

BGer 5A 341/2019 vom 19. Oktober 2020

Bundesgericht, 2020-10-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_341_2019

FR: TF 5A 341/2019 du 19 octobre 2020

IT: TF 5A 341/2019 del 19 ottobre 2020

Regeste

Grundbucheintrag | Sachenrecht

Erwägungen

E. 1

Angefochten ist der Endentscheid (Art. 90 BGG) einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht (Art. 75 BGG) über die Abweisung einer Grundbuchanmeldung, mithin eine Frage der Führung des Grundbuchs, entschieden hat. Dabei geht es um eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zivilrecht (Art. 72 Abs. 2 Bst. b Ziff. 2 BGG) vermögensrechtlicher Natur (BGE 144 III 310 E. 1.1). Nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts übersteigt der Streitwert Fr. 30'000.--, weshalb das Streitwerterfordernis nach Art. 74 Abs. 1 Bst. b BGG erfüllt ist. Die Beschwerdeführerinnen sind nach Art. 76 Abs. 1 BGG zur Beschwerde berechtigt, die sie auch form- und fristgerecht (Art. 42 und Art. 100 Abs. 1 BGG) erhoben haben. Auf sie ist einzutreten.

E. 2.1

Im Kern erwog das Verwaltungsgericht, die Aufteilung eines Baurechtsgrundstücks führe zur Errichtung eines weiteren selbständigen und dauernden Rechts und für die Aufnahme einer neuen Baurechtsparzelle ins Grundbuch würde vorausgesetzt, dass die Vertragsparteien für diese eine Mindestdauer von 30 Jahren vorsähen. Die neu zu errichtende Baurechtsparzelle erfülle diese Voraussetzungen nicht, weshalb die vereinbarte Aufteilung des Baurechtsgrundstücks nicht eintragungsfähig sei.

E. 2.2

Die Beschwerdeführerinnen beziehen sich im Wesentlichen auf Ziff. 3.7 des Handbuchs für den Verkehr mit den Grundbuchsämtern und die Grundbuchführung der Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern als kantonale Aufsichtsbehörde über das Grundbuchwesen. Danach könnten selbständige und dauernde Rechte (insbesondere selbständige und dauernde Baurechte) nicht im eigentlichen Sinn "parzelliert" werden. Hingegen könne die Aufteilung eines selbständigen und dauernden Rechts (insbesondere die flächenmassige Aufteilung eines selbständigen und dauernden Baurechts) im Rahmen einer formgültigen Abänderung des bisherigen Dienstbarkeitsvertrags erfolgen. Die flächenmassige Aufteilung eines selbständigen und dauernden Baurechts bedürfe somit nebst Messurkunde und Situationsplan zur Planänderung eines öffentlich beurkundeten Vertrags, an dem mindestens die baurechtsbelastete und die baurechtsberechtigte Partei mitwirken. Sodann seien die Einschreibungen auf dem abzuhändernden bzw. aufzuteilenden Grundstück wie bei der Aufteilung von Liegenschaften einzeln zu bereinigen. Diese "reine" Aufteilung werde als rangbewahrende

Abänderung verstanden und es liege keine Neubegründung eines selbständigen und dauernden (Bau-) Rechts vor, weshalb auch kein Tatbestand zur Veranlagung von Handänderungssteuern (i.S. von Art. 5 Abs. 1 Bst. b HG [Gesetz betreffend die Handänderungssteuer, BSG 215.326.2]) gegeben sei.

