers. Ebenso gehen alle zugunsten und zulasten des Baurechts begründeten Rechte unter und werden nicht auf den Grundeigentümer übertragen.<sup>6</sup> Der Grundeigentümer erlangt folglich nach Untergang des Baurechts die uneingeschränkte Verfügungsmacht über sein Grundstück inklusive die dar-

---

<sup>1</sup> PETER R. ISLER/DOMINIQUE GROSS, Art. 779 ZGB, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 5. Auflage 2015, N 5 und 9.

<sup>2</sup> BSK ZGB II-ISLER/GROSS, Art. 779 N 27 und 30; vgl. Art. 779I Abs. 1 und Art. 655 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB.

<sup>3</sup> BSK ZGB II-ISLER/GROSS, Art. 779 N 5.

<sup>4</sup> Vgl. Art. 253 ff. OR.

<sup>5</sup> CLAUDE MONNIER, Schicksal des Mietverhältnisses an einer Baurechtsbaute bei Untergang des Baurechts, in: Jusletter 3. Juni 2013, Rz 3 f.

<sup>6</sup> BSK ZGB II-ISLER/GROSS, Art. 779c N 2 ff.

auf erstellte Baute. Diesem Grundsatz stünde ein weiter andauernder Mietvertrag an der im Baurecht erstellten Baute entgegen, da der Grundeigentümer nicht frei über sein Eigentum verfügen könnte.<sup>7</sup>

## II. Verschiedene Lehrmeinungen

[Rz 3] In der Lehre ist die Rechtslage umstritten, wenn die zwischen dem Baurechtsberechtigten und dem Mieter vereinbarte Mietdauer über den Zeitpunkt des Ablaufs des Baurechts fort dauert. Insbesondere bestehen geteilte Lehrmeinungen darüber, ob und inwieweit Art. 261 und Art. 261a OR analog zur Anwendung gelangen. Während der mieterfreundliche Teil der Lehre sich für eine analoge Anwendbarkeit von Art. 261 OR ausspricht, lehnen verschiedene Autoren die analoge Anwendbarkeit dieser Norm im Zusammenhang mit dem Baurechtsuntergang ab. Bis anhin liessen sich zu dieser Thematik kaum Gerichtsentscheide finden. Im Urteil des Bundesgerichts 4A\_553/2015 vom 10. März 2016 bot sich dem Bundesgericht nun aber erstmals die Gelegenheit zur Beurteilung dieser umstrittenen Rechtslage. Das Bundesgericht hatte im besagten Entscheid zu beurteilen, ob mit dem Heimfall einer im Baurecht erstellten Baute im Sinne von Art. 779c ZGB von Gesetzes wegen ein an der Baute bestehendes Mietverhältnis auf den Grundeigentümer übergeht oder nicht. Bevor auf die Ausführungen des Bundesgerichts zu dieser Fragestellung näher eingegangen wird, gilt es im Folgenden einen kurzen Überblick über die verschiedenen Lehrmeinungen zu verschaffen.

### 1. Analoge Anwendbarkeit mietrechtlicher Bestimmungen zur Handänderung

[Rz 4] Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass hinsichtlich allfälliger, bezüglich der im Baurecht erstellten Baute abgeschlossener Mietverträge, eine Ausnahme vom Grundsatz besteht, wonach alle zugunsten und zulasten des Baurechts begründeten Rechte mit dem Baurecht untergehen. Gemäss analoger Anwendung von Art. 261 Abs. 1 OR gehen solche Mietverträge auf den Grundeigentümer über, welcher seinerseits die ihm zustehenden Rechte gemäss Art. 261 Abs. 2 OR analog geltend machen kann.<sup>8</sup> Die besagten Autoren schlagen folglich die analoge Anwendbarkeit von Art. 261a i.V.m. Art. 261 OR vor und stellen im Ergebnis den Tatbestand der Handänderung mit demjenigen des Erlöschens beschränkter dinglicher Rechte gleich.<sup>9</sup> Weshalb sie zu dieser Überzeugung gelangt sind, wird indessen nicht näher begründet. Weitgehend stützen sich

---

<sup>7</sup> MONNIER, Rz 4.

