

Heft 3 Mai/Juni 2016 – 97. Jahrgang

## Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht

### Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier

Alle Urheber- und Verlagsrechte sind vorbehalten. Nachdruck, Vervielfältigung und elektronische Speicherung des ganzen Inhalts der Zeitschrift oder einzelner Teile ist nur mit Zustimmung der Redaktion gestattet.

Organ folgender Verbände/Organe des associations suivantes:

Zürcher Notariatsverein (ZNV), Aargauische Notariatsgesellschaft, Verein der Grundbuchverwalter und Konkursbeamten des Kantons Luzern und der Innerschweiz, Verband schweizerischer Grundbuchverwalter.

Tous les droits d'auteur et d'édition sont réservés. La réimpression, la photocopie et l'enregistrement électronique de tout ou partie des articles de la Revue ne sont autorisés qu'avec l'accord de la Rédaction.

## Formvorschriften bei der Übertragung von Baurechtsdienstbarkeiten

Von *Thomas J. Wenger*, Notar, Partner bei Häusermann + Partner, und  
*Bernhard Blum*, Rechtsanwalt und Notar bei Häusermann + Partner, Bern<sup>1</sup>.

### I. Einleitung

In der Praxis werden Baurechtsdienstbarkeiten (Art. 675 ZGB, Art. 779 ff. ZGB) häufig übertragbar ausgestaltet (Art. 779 Abs. 2 ZGB). Man spricht in diesem Zusammenhang auch von selbständigen Baurechten.

Nach bisherigem Recht bedurfte nur der Vertrag über die Begründung eines selbständigen und dauernden Baurechts der öffentlichen Beurkundung (Art. 779a aZGB [in Kraft bis 31. Dezember 2011]), nicht jedoch jener zur Begründung eines Baurechts, welches unselbständig und/oder nicht dauernd ist. Nach neuem Recht wird für die Errichtung sämtlicher Baurechte eine öffentliche Beurkundung verlangt (Art. 779a Abs. 1 ZGB).

Im Zusammenhang mit den per 1. Januar 2012 in Kraft getretenen Änderungen im Sachenrecht des ZGB stellt sich die Frage, welche Formvorschriften bei der Übertragung solcher Baurechtsdienstbarkeiten zu beachten sind und welche Bedeutung dem Eintrag im Grundbuch zukommt.

### II. Baurechte mit eigenem Grundbuchblatt

#### 1. Vorbemerkung

Ein Baurecht, welches weder zugunsten eines berechtigten Grundstücks noch ausschliesslich zugunsten einer bestimmten Person errichtet ist und auf wenigstens 30 Jahre oder auf unbestimmte Zeit begründet ist,

<sup>1</sup> Die Autoren bedanken sich bei *Stefan Jost*, MLaw, für die tatkräftige Unterstützung bei der Zusammenstellung der Materialien und der Abfassung des Beitrages.

wird als selbständiges und dauerndes Baurecht bezeichnet (Art. 655 Abs. 3 ZGB). Als selbständiges und dauerndes Recht («SDR») kann es auf schriftliches Begehren der berechtigten Person als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden (Art. 779 Abs. 3 ZGB sowie Art. 943 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 22 GBV). Die Aufnahme geschieht durch Eröffnung eines Hauptbuchblatts und durch eine Grundstücksbeschreibung, unter Angabe der Bezeichnung des belasteten Grundstücks und gegebenenfalls der Dauer des Rechts (Art. 22 Abs. 2 GBV).

### **2. Form des Vertrags auf Eigentumsübertragung**

Da die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte als Grundstücke im Sinne des ZGB gelten (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB), hat deren Übertragung nach den Regeln des Grundeigentums zu erfolgen. Das ZGB hält hierzu fest, dass der Vertrag auf Eigentumsübertragung als Verpflichtungsgeschäft zu seiner Verbindlichkeit der öffentlichen Beurkundung bedarf (Art. 657 Abs. 1 ZGB). Soll demnach ein selbständiges, dauerndes Baurecht mit eigenem Grundbuchblatt durch Rechtsgeschäft übertragen werden, bedarf dies grundsätzlich der öffentlichen Beurkundung (Art. 657 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 11 OR). Vereinzelt sieht das Gesetz Ausnahmen vor<sup>2</sup>.