E. 2.3

Das Bundesamt für Justiz meint dazu, die Ausführungen in Ziff. 3.7 des Handbuchs seien knapp und wenig aufschlussreich. Insbesondere lasse sich nicht ermitteln, ob die "Berner Praxis" die nach ihrer Auffassung zulässige "Aufteilung eines SDR" bzw. "flächenmässige Aufteilung" der Parzellierung einer Liegenschaft im Sinn von Art. 743 ZGB gleichstellen wolle. Schliesslich spreche das Handbuch gerade nicht von einer "Teilung", sondern von einer "Aufteilung", womit aber auch bloss eine flächenmässige Abänderung des Baurechtsgrundstücks gemeint sein könnte. Letztere Interpretation werde zusätzlich durch den Umstand genährt, dass das Handbuch kein Wort über die eigentlichen Konsequenzen der "Aufteilung" verliere, insbesondere ob - einer Teilung immanent - letztlich zwei Baurechte entstehen und ein neues Hauptbuchblatt eröffnet werden müsse. Das Handbuch weise einzig darauf hin, dass die "Einschreibungen auf dem abzuändernden bzw. aufzuteilenden SDR-Grundstück" wie bei der Aufteilung von Liegenschaften einzeln zu bereinigen seien. Diese Vorgabe bedinge aber nicht zwingend, dass aus der sogenannten "Aufteilung" zwei Baurechtsgrundstücke hervorgehen müssten. Die Nachführung der amtlichen Vermessung sowie eine Bereinigung der Einschreibungen müssten schliesslich auch dann vorgenommen werden, wenn das Baurechtsgrundstück lediglich flächenmässig verkleinert würde. Das Handbuch gebe demnach insbesondere keine Auskunft darüber, ob bei der "flächenmässigen Aufteilung" zwei Baurechtsgrundstücke entstünden und - falls dem so sein sollte - ob der Rang des ursprünglichen Baurechts für das neu entstehende Baurecht beibehalten werde. Auch zur Frage, welche Rolle die gesetzlich vorgeschriebene Mindestdauer von 30 Jahren bei der Aufnahme des neu entstehenden Baurechts ins Grundbuch spiele, lasse sich aus dem Handbuch nichts ableiten. Schliesslich liessen auch die Feststellungen, wonach die "reine" Aufteilung eines selbständigen und dauernden Baurechts als "rangbewahrende Abänderung" verstanden wird und mangels Neubegründung eines selbständigen und dauernden Rechts keinen Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 Bst. b HG darstellen soll, ebenfalls viele Fragen offen. So insbesondere, welcher zivilrechtliche Vorgang konkret unter der "reinen" Aufteilung verstanden werde und was dessen grundbuchliche Folgen sein sollten. Ihren Ursprung fänden diese Feststellungen wohl nicht im Handänderungsabgaberecht, denn weder im Kommentar zu den Handänderungs- und Pfandrechtsabgaben von Peter Ruf noch im Kreisschreiben der Justizdirektion des Kantons Bern betreffend Abgaberecht vom 15. April 1986, noch in den zeitlich folgenden Kreisschreiben werde die Teilung von Baurechtsgrundstücken als zivilrechtlicher Tatbestand thematisiert, welcher eine Handänderungssteuer auslösen könnte bzw. von der Handänderungssteuerpflicht befreit wäre. Im Zusammenhang mit der Handänderungsabgabepflicht werde lediglich von der Errichtung von Baurechtsgrundstücken, der Eigentumsübertragung von Bauwerken, der wesentlichen Abänderung des Baurechtsvertrages verbunden mit einer Vergrösserung der Belastung des dienenden Grundstücks oder der Verlängerung des Baurechts gesprochen. Zusammenfassend bleibe letztlich unklar, ob die sogenannte "Berner Praxis" die Teilung von Baurechtsgrundstücken effektiv der Teilung von Liegenschaften gleichstellen wolle, welche Voraussetzungen für eine derartige "Aufteilung" erfüllt sein müssten und welches deren Folgen - insbesondere mit Blick auf die Eintragungen im Grundbuch - wären.

E. 2.4

Die Geschäftsleitung der Grundbuchämter des Kantons Bern führt zu Ziff. 3.7 des Handbuchs aus, (1) dass die flächenmässige Aufteilung einer selbständigen und dauernden Baurechtsdienstbarkeit - nebst Beibehaltung des flächenmässig verkleinerten bisherigen Baurechts - zur Begründung (mindestens) eines zusätzlichen Baurechts und damit in der Regel zur Eröffnung eines neuen Hauptbuchblattes führe, (2) dass das Erfordernis der Mindstdauer von 30 Jahren für das im Umfang der ausgeschiedenen Fläche neu eröffnete Hauptbuchblatt nicht erfüllt sein müsse, weil nach bernischer Praxis keine Neubegründung vorliege, und (3) dass diese Bestimmungen nur im Fall einer rangbewahrenden Abänderung der Dienstbarkeit gälten, d.h. wenn der Inhalt der Dienstbarkeit mit Ausnahme der flächenmässigen Aufteilung unverändert bleibe.