<sup>8</sup> BSK ZGB II-ISLER/GROSS, Art. 779c N 4; WEBER ROGER, Art. 261a OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529, 6. Auflage, Basel 2015, N 2; PETER HEINRICH, Art. 261–261b OR, in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin/Daniel Girsberger (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184–318 OR, 2. Auflage, Zürich 2012, N 2; vgl. MAX BAUMANN, Art. 751 ZGB, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Nutzniessung und Wohnrecht, Art. 745–778 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1999, N 12 (bezieht sich allerdings auf die Nutzniessung); vgl. BSK ZGB II-ROLAND M. MÜLLER, Art. 751 N 7, welcher bei der Nutzniessung bezüglich der analogen Anwendbarkeit von Art. 261 OR differenziert, ob der Mieter bzw. Pächter gutgläubig war oder ob er vom Ablauf der Dienstbarkeit hätte Kenntnis haben können. Bei einer lebenslangen Nutzniessung kann der Mieter die Beendigung nicht abschätzen, weshalb der Eigentümer in die Vermieterstellung eintritt.

<sup>9</sup> Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, RAYMOND BISANG ET. AL., Art. 261–261b, N 7; vgl. Fn. 8.

die Autoren auf den Bundesgerichtsentscheid BGE 113 II 121, wonach auch beim Erlöschen eines beschränkten dinglichen Rechts Art. 261a OR analog zur Anwendung gelangt und somit auch in dieser Konstellation ein der Handänderung gleichkommender Tatbestand vorliegt. Der Grundeigentümer wird dadurch wie ein Käufer an den Mietvertrag gebunden und kann diesen erst auf den nächsten gesetzlichen Kündigungstermin kündigen.<sup>10</sup> Das Bundesgericht ging in diesem Entscheid davon aus, dass beim Untergang des beschränkten dinglichen Rechts das Mietverhältnis auf den Eigentümer übergeht. Begründet hat es diese Ansicht im Wesentlichen damit, dass die Bestimmung von Art. 261 OR (aArt. 259 Abs. 2 OR) dem Schutz des Mieters diene und dass dessen Interessen höher zu gewichten seien als diejenigen des Grundeigentümers. Dies deshalb, weil der Grundeigentümer nur für eine begrenzte Zeit an den Mietvertrag gebunden wird, der Mieter dagegen plötzlich und ohne sein Zutun einem Dritten gegenüber steht mit welchem er keinen Vertrag abgeschlossen hat und welcher folglich durch den Mietvertrag nicht gebunden ist.<sup>11</sup> Zu beachten ist jedoch, dass sich die Erwägungen des Bundesgerichts im besagten Entscheid auf den Sachverhalt des Untergangs einer Nutzniessung durch Tod beziehen. Ob sich das Ergebnis auf andere beschränkte dingliche Rechte und insbesondere auf den Untergang des Baurechts übertragen lässt, wurde letztlich offen gelassen.

## **2. Keine analoge Anwendbarkeit mietrechtlicher Bestimmungen, jedoch Parallelen zum Untermietverhältnis**

[Rz 5] Verschiedene Autoren sprechen sich gegen die analoge Anwendbarkeit von Art. 261 und Art. 261a OR aus. Gemäss PETER HIGI ist die Anwendbarkeit von Art. 261 und Art. 261a OR ausgeschlossen, sofern keine Veräusserung der Mietsache stattfindet. Die Veräusserung umfasst dabei den Eigentumswechsel an der Mietsache infolge eines Rechtsgeschäfts (z.B. Kauf, Tausch, Schenkung). Gemäss einer gesetzessystematischen und grammatikalischen Auslegung liegt beim Untergang des Baurechts infolge Zeitablaufs keine Veräusserung im Sinne von Art. 261 f. OR vor, weshalb keine Gleichsetzung mit der Konstellation einer Handänderung bei der Miete erfolgt.<sup>12</sup> BENNO HENGGELER schliesst sich im Ergebnis dieser Ansicht an. Als Begründung führt er des Weiteren auf, dass die Interessen des Grundeigentümers an der Wiedererlangung des unbelasteten Eigentums höher zu gewichten sind als diejenigen des Mieters am Fortbestand des Mietvertrags. Dies deshalb, weil die Eigentümerbefugnisse des Grundeigentümers nur im Umfang des dem Berechtigten eingeräumten Baurechts beschränkt werden. Geht das Baurecht unter, so fallen diese Beschränkungen dahin und der Grundeigentümer soll grundsätzlich davon ausgehen dürfen, dass er die volle Verfügungsbefugnis am Grundstück mit Untergang des Baurechts zurück erlangt. Dem Grundeigentümer kann nicht zugemutet werden, dass er sich an einen Mietvertrag halten muss, bei dessen Abschluss er nicht involviert gewesen war bzw. von dessen Abschluss er gar keine Kenntnis hatte. Ausnahmsweise gilt es aber auch den Mieter zu schützen und zwar dann, wenn das Baurecht unerwartet und plötzlich untergeht. In einer solchen Situation soll der