### **3. Wirkungen des Grundbucheintrags**

Die rechtsgeschäftliche Übertragung der Baurechte mit eigenem Grundbuchblatt (Verfügungsgeschäft) erfolgt mit Eintragung im Grundbuch<sup>3</sup>. Diese hat grundsätzlich konstitutive Wirkung, d.h. das Eigentum geht erst mit Eintragung im Grundbuch über (absolutes Eintragungsprinzip; Art. 656 Abs. 1 ZGB). Ausnahmen bestätigen auch hier die Regel: Der Übergang des Eigentums erfolgt namentlich bei Aneignung, Erbgang, Enteignung, Zwangsvollstreckung oder gerichtlichem Urteil ausserbuchlich. Der Eintrag im Grundbuch ist dann rein deklaratorischer Natur (relatives Eintragungsprinzip; Art. 656 Abs. 2 ZGB).

## **III. Baurechte ohne eigenes Grundbuchblatt**

### **1. Vorbemerkung**

Weniger klar ist die Frage der zu berücksichtigenden Formvorschriften bei der Übertragung von selbständigen Baurechten, die nicht als Grundstücke im Grundbuch aufgenommen sind. Aus der per 1. Januar 2012 erfolgten Ausdehnung des Beurkundungszwangs bei der Errichtung von Dienstbarkeiten ziehen einige Autoren den Schluss, dass auch für die Übertragung von Baurechten ohne eigenes Grundbuchblatt eine

<sup>2</sup> Vgl. hierzu die Übersicht bei BSK ZGB II-*Laim*, 4. Aufl., Basel 2011, N. 37 ff. zu Art. 657 ZGB.

<sup>3</sup> Vgl. bereits *Liver*, Über die Formen der Begründung und Übertragung von dinglichen Rechten an Grundstücken, ZGBR 26 S. 65.

öffentliche Beurkundung zwingend notwendig sei<sup>4</sup>. Von anderen wird ein konstitutiver Grundbucheintrag gefordert<sup>5</sup>.

Nach Ansicht der Autoren des vorliegenden Beitrags kann bei der Übertragung von Baurechten ohne eigenes Grundbuchblatt weder einer Ausdehnung des Formzwangs noch dem Erfordernis eines konstitutiven Grundbucheintrags gefolgt werden. Dies ist sogleich näher zu begründen.

## 2. Form des Vertrags auf Eigentumsübertragung

Vorab ist die Rechtsnatur der Dienstbarkeit kurz zu beleuchten. Nach herrschender Lehre handelt es sich um ein beschränkt dingliches Nutzungs- und Gebrauchsrecht, welches für den Eigentümer des belasteten Grundstücks mit einer Duldungs- bzw. Unterlassungspflicht einhergeht<sup>6</sup>. Somit trifft den Eigentümer des belasteten Grundstücks keine Pflicht zu einem aktiven Tun. Eine Verpflichtung zur aktiven Vornahme einer Handlung kann höchstens im Rahmen einer nebensächlichen Pflicht vereinbart werden. Für die Errichtung der Dienstbarkeit bedarf es kumulativ eines Rechtsgrunds und eines Eintrags im Grundbuch. Bei den gesetzlich besonders geregelten Dienstbarkeiten handelt es sich um das bereits erwähnte Baurecht, die Nutzniessung, das Wohnrecht und das Quellenrecht. Dienstbarkeiten, welche inhaltlich nicht zu den eben genannten gezählt werden können, gehören zu den übrigen Dienstbarkeiten gemäss Art. 781 OR i.V.m. Art. 730–743 OR<sup>7</sup>.

Die Baurechtsdienstbarkeit durchbricht das Akzessionsprinzip. Das bedeutet, dass diese Dienstbarkeit einer Person ein Recht einräumt, auf fremden Grundstück ein Bauwerk zu errichten bzw. beizubehalten. Während das Grundstück im Eigentum des Baurechtgebers verbleibt, wird der Berechtigte am Baurecht Eigentümer des Bauwerks<sup>8</sup>. Im Rahmen des Baurechts können obligationenrechtliche Vereinbarungen (z.B. der Bauzins) im Grundbuch vorgemerkt werden. Somit kann der Baurechts-

<sup>4</sup> So etwa BSK ZGB II-Isler/Costantini, N. 21 zu Art. 779 ZGB, allerdings ohne eingehende Begründung.