E. 2.5

Die Beschwerdeführerinnen wenden ein, das Bundesamt nenne weder Gesetzesbestimmungen noch öffentliche oder private Interessen, die gegen eine Aufteilung eines selbständigen und dauernden Baurechts sprächen. Vielmehr habe das Bundesamt im Rahmen seiner Oberaufsicht über das Grundbuchwesen die bewährte Berner Praxis nie beanstandet und damit stillschweigend anerkannt. Die Ansicht der kantonalen Behörde überzeuge in allen Punkten.

E. 3.1

Gegenstand des Grundeigentums sind die Grundstücke (Art. 655 Abs. 1 ZGB). Grundstücke sind die Liegenschaften (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB), die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB), die Bergwerke (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB) und die Miteigentumsanteile an Grundstücken (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB).

E. 3.2

Als selbständiges und dauerndes Recht kann eine Dienstbarkeit an einem Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden, wenn sie weder zugunsten eines berechtigten Grundstücks noch ausschliesslich zugunsten einer bestimmten Person errichtet und auf wenigstens 30 Jahre oder auf unbestimmte Zeit begründet ist (Art. 655 Abs. 3 und Art. 943 ZGB sowie Art. 22 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 GBV).

E. 3.3

Die Lehre ist sich einig, dass der Begriff des Grundstücks ein terminus technicus , d.h. ein fachjuristisch geprägter, funktionsbestimmter und dynamischer Begriff ist (Strebel, Basler Kommentar, 6. Aufl. 2019, N. 3 zu Art. 655 ZGB , mit weiteren Hinweisen), der durch die grundbuchtechnische Behandlung bestimmt wird (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, 3. Aufl. 1964, N. 3 zu Art. 655 ZGB ; Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl. 2007, Rz. 1029; Schmid/Hu■rlimann-Kaup, Sachenrecht, 5. Aufl. 2017, Rz. 809; ferner Deschenaux, Das Grundbuch, SPR V/3, I, 1988, S. 70.). Eugen Huber beschreibt dies mit folgenden Worten: "Alle Grundstücke unterliegen dem Grundbuchrecht, alles was dem Grundbuchrecht unterliegt, ist Grundstu■ck" (Huber, Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Bd. 2, 2. Aufl. 1914, S. 78). Art. 943 Abs. 1 und Art. 945 Abs. 1 ZGB verlangen denn auch, dass alle Grundstu■cke mit einem eigenen Hauptbuchblatt und einer eigenen Nummer individualisiert im Grundbuch aufgenommen werden (Schmid, Basler

Kommentar, 6. Aufl. 2019, N. 14 Vor Art. 942-977 sowie N. 7 zu Art. 945 ZGB ; MOOSER, Commentaire romand, 2016, N. 19 Intro. zu Art. 942-977 und N. 1 zu Art. 945 ZGB ; Rey, a.a.O., Rz. 1028).

E. 3.4

Durch die Bezeichnung der in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte als Grundstücke im Sinne des Gesetzes (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) unterstellt der Gesetzgeber diese den Bestimmungen über die unbeweglichen Sachen. Damit stellt er die selbständigen und dauernden Rechte bewusst den unbeweglichen Sachen gleich, obwohl jene offensichtlich die Sachqualität nicht erfüllen und somit nicht Objekte des Eigentums sind (Liver, Das Eigentum, SPR V/1, 1977, S. 123). Nach Liver widerspricht das Baurecht, das die Überbauung des ganzen Grundstückes gestattet, dem Grundsatz der Begrenztheit des Umfanges der Belastung, welcher für die Grunddienstbarkeiten und für die irregulären Personaldienstbarkeiten nach Art. 781 ZGB gilt. Wenn der Gesetzgeber das Baurecht nicht ausdrücklich in Art. 779 ff. ZGB geregelt hätte, wäre es, so Liver weiter, weder auf Grund von Art. 730 noch von Art. 781 ZGB zulässig. Man habe sich daher bewusst zu sein, dass das Baurecht unter den Dienstbarkeiten eine Ausnahmerecheinung ist (Liver, Zürcher Kommentar, 2. Aufl. 1980, N. 15 zu Art. 730 ZGB).