---

<sup>10</sup> BGE 113 II 121 E. 3 S. 126; vgl. ebenso Urteil des Bundesgerichts 4C.235/2005 vom 24. Oktober 2005 E. 3.1 f.; Entscheid des Zürcher Obergerichts, in: ZBGR 84/2003 S. 248 ff.

<sup>11</sup> BGE 113 II 121 E. 3b S. 127

<sup>12</sup> ZK OR-PETER HIGI, Art. 261–261a N 4, 7 und 11; ebenso BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, Habilitation, N 544 f.

Mieter sein Recht während einer angemessenen Frist weiter ausüben dürfen.<sup>13</sup> E contrario ist der Übergang des Mietverhältnisses auf den Grundeigentümer nicht gerechtfertigt, sofern der Mieter vom Ende der Rechte des Vermieters Kenntnis haben konnte.

[Rz 6] Auch ein Vergleich mit dem Untermietverhältnis unterstützt die Ansicht der besagten Autoren, denn der Mieter einer Baurechtsbaute befindet sich in einer ähnlichen Situation wie in einem Untermietverhältnis, da der Grundeigentümer und der Vermieter nicht dieselbe Person sind. Das Untermietverhältnis setzt die Existenz eines Hauptmietverhältnisses voraus und kann deshalb nicht länger andauern als das Hauptmietverhältnis. Spätestens mit der Beendigung des Hauptmietverhältnisses verliert der Untermieter seinen Anspruch auf Realerfüllung.<sup>14</sup> Genauso wie der Mieter im Untermietverhältnis muss der Mieter einer Baurechtsbaute damit rechnen, dass das Mietverhältnis bloss ein Befristetes ist. Art. 261 OR findet demnach keine Anwendung.<sup>15</sup>

### III. Rechtsprechung

#### 1. Sachverhalt

[Rz 7] Dem Urteil des Bundesgerichts 4A\_553/2015 vom 10. März 2016 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der damalige Grundeigentümer räumte zugunsten der Vermieterin ein Baurecht ein, welches als selbständiges Grundstück ins Grundbuch aufgenommen wurde. Die im Baurecht stehende Baute wurde von der Vermieterin an einen Dritten vermietet. Der Mietvertrag wurde zu Beginn des Mietverhältnisses im Grundbuch vorgemerkt. Im Jahre 2012 wurde das Grundstück von einer neuen Eigentümerin erworben, welche daraufhin der Mieterin die Auflösung des Mietverhältnisses infolge Heimfall per Ende April 2013 erklärte.<sup>16</sup>

#### 2. Erwägungen und Entscheid

[Rz 8] Unbestritten war, dass die neue Grundeigentümerin nie willentlich in das Mietverhältnis zwischen der Vermieterin und der Mieterin eingetreten ist. Es war deshalb zu prüfen, ob bei einem Heimfall gemäss Art. 779c ZGB ein Mietverhältnis von Gesetzes wegen auf den Grundeigentümer übergeht. Das Sachenrecht enthält keine Bestimmungen, welche einen solchen Übergang vorsehen, weshalb ein Übergang des Mietverhältnisses nur gestützt auf Art. 261 bzw. Art. 261a OR in Frage kommt.<sup>17</sup> Gemäss diesen Bestimmungen geht das Mietverhältnis bei der Veräusserung oder der Zwangsvollstreckung des Mietobjekts von Gesetzes wegen auf den Erwerber über. Dies gilt analog bei der Einräumung eines beschränkten dinglichen Rechts an einen Dritten, wenn dies einem Eigentümerwechsel gleichkommt. Das Bundesgericht hatte deshalb zu prüfen, ob Art. 261 f. OR auf den geschilderten Sachverhalt direkt oder allenfalls analog zur Anwendung gelangt. Die direkte Anwendbarkeit von Art. 261 Abs. 1 OR wurde mit der Begründung

---

<sup>13</sup> BENNO HENGGELER, Die Beendigung der Baurechtsdienstbarkeit infolge Zeitablaufs und der vorzeitige Heimfall (Art. 779c ff. ZGB), S. 89 ff. m.w.H.