<sup>5</sup> Namentlich Wolfer, Zur Übertragung von Personaldienstbarkeiten: Übertragungsvorgang und Übertragungsbeschränkungen, AJP 2010 S. 39 ff.; anders jedoch die h.L.: vgl. Roberto/Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, 4. Aufl., Bern 2014, N. 564; Henggeler, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N. 5 zu Art. 779 ZGB in fine; Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N. 1386 m.w.H.; Steinauer, Les droits réels, Band III, 4. Aufl., Bern 2012, N. 2527; Simonius/Sutter, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band II, Basel 1990, § 1 N. 67; Piotet, in: Schweizerisches Privatrecht V/1, Basel 1977, § 90 S. 568.

<sup>6</sup> Vgl. Riemer, Die beschränkten dinglichen Rechte, 2. Aufl., Bern 2000, S. 41 f.

<sup>7</sup> Riemer, a.a.O., S. ■

<sup>8</sup> Schmid, Dienstbarkeiten und das Bauen – von praktisch wichtigen Schnittstellen, in: Huber Stöckli [Hrsg.], Schweizerische Baurechtstagung 2015, Freiburg 2015, [Stelle ■].

dienstbarkeit als beschränkt dingliches Recht Pflichten gegenüberstehen, so dass faktisch wohl häufig ein ganzes Vertragsverhältnis vorliegt<sup>9</sup>.

Bei den hier interessierenden Baurechten handelt es sich gerade nicht um Grundstücke im Sinne des ZGB (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 – 4 ZGB e contrario). Entsprechend können auch die Vorschriften bezüglich des Übergangs von Grundeigentum – namentlich der für das Verpflichtungsgeschäft in Art. 657 Abs. 1 ZGB verankerte Beurkundungszwang – nicht einfach so übernommen werden. Nach dem laut Art. 7 ZGB im ganzen Privatrecht gültigen Grundsatz von Art. 11 Abs. 1 OR ist nur dann von einem Formzwang auszugehen, wenn das Gesetz einen solchen explizit vorschreibt. Das Bundesgericht legt deshalb Formvorschriften eng aus<sup>10</sup>.

Der Gesetzgeber hat es weder nach bisherigem Recht noch anlässlich der per 1. Januar 2012 in Kraft gesetzten Sachenrechtsrevision für nötig erachtet, die Übertragung von selbständigen Baurechten, die nicht als Grundstücke im Grundbuch aufgenommen sind, explizit der öffentlichen Beurkundung zu unterstellen. Weder der Botschaft<sup>11</sup> noch den parlamentarischen Beratungen in National- und Ständerat lassen sich Hinweise entnehmen, die auf eine beabsichtigte Verschärfung der Formvorschriften bei der Übertragung solcher Baurechte hindeuten würden. Die Wortprotokolle in den Räten zeigen im Gegenteil auf, dass bereits die Ausdehnung der Beurkundungspflicht auf die Errichtung sämtlicher Arten von Baurechten umstritten war<sup>12</sup>.

Unter diesen Umständen ist nicht einzusehen, warum sowohl für die Errichtung als auch die spätere Übertragung eines Baurechts ohne eigenes Grundbuchblatt zwingend die gleichen Formvorschriften gelten sollen. Vielmehr erscheint mit Blick auf die unterschiedliche Ausgangslage einerseits bei der Errichtung und andererseits bei der Übertragung eines derartigen Baurechts eine Differenzierung sachgerecht: Bei der Errichtung sind komplexe Fragen zu regeln, nebst der Dauer und dem Umfang des Baurechts etwa auch die Festsetzung des Baurechtszinses sowie der Heimfallsentschädigung. Hier erscheint der Formzwang der öffentlichen Beurkundung gerechtfertigt, um Auslegungsprobleme verringern und damit eine Erhöhung der Rechtssicherheit erzielen zu können<sup>13</sup>. Im Gegenzug geht es bei der Übertragung lediglich darum, die Berechtigung an einer bestehenden, inhaltlich bereits geregelten Baurechtsdienstbarkeit auf eine Drittperson zu übertragen. Besteht die Änderung lediglich in der Person des Berechtigten, so ist für eine hinreichende Sicherheit im Rechtsverkehr die Form der öffentlichen Beurkundung keinesfalls notwendig.

<sup>9</sup> Vgl. BGE 111 II 143 = ZBGR 69 S. 130.

<sup>10</sup> Vgl. BGE 116 II 117 Erw. 7b S. 127 = ZBGR 73 S. 165 Erw. 7b; BGE 113 II 402 Erw. 2c S. 405 = ZBGR 70 S. 290 Erw. 2c.