E. 3.5

Mit der Unterstellung der selbständigen und dauernden Rechte unter die Bestimmungen über die unbeweglichen Sachen bedient sich der Gesetzgeber einer gesetzlichen Fiktion. Das Gesetz fingiert, dass die selbständigen und dauernden Rechte Grundstücke sind und vom Rechtsanwender so angesehen werden sollen, "als ob" sie Grundstücke im eigentlichen Sinne wären (Flurina Hitz, Das Baurecht als selbständiges und dauerndes Recht: Konstruktion aus dinglichen und obligatorischen Rechtspositionen, 2017, Rz. 137; Schmid, a.a.O., N. 20, und MOOSER, a.a.O., N. 22, je zu Art. 943 ZGB ; SUTTER-SOMM, Eigentum und Besitz, SPR V/1, 2. Aufl. 2014, Rz. 442 S. 222).

E. 3.6

Nach Rechtsprechung und Lehre ist das selbständige und dauernde Baurecht mit Bezug auf seine Stellung im Rechtsverkehr den Grundstücken im eigentlichen Sinn gleichgestellt (BGE 135 III 103 E. 4, mit weiteren Hinweisen). Es kann rechtsgeschäftlich übertragen (bspw. Verkauf oder Schenkung) und mit Grund- oder Personaldienstbarkeiten (Meier-Hayoz, a.a.O., N. 38 zu Art. 655 ZGB), namentlich mit einem selbständigen und dauernden Baurecht (BGE 92 I 539 E. 2) oder auch mit Grundpfandrechten belastet werden (BGE 127 III 300 E. 5a; 118 II 115 E. 2, mit weiteren Hinweisen). Möglich sind auch Vormerkungen im Sinn von Art. 959 ff. ZGB . Sodann kann ein im Grundbuch aufgenommenes selbständiges und dauerndes Baurecht als Stammgrundstück für die Begründung von Stockwerkeigentum dienen (Art. 712d Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). Bezüglich der auf dem Baurechtsgrundstück errichteten Bauten hat der Baurechtsberechtigte die Rechte und Pflichten eines Eigentümers: Ihm stehen die Rechtsbehelfe des Eigentümers aus Art. 641 Abs. 2 ZGB sowie diejenigen aus Besitz zu (Art. 926-929 ZGB), und er ist den Beschränkungen des Grundeigentums (Art. 684 ff. ZGB), der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers (Art. 679 ZGB) und der Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR ; BGE 132 III 689 E. 2.2.1) unterworfen (Isler/Gross, Basler Kommentar, 6. Aufl. 2019, N. 9-11, und BALLIF, Commentaire romand, 2016, N. 29-31, je zu Art. 779 ZGB).

E. 3.7

Bei alledem ist den Besonderheiten des Charakters des Baurechts als Dienstbarkeit Rechnung zu tragen (BGE 118 II 115 E. 2; s. auch Liver, a.a.O., N. 110 zu Art. 737 ZGB , und a.a.O., SPR V/1, S. 123; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl. 2015, § 94 N. 19, § 101 N. 34 ff.; Meier-Hayoz, a.a.O., N. 5 zu Art. 655 ZGB ; Schmid/Hürlimann-Kaup, a.a.O., Rz. 418, Rz. 1333; Hitz, a.a.O., Rz. 118, 132, 139, 157; Hans Michael Riemer, Das Baurecht [Baurechtsdienstbarkeit] des Zivilgesetzbuches und seine Behandlung im Steuerrecht, 1968, S. 32 ff.; Steinauer, Les droits réels, tome II, 5. Aufl. 2020, N. 2022 ff.). In seiner Rechtsprechung hat das Bundesgericht die Gleichstellung des selbständigen und dauernden Baurechts mit Grundstücken im eigentlichen Sinn dort versagt, wo es auf die Körperlichkeit des Gegenstandes ankommt. In diesem Sinn hat es entschieden, ein selbständiges und dauerndes Baurecht könne nicht derelinquiert werden, weil die Aneignung und Dereliktion nur an körperlichen Sachen möglich sei (BGE 118 II 115 E. 2). Dem Charakter des Baurechts als Dienstbarkeitsrecht entsprechend ist eine - vorzeitige - Löschung desselben durch Verzicht des Bauberechtigten nur mit Zustimmung der daran dinglich Berechtigten möglich (BGE 127 III 300 E. 5a/aa). Das Kriterium der Körperlichkeit des Gegenstandes war auch in BGE 129 III 216 massgebend. Das Bundesgericht entschied, ein Miteigentümer, der auf seinen Miteigentumsanteil - gemäss Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB ebenfalls ein Grundstück - verzichten, d.h. sein Eigentum daran aufgeben will, könne diesen nicht derelinquieren; vielmehr wachse jener Teil, an welchem der Miteigentümer sein Eigentum aufgibt, den verbleibenden Miteigentümern an (s. dort E. 3.2). Mit anderen Worten liegt die Grenze der Anwendbarkeit der Bestimmungen über das Grundeigentum dort, wo die Anwendbarkeit mit dem dienstbarkeitsrechtlichen Charakter und der fehlenden Körperlichkeit nicht mehr vereinbar ist (Hitz, a.a.O., Rz. 151, 155, 157).