<sup>14</sup> ZK OR-HIGI, Art. 262 N 19.

<sup>15</sup> Vgl. HÜRLIMANN-KAUPP, Rz 708.

<sup>16</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_553/2015 vom 10. März 2016 E. A.a.

<sup>17</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_553/2015 vom 10. März 2016 E. 3.

verneint, dass es im konkreten Fall an einer Veräusserung des Mietobjekts fehle.<sup>18</sup> Anschliessend prüfte das Bundesgericht, ob eine analoge Anwendung von Art. 261 Abs. 1 OR angezeigt ist. Eine analoge Anwendbarkeit von Art. 261 OR auf den Heimfall rechtfertigt sich jedoch nur dann, wenn die Interessenlage der vom Heimfall Betroffenen vergleichbar mit jener der Parteien gemäss Art. 261 OR ist. Diese Rechtsfrage machte das Bundesgericht vom Kriterium der Voraussehbarkeit des Heimfalls abhängig. Im Ergebnis kam es zur Überzeugung, dass die Voraussehbarkeit im vorliegenden Fall bejaht werden konnte, da der Mietvertrag die Vormerkung im Grundbuch vorsah und dieser zu Beginn des Mietverhältnisses auch im Grundbuch vorgemerkt wurde. Der Mieterin sei deshalb bekannt gewesen, dass die Vermieterin bloss Baurechtsinhaberin war. Eine analoge Anwendbarkeit von Art. 261 OR kommt aufgrund der Voraussehbarkeit des Heimfalls für die Mieterin in dieser Konstellation nicht in Frage.<sup>19</sup> Im Ergebnis bedeutete dies, dass das Mietverhältnis mit Untergang des Baurechts nicht auf den Grundeigentümer übertragen wird und die Aufhebung rechtsgültig ist.

### 3. Besprechung

[Rz 9] Das Bundesgericht verneinte klar die direkte Anwendbarkeit von Art. 261 und Art. 261a OR, da der Heimfall gemäss Art. 779c ZGB nicht vom Wortlaut von Art. 261 Abs. 1 OR erfasst wird. Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 261 Abs. 1 OR ist, dass der Vermieter das Mietobjekt veräussert. Ist diese Voraussetzung gegeben, so tritt die Rechtsfolge ein und das Mietverhältnis geht mit dem Eigentum an der Sache auf den neuen Erwerber über. Diese wenn/dann-Konstellation wird insbesondere auch durch den französischen Text der Norm ersichtlich.<sup>20</sup> Falls also der Eigentümer nach Abschluss des Mietvertrages das Grundstück veräussert, dann geht der Mietvertrag auf den Erwerber über. Anknüpfungspunkt ist dabei nicht der Eigentumsübergang, sondern das ihm zugrundeliegende Geschäft. Art. 261 Abs. 1 OR unterscheidet klar zwischen dem Verpflichtungsgeschäft und dem darauf folgenden Verfügungsgeschäft. Dabei entscheidet das Verpflichtungsgeschäft (Abschluss eines Kaufvertrages bzw. Entzug im Rahmen eines Schuldbetreibungs- und Konkursverfahrens) darüber, ob der Mietvertrag auf den neuen Erwerber übergeht, während das Verfügungsgeschäft (Eigentümerwechsel) einzig und allein den Zeitpunkt des Übergangs bestimmt.<sup>21</sup> Obwohl beim Heimfall ein Eigentümerwechsel in Bezug auf die Baurechtsbaute statt findet, ist der Tatbestand von Art. 261 Abs. 1 OR klar nicht erfüllt, denn es fehlt an der Veräusserung der Baute an den Grundeigentümer. Da für die Anwendbarkeit von Art. 261/261a OR nicht einzig am Eigentumsübergang angeknüpft werden kann, sondern die Veräusserung des Mietobjekts verlangt wird, fehlt es im Fall des Untergangs eines Baurechts zwischen dem bisherigen Bauberechtigten und dem Grundeigentümer an einem solchen rechtsgeschäftlichen Handeln nach Abschluss des Mietvertrages. Die direkte Anwendbarkeit von Art. 261 resp. 261a OR wurde deshalb vom Bundesgericht zu Recht verneint.