<sup>11</sup> BBl 2007 S. 5283 ff.

<sup>12</sup> Exemplarisch die anfängliche Skepsis im Ständerat: vgl. AB S 2008 S 412 f; aufgeschlossener demgegenüber der Nationalrat: vgl. AB N 2009 S. 610 ff.

<sup>13</sup> Vgl. *Arnet*, Neuerungen bei den Dienstbarkeiten, in: *Revision des Sachenrechts – ein erster Überblick für Eilige*, Bern 2012, S. 9 f.

Ähnlich ist die Sachlage bei den Vorkaufsrechten. Das nicht limitierte Vorkaufsrecht kann schriftlich begründet und auch übertragen werden<sup>14</sup>. Im Falle der Ausübung sind die Modalitäten des beurkundeten Kaufvertrags, welcher den Vorkaufsfall auslöst, massgeblich. Somit sind mit Ausnahme der Identität des Vorkaufsberechtigten, welcher in den beurkundeten Vertrag eintritt, alle Elemente beurkundet. Der Gesetzgeber hat es jedoch nicht für erforderlich gefunden, diese Identität dem Beurkundungszwang zu unterstellen, und auch nicht deren Wechsel im Rahmen der Abtretung des Kaufrechts – oder besser gesagt der Vertragsübernahme durch einen Dritten. Bei der übertragbaren Dienstbarkeit ist die Interessenlage ähnlich, auch hier werden die Rechte und Pflichten im beurkundeten Dienstbarkeitsvertrag festgelegt, hingegen die Identität des Berechtigten ist sekundär und muss deshalb nicht mittels Urkunde festgehalten werden.

Es stellt sich höchstens die Frage, ob die Regel von Art. 216b Abs. 2 OR anwendbar ist, wonach die Begründung und die Abtretung der gleichen Form unterliegen. Dies ist zu verneinen, da es sich hier um eine explizite Gesetzesvorschrift handelt, mit welcher der Gesetzgeber eine Ausnahme zum Grundsatz der Formfreiheit von Art. 11 OR vorgesehen hat. So kann aufgrund der Beurkundungspflicht der Errichtung von Dienstbarkeiten nicht auch auf eine Beurkundungspflicht der Abtretung von Dienstbarkeiten geschlossen werden. Die Materialien zeigen, dass die Kommission die Beurkundung in den Entwurf einfügte, ohne sich zu der Form der Abtretung Gedanken zu machen<sup>15</sup>. Somit handelt es sich um ein Schweigen des Gesetzgebers und eine Lücke im Gesetz, welche zu füllen ist durch Rückgriff auf die üblichen Grundsätze, nämlich gemäss der herrschenden Lehre auf die Regeln der Zession<sup>16</sup>.

Mangels expliziter Formvorschrift und hinreichender Rechtfertigungsgründe fällt die öffentliche Beurkundung als Voraussetzung für die Übertragung selbständiger, nicht im Grundbuch aufgenommener Baurechte ausser Betracht. Es stellt sich daher die Frage, ob die Übertragung formlos erfolgen kann (Art. 11 Abs. 1 OR e contrario). Im Einklang mit der herrschenden Lehre<sup>17</sup> ist jedoch davon auszugehen, dass das Zessionsrecht (Art. 164 ff. OR) analog zur Anwendung gelangt. Die Verpflichtung zum Abschluss des Abtretungsvertrags kann demnach grundsätzlich formlos begründet werden (Art. 165 Abs. 2 OR). Die Abtretungserklärung (= Zession; Verfügungsgeschäft) selbst hat dagegen zwingend in Schriftform zu erfolgen (Art. 165 Abs. 1 OR).

Gegen die eben gezogenen Schlüsse führen mehrere Autoren die Äusserungen des Bundesgerichts in BGE 135 III 103 = ZBGR 92 S. 370 ins

<sup>14</sup> Rüeegg, Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken, Luzern 2014, S. ■

<sup>15</sup> BBl 2007 S. 5347 ff., 5351.

<sup>16</sup> Vgl. Amstutz et al., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, N. 3 zu Art. 216b OR m.w.H.

<sup>17</sup> Vgl. Hinweise in III. 1. Oben.