---

<sup>18</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_553/2015 vom 10. März 2016 E. 4.

<sup>19</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_553/2015 vom 10. März 2016 E. 5.3.1 f.

<sup>20</sup> Vgl. Art. 216 CO: «Si, après la conclusion du contrat, le bailleur aliène la chose louée ou si elle lui est enlevée dans le cadre d'une poursuite pour dettes ou d'une faillite, le bail passe à l'acquéreur avec la propriété de la chose».

<sup>21</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_553/2015 vom 10. März 2016 E. 4; vgl. Botschaft des Bundesrats zur Revision des Miet- und Pachtrechts vom 27. März 1985, BBl 1985aIa1389, S. 1440.

[Rz 10] Bei einer Veräusserung der Mietsache befindet sich ein Mieter in einer ähnlichen Situation, wie wenn der Inhaber eines Baurechts die Sache vermietet und das Recht vor Ablauf des Mietvertrags untergeht. Aufgrund dieses vergleichbaren Sachverhalts prüfte das Bundesgericht des Weiteren, ob eine analoge Anwendung von Art. 261 Abs. 1 OR gerechtfertigt ist. Bei der Analogie handelt es sich um eine teleologisch motivierte Erweiterung des Anwendungsbereichs einer Rechtsnorm, indem man diese über den Wortlaut hinaus auf einen ähnlich gelagerten Sachverhalt anwendet.<sup>22</sup> Die analoge Anwendung einer Gesetzesbestimmung über deren Wortlaut hinaus bedarf einer besonderen Rechtfertigung in dem Sinne, dass auf jeden Fall die Interessenlage der vom Untergang des Baurechts Betroffenen vergleichbar mit jener der Parteien gemäss Art. 261 OR ist.<sup>23</sup> Das Bundesgericht knüpfte bei der Beurteilung der Interessenlage – unter Bezugnahme auf den bereits erwähnten früheren Entscheid<sup>24</sup> – an das Kriterium der Voraussehbarkeit an. Ein Analogieschluss würde sich unter Umständen dann rechtfertigen, wenn der Untergang des Baurechts ebenso wenig voraussehbar ist, wie der Eigentümerwechsel zufolge Veräusserung des Mietobjekts und daher das Schutzbedürfnis der Mieter vergleichbar ist. Die Mieterin darf folglich vom Bestand und somit vom Risiko des Untergangs eines Baurechts keine Kenntnis gehabt haben. Nur wenn der Heimfall plötzlich und unerwartet eintritt, rechtfertigt sich die analoge Anwendbarkeit von Art. 261 OR. Da im vorliegenden Fall das Baurecht als eigenes Grundstück ins Grundbuch aufgenommen wurde, sowie dessen zeitliche Beschränkung aus dem Grundbucheintrag zu entnehmen war und der Mietvertrag im Grundbuch vorgemerkt wurde, stellte sich die Frage, ob das Prinzip der negativen Publizitätswirkung des Grundbuchs zur Anwendung kommt. Art. 970 Abs. 4 ZGB sieht vor, dass die Einwendung, jemand habe einen Grundbucheintrag nicht gekannt, unter gewissen Bedingungen ausgeschlossen ist. Von Gesetzes wegen wird somit unwiderlegbar die Kenntnis des Eintrages fingiert.<sup>25</sup> Das Bundesgericht führte dazu aus, dass die Fiktion der Kenntnis den gutgläubigen Erwerber eines dinglichen oder vormerkbaren persönlichen Rechts betreffe und nicht bedeute, dass der Inhalt des Grundbuchs für jedermann als bekannt vorausgesetzt werden darf. Da aber im vorliegenden Sachverhalt die Mieterin durch den Mietvertrag ermächtigt wurde diesen im Grundbuch vormerken zu lassen und dies auch tatsächlich getan hat, ist ihr bekannt gewesen, dass die Vermieterin bloss Baurechtsinhaberin gewesen ist. Der Heimfall war für die Mieterin somit voraussehbar, weshalb eine analoge Anwendung von Art. 261 Abs. 1 OR nicht in Frage kam. Das Bundesgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Mieterin Kenntnis vom Grundbucheintrag haben musste. Da die Vormerkung nur auf dem selbständigen und dauernden Baurechtsgrundstück erfolgen konnte, musste die Mieterin, um diese Vormerkung vornehmen zu können, wissen, dass es sich dabei um ein Baurechtsgrundstück handelt. Folglich hatte sie auch Kenntnis davon, dass die Vermieterin bloss Bauberechtigte war und dass das Baurechtsgrundstück bei Ablauf der Baurechtsdauer an die Grundeigentümerin heimfallen würde.

[Rz 11] Bedauerlicherweise hat sich das Bundesgericht nicht generell zur Frage der analogen Anwendbarkeit von Art. 261 OR in der besagten Konstellation geäussert.<sup>26</sup> Offengelassen wurde in diesem Zusammenhang auch ob die Kenntnisfiktion des Grundbuchs auf den Mieter Anwen-

---

<sup>22</sup> SUSAN EMMENEGGER/AXEL TSCHENTSCHER, in Berner Kommentar zum Zivilgesetzbuch, 2012, Art. 1 N 376.

<sup>23</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_553/2015 vom 10. März 2016 E. 5.3.

<sup>24</sup> BGE 113 II 121.

<sup>25</sup> BSK ZGB II-SCHMID, Art. 970 N 32 ff.

<sup>26</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_553/2015 vom 10. März 2016 E. 5.3.2.

dung findet, welcher lediglich das Recht hat, seinen Vertrag im Grundbuch vormerken zu lassen (die Vormerkung aber in der Folge unterlässt). Anknüpfend an den Wortlaut des Urteils wonach die Kenntnisfiktion demjenigen entgegengehalten werden kann, welcher ein vormerkbares Recht erwirbt, ist davon auszugehen, dass ein vormerkbarer Mietvertrag die Kenntnisfiktion des Grundbuchs unabhängig ob das Recht im Grundbuch vorgemerkt wird oder nicht, auslöst. Mieter, insbesondere Mieter von Geschäftsräumen, welche eine entsprechende Klausel zur Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch vereinbaren, sind gut beraten, sich beim Abschluss des Vertrages über die Situation im Grundbuch zu informieren oder vom Vermieter einen zu diesem Zeitpunkt gültigen Grundbuchauszug zu verlangen. Gemäss Art. 970 Abs. 1 ZGB kann jede Person ohne besonderen Interessennachweis Auskunft über den Inhalt des Hauptbuches verlangen bezüglich: der Bezeichnung des Grundstücks und der Grundstücksbeschreibung, dem Namen und der Identifikation des Eigentümers, sowie der Eigentumsform und des Erwerbsdatums. Wer zudem wie der Mieter als Inhaber eines vormerkbaren Rechts ein Interesse geltend machen kann, hat Anspruch darauf, dass ihm ein vollständiger Grundbuchauszug ausgestellt wird. Die Hürde, an massgeblichen Informationen zu gelangen, ist also nicht allzu hoch, weshalb vom Mieter eines vormerkbaren Rechts durchaus verlangt werden kann, sich diese Informationen zu beschaffen.

[Rz 12] Gemäss Bundesgericht ist ein Analogieschluss nur dann angezeigt, wenn die Interessenlage der vom Untergang des Baurechts Betroffenen vergleichbar mit jener der Parteien gemäss Art. 261 OR ist.<sup>27</sup> In seinen Ausführungen musste das Bundesgericht im fraglichen Entscheid jedoch nur auf die Interessenlage des Mieters eingehen, um zu beurteilen, ob ein vergleichbares Schutzbedürfnis besteht. Um die Interessenlage umfassend zu beurteilen, wäre es indessen auch angezeigt, diejenige des Erwerbers beim Kauf bzw. diejenige des Grundeigentümers beim Heimfall zu vergleichen. Schliesst der Erwerber einen Kaufvertrag über ein Grundstück mit einem Veräusserer ab, so erwirbt er dies in der Regel in voller Kenntnis der bestehenden Mietverhältnisse am Vertragsobjekt. Der Erwerber weiss deshalb, dass er das Kaufobjekt mit den bestehenden Mietverträgen übernimmt und deshalb in seinen Grundeigentümerbefugnissen beschränkt wird. Für den Erwerber bedarf es deshalb keinen besonderen Schutz. In dieser Konstellation ist es gerechtfertigt, dass die Interessen des Mieters, welcher plötzlich und unvorhersehbar einem Dritten gegenübersteht, mit welchem er keinen Vertrag eingegangen ist, durch Art. 261 bzw. Art. 261a OR geschützt werden.<sup>28</sup>