Feld<sup>18</sup>. Diesem BGE ist in Erw. 4.5 S. 111 zu entnehmen, dass sich die «Übertragung eines selbständigen und dauernden Baurechts nach sachenrechtlichen Grundsätzen [richtet]» und «die Bestimmungen über die Zession [...] keine Anwendung [finden]». Das Urteil bezieht sich auf einen Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern<sup>19</sup> und betrifft das alte, bis zum 31. Dezember 2011 gültige Recht. Dabei ging es um die Frage, ob ein Genehmigungsvorbehalt bei der Übertragung eines SDR Baurechts mit eigenem Grundbuchblatt von Amtes wegen zu beachten ist. In der Folge wird aufgezeigt, weshalb aus diesem Entscheid – anders als die obgenannten Autoren dies tun – nichts betreffend Formvorschriften abgeleitet werden kann.

In Erw. 4.1 S. 108 des vorgenannten Entscheids verweist das Bundesgericht zunächst auf einen Entscheid aus dem Jahr 1946, in welchem es festgehalten hatte, dass die Genehmigung zur Veräusserung eines Baurechts, welche nach Gutdünken verweigert werden könne, sich mit Sinn und Zweck dieses Instituts nicht vereinbaren lasse. Ein solches Baurecht wäre kein selbständiges Recht mehr. Es gestand den öffentlich-rechtlichen Körperschaften indes ein berechtigtes Interesse zu, den Rechtsverkehr mit den von ihnen begründeten Baurechten zu kontrollieren. Eine dingliche Veräusserungsbeschränkung in dem Sinn, als die Genehmigung aus bestimmten Gründen verweigert werden könne, wäre mit der Selbständigkeit des Baurechts vereinbar und würde die Übertragbarkeit nicht in Frage stellen. Mit einer in diesem Sinn begrenzten dinglichen Veräusserungsbeschränkung könne das Baurecht im Grundbuch eingetragen werden<sup>20</sup>.

Diese Auffassung wird in BGE 135 III 103 Erw. 4.3 S. 109 f. = ZBGR 92 S. 374 Erw. 4.3 jedoch relativiert, denn durch die Neuregelung des Baurechts mit der Revision 1965 habe die bisherige Lehre und Praxis an Bedeutung verloren. Insbesondere könne nicht mehr ohne weiteres auf BGE 72 I 233 = ZBGR 28 S. 54 abgestellt werden, wenn es um die Frage der Eintragung einer dinglichen Veräusserungsbeschränkung in das Grundbuch gehe. Der Gesetzgeber habe dem Bedürfnis des Grundeigentümers, bei der Übertragung des Baurechts seine Interessen zu wahren, namentlich durch die Schaffung des Vorkaufsrechts (Art. 682 Abs. 2 ZGB) Rechnung getragen. Im Weiteren sei die Stellung des Grundeigentümers gestärkt worden durch die Möglichkeit des vorzeitigen Heimfalls wegen grober Überschreitung des dinglichen Rechts oder vertraglicher Verpflichtungen (Art. 779f ff. ZGB) und durch die Einführung des mittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechts zur Sicherung der Baurechtszinse (Art. 779i f. ZGB). Dementsprechend hält das Bundesgericht in Erw. 4.4 S. 110 f. fest, dass rechtsgeschäftliche Vereinbarungen das Verfügungsrecht nur in gesetzlich vorgesehenen Fällen beschränken, was aus dem

<sup>18</sup> So BSK ZGB II-*Isler/Costantini*, N. 21 zu Art. 779 ZGB und *Wolfer*, a.a.O., S. 42 ff.

<sup>19</sup> Vgl. BVR 2009 S. 63 ff.

<sup>20</sup> Vgl. BGE 72 I 233 Erw. 2 S. 236 f. = ZBGR 28 S. 55 Erw. 2.

Grundbuch durch eine Vormerkung erkennbar und damit vom Grundbuchbeamten überprüfbar sein müsse (Art. 960 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB).

Das Bundesgericht weist anschliessend darauf hin, dass die hier interessierende Zustimmung des Grundeigentümers zur Übertragung eines Baurechts – jedenfalls nach bis Ende 2011 gültigem Recht – nicht zu den vom Grundbuchamt zwingend zu prüfenden Verfügungsbeschränkungen gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB gehöre. Ebenso wenig lasse sich aus der Umschreibung von Art. 779b ZGB ein vom Grundsatz der freien Übertragbarkeit abweichendes (gesetzliches) Zustimmungserfordernis ableiten, da die Person des Baurechtsberechtigten nicht zum Inhalt der Dienstbarkeit gehöre<sup>21</sup>. Unter Verweis auf die damals noch nicht abgeschlossenen Gesetzgebungsarbeiten lässt das Bundesgericht jedoch offen, welches die konkreten Auswirkungen der Sachenrechtsrevision 2012 auf die Rechtsnatur von Genehmigungsvorbehalten sind.