[Rz 13] Anders ist die Interessenlage, wenn der Grundeigentümer nach Untergang des Baurechts plötzlich mit einem bestehenden Mietverhältnis konfrontiert wird. Räumt der Grundeigentümer einem Bauberechtigten ein Baurecht ein, so führt dies zu einer Beschränkung seiner Eigentümerbefugnisse im Rahmen der gewährten Dienstbarkeit. Fällt das Baurecht infolge Zeitablaufs an den Grundeigentümer heim, so werden dadurch alle Beschränkungen aufgehoben und der Grundeigentümer erlangt die vollen Verfügungsbefugnisse zurück.<sup>29</sup> Bei der Einräumung eines Baurechts darf der Grundeigentümer folglich nach Treu und Glauben damit rechnen, dass die durch die Errichtung des Baurechts geschaffene Beschränkung der Grundeigentümerbefugnisse mit dem Heimfall der bestehenden Bauwerke wieder aufgehoben ist. Es erscheint deshalb stossend, dass der Grundeigentümer aus einem Vertrag verpflichtet werden soll, bei dessen Abschluss er nicht beteiligt war bzw. von dessen Abschluss er nicht in Kenntnis gesetzt wurde und zu dessen Kon-

---

<sup>27</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_553/2015 vom 10. März 2016 E. 5.3.

<sup>28</sup> Vgl. BGE 113 II 121 E. 3b S. 128.

<sup>29</sup> BSK ZGB II-ISLER/GROSS, Art. 779c N 2 ff.; HENGELER, S. 89 f.



ditionen er sich somit nicht äussern konnte. In der Konstellation des Untergangs des Baurechts ist folglich den Interessen des Grundeigentümers ebenfalls Rechnung zu tragen. Es erscheint als nicht gerechtfertigt, dass der Grundeigentümer an die bestehenden Mietverhältnisse gebunden wird und er Wohn- und Geschäftsräume gemäss Art. 261 Abs. 2 OR lediglich bei dringendem Eigenbedarf auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen darf. So ist er unter Umständen gezwungen, das bestehende Mietverhältnis weiterzuführen, wenn er keinen dringenden Eigenbedarf geltend machen kann oder den gesetzlichen Kündigungstermin verpasst. In diesem Fall blieben ihm nur Schadenersatzforderungen gegenüber dem fehlbaren Baurechtsberechtigten und Vermieter. Insgesamt scheint die Interessenlage des Grundeigentümers beim Heimfall in keiner Konstellation mit jener des Erwerbers beim Kauf eines Grundstücks vergleichbar zu sein, weshalb die analoge Anwendbarkeit von Art. 261 OR in der Konstellation des Baurechts generell nicht gerechtfertigt zu sein scheint. Gegen die Anwendbarkeit von Art. 261 OR spricht auch ein Vergleich der Dreieckskonstellation beim Baurecht mit derjenigen beim Untermietverhältnis. Das Untermietverhältnis wird auf die Dauer des Hauptmietverhältnisses begrenzt und der Anspruch auf Realerfüllung des (Unter)mieters geht spätestens mit der Beendigung des Hauptmietverhältnisses unter.<sup>30</sup> Weshalb der Mieter einer im Baurecht erstellten Baute gegenüber dem Grundeigentümer im Zeitpunkt des Heimfalls im Ergebnis mehr Rechte haben sollte als der Untermieter bei Beendigung des Hauptmietverhältnisses, kann ebenfalls nicht mit stichhaltigen Gründen dargelegt werden, weshalb eine analoge Anwendbarkeit der Regelungen zum Untermietverhältnis hier ebenfalls als sachgerecht erscheint.<sup>31</sup>

---

CLAUDE MONNIER ist selbständiger Rechtsanwalt und Notar bei Häusermann + Partner, Bern. Er ist in der ganzen Schweiz tätig und hat sich spezialisiert auf Fragen aus dem Immobiliarsachenrecht inkl. Immobilientransaktionen.

Der besondere Dank des Autors geht an die Praktikantin Frau Michelle Oswald, MLaw, welche bei der Zusammenstellung der Materialien und bei der Abfassung des Aufsatzes Wesentliches beigetragen hat.

---

<sup>30</sup> ZK OR-HIGI, Art. 262 N 18 f. vgl. auch Art. 273b Abs. 1 OR.

<sup>31</sup> Ebenso HENGGELER, S. 90.