Im Fazit von BGE 135 III 103 Erw. 4.5 S. 111 = ZBGR 92 S. 376 Erw. 4.5 kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass der Grundbuchbeamte weder berechtigt noch verpflichtet sei, die Übertragung eines selbständigen und dauernden Baurechtes von der Zustimmung des Grundeigentümers abhängig zu machen. Der Baurechtsberechtigte sei gegenüber dem Grundbuchamt allein verfügungsberechtigt und durch keinerlei rechtsgeschäftliche Abmachungen eingeschränkt. Die Vorinstanz halte zu Recht fest, dass die Übertragung eines selbständigen und dauernden Baurechts nach sachenrechtlichen Grundsätzen erfolge und die Bestimmungen über die Zession keine Anwendung finden würden.

Aus den eben dargelegten Ausführungen des Bundesgerichts geht einzig hervor, dass ein Genehmigungsvorbehalt – zumindest nach altem Recht – weder dingliche noch realobligatorische Wirkung entfaltet und deshalb vom Grundbuchamt im Rahmen der Prüfung der Verfügungsmacht nicht zu beachten ist, sondern lediglich eine vertragliche Beschränkung darstellt («sachenrechtliche Grundsätze»). Damit besteht ein Unterschied zum Zessionsrecht, wo ein laut Art. 164 Abs. 1 OR vertraglich vereinbartes Abtretungsverbot (*pactum de non cedendo*) die Verfügungsmacht betrifft<sup>22</sup>. Allein unter diesem Gesichtspunkt ist die nicht ganz eindeutige Aussage des Bundesgerichts zu verstehen, wonach die Übertragung nach sachenrechtlichen Grundsätzen erfolge und die Bestimmungen über die Zession keine Anwendung finden. Es ist nicht möglich, aus diesem BGE Anforderungen an die Übertragung von Baurechten oder die Formvorschriften herauszulesen. Entsprechend kann der Auffassung, welche daraus – entgegen dem Gesetzeswortlaut – strengere Formvorschriften für die Übertragung von selbständigen, nicht im Grundbuch aufgenommenen Baurechten ableitet, nicht gefolgt werden.

<sup>21</sup> *Bachmann*, Verfügungsbeschränkungen bei gebuchten selbständigen und dauernden Rechten, insbesondere Baurechten, Diss. Zürich/Bern 1993, S. 148.

<sup>22</sup> Vgl. BSK OR I-*Girsberger*, 5. Aufl., Basel 2011, N. 17 zu Art. 164 OR.

Im Übrigen bleibt anzufügen, dass bei Baurechten mit der Revision des Sachenrechts 2012 die Möglichkeit der Vormerkung vertraglicher Bestimmungen im Grundbuch erweitert worden ist (Art. 779b Abs. 2 ZGB). Daraus könnte man versucht sein, den Schluss zu ziehen, dass der vorgemerkte Genehmigungsvorbehalt bei der Übertragung von SDR Baurechten neu generell realobligatorische Wirkungen zeitigt. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass eine Verdinglichung sämtlicher Genehmigungsvorbehalte der Natur des SDR als übertragbares Recht klarerweise widersprechen würde. Eine solch übermässige Beschränkung der Übertragbarkeit stellt unzweifelhaft einen Verstoss gegen den sachenrechtlichen Numerus clausus dar und ist daher nicht zulässig. Unseres Erachtens kommen daher für eine Vormerkung gemäss Art. 779b Abs. 2 ZGB von vornherein nur Genehmigungsvorbehalte in Betracht, die bereits unter altem Recht als zulässige – wenn auch nicht dinglich wirkende – Übertragungsbeschränkungen anerkannt worden sind: Die Grundeigentümerin kann ihre Genehmigung z.B. dann verweigern, wenn der Übernehmende nicht bereit ist, alle Rechten und Pflichten aus dem Baurechtsvertrag zu übernehmen, seine Kreditfähigkeit mangelhaft ist oder ein anderer, objektiv wichtiger Grund vorliegt, welcher der Übertragung entgegensteht<sup>23</sup>. Darüber hinausgehende Beschränkungen, welche den Kreis potenzieller Erwerber übermässig einschränken, dürften sich jedoch auch unter dem neuem Recht als unzulässig erweisen.

### 3. Wirkung des Grundbucheintrags

Nach dem Gesagten bedarf die Übertragung von selbständigen Baurechten ohne Grundbuchblatt keiner öffentlichen Beurkundung, sondern sie erfolgt mittels Zession. Dies erscheint konsequent, da es sich eben – anders als bei Baurechten mit eigenem Grundbuchblatt – nicht um Grundstücke im rechtlichen Sinne handelt und sich deshalb auch die Formvorschriften für deren Übertragung nicht aufdrängen.

Ohne die Wesensmerkmale eines Grundstücks aufzuweisen, besteht auch keine Veranlassung, für die Übertragung der Dienstbarkeit auf die neu berechnigte Person den konstitutiven Eintrag im Grundbuch zu fordern. Wie in der Lehre zu Recht festgehalten wird, vollzieht sich dieser Wechsel unabhängig vom Grundbuch<sup>24</sup>. Das Bundesgericht hat dies unter altem Recht in BGE 133 III 311 Erw. 4.2.1 S. 321 = ZBGR 89 S. 167 Erw. 4.2.1 mit Verweis auf den vorgenannten Autor bestätigt. Zudem lassen sich weder der parlamentarischen Debatte noch der Botschaft zur Sachenrechtsrevision 2012 irgendwelche Anhaltspunkte entnehmen, wonach hinsichtlich der Übertragung von Baurechten ohne Grundbuchblatt ein Systemwechsel hin zum absoluten Eintragungsprinzip beabsichtigt gewesen und damit zwingend ein konstitutiver Grundbucheintrag nötig

<sup>23</sup> Vgl. Urteil des Luzerner Obergerichts vom 9. Mai 1989, LGVE 1989 I Nr. 7 = ZBGR 77 S. 37.

<sup>24</sup> Vgl. *Steinauer*, a.a.O., N. 2527.



geworden wäre. Es ist daher auch nach neuem Recht davon auszugehen, dass es sich vorliegend um einen Anwendungsfall des relativen Eintragungsprinzips gemäss Art. 656 Abs. 2 ZGB handelt. Dessen Aufzählung ist gemäss einhelliger Meinung im Schrifttum nicht abschliessend<sup>25</sup>. Nach der hier vertretenen Ansicht ändert daran auch die rechtsgeschäftliche Grundlage des Eigentumsübergangs nichts<sup>26</sup>.

Anzufügen bleibt, dass eine Eintragung des neu Dienstbarkeitsberechtigten im Grundbuch trotzdem Sinn macht, um ein Auseinanderfallen der tatsächlichen Rechtslage und dem Eintrag im Grundbuch zu verhindern. Dadurch wird die Sicherheit und Klarheit im Rechtsverkehr gefördert. Die Korrektur des unrichtig gewordenen Grundbucheintrags hat jedoch rein deklaratorischen Charakter und vermag die Gültigkeit der bereits erfolgten Übertragung nicht in Frage zu stellen.

#### IV. Zusammenfassung und Fazit

Es besteht in der Lehre Einigkeit darüber, dass für die rechtsgeschäftliche Übertragung von Baurechten, die mit eigenen Grundbuchblättern im Grundbuch aufgenommen worden sind, grundsätzlich die öffentliche Beurkundung nötig ist. Der Eigentumsübergang erfolgt in aller Regel erst mit Eintragung im Grundbuch.

Umstritten ist demgegenüber die Frage der anwendbaren Formvorschriften bei Baurechten, die nicht als Grundstücke im Grundbuch aufgenommen sind: Mit den Neuerungen des ZGB per 1. Januar 2012 wurde der Beurkundungszwang bei Baurechten zwar ausgedehnt. Dennoch sprechen nach der hier vertretenen Auffassung die überwiegenden Argumente dafür, dass auch nach neuem Recht die Vorschriften des Zessionsrechts analog zur Anwendung gelangen und somit die einfache Schriftform zur rechtsgeschäftlichen Übertragung solcher Baurechte ausreicht. Einem allfälligen Eintrag im Grundbuch ist rein deklaratorische Bedeutung beizumessen.

<sup>25</sup> BSK ZGB II-*Laim*, N. 36 zu Art. 656 ZGB.

<sup>26</sup> A.M. *Wolfer*, a.a.O., S. 40.