E. 4.1

Unter Hinweis auf Liver (a.a.O., N. 44 zu Art. 730 ZGB und N. 13, N. 20 ff. zu Art. 743 ZGB) und weitere Autoren vertritt das Bundesamt für Justiz die Auffassung, Dienstbarkeiten seien Rechte und als solche nicht teilbar. Sowohl der Dienstbarkeitscharakter als auch die fehlende Körperlichkeit stünden der Teilbarkeit eines Baurechtsgrundstücks entgegen. Dafür bestehe auch kein Bedürfnis, denn eine mit dem Baurecht belastete Liegenschaft könne parzelliert und jede Parzelle mit einem Baurecht belastet werden. Sodann könne eine Liegenschaft auch mit mehreren Baurechten belastet werden und der Baurechtsberechtigte sei darüber hinaus frei, das Baurechtsgrundstück mit einem oder mehreren weiteren Baurechten zu belasten. Mitunter könne das Resultat einer Teilung theoretisch auch durch eine Flächenveränderung der Baurechtsparzelle in Verbindung mit einer Neubegründung eines zweiten Baurechts erreicht werden. Was die Beschwerdeführerinnen beabsichtigten, liefe auf eine unzulässige Teilung einer Baurechtsparzelle hinaus.

E. 4.2

Das Bundesamt für Justiz gibt die Meinung von Liver zutreffend wieder. Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass dieser seinen eigenen Ausführungen zufolge eine grundsätzliche dogmatische Auffassung vertritt, was ihm verbiete, "aus der Not eine Tugend zu machen" (a.a.O., N. 15 zu Art. 730 ZGB).

E. 4.3

Wie bereits dargetan, fingiert das Gesetz, dass die selbständigen und dauernden Rechte Grundstücke sind und vom Rechtsanwender so angesehen werden sollen, "als ob" sie Grundstücke im eigentlichen Sinne wären (E. 3.5). Das (selbständige und dauernde) Baurecht hat in jedem Fall wie eine Liegenschaft eine in Quadratmeter erfassbare räumliche Ausdehnung (indem es die Bodenparzelle insgesamt oder nur einen Teil davon belastet; Art. 779b Abs. 1 ZGB). Sodann kann es, anders als alle anderen Grunddienstbarkeiten aber wie eine Liegenschaft, mit Grund- oder Personaldienstbarkeiten, namentlich mit einem selbständigen und dauernden Baurecht oder auch mit Grundpfandrechten belastet werden, und wie eine Liegenschaft, als Stammgrundstück für die Begründung von Stockwerkeigentum dienen (vgl. E. 3.6). Bei dieser Ausgangslage ist a priori nicht ersichtlich, inwiefern im Rahmen der gesetzlichen Fiktion die fehlende Körperlichkeit des Gegenstandes eine Teilung des selbständigen und dauernden Baurechts ausschliessen soll bzw. weshalb das selbständige und dauernde Baurecht nicht auch hinsichtlich der Teilung einer Liegenschaft im Sinn von Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB soll gleichgestellt werden können. Im angefochtenen Entscheid vertritt das Verwaltungsgericht denn auch keine andere Meinung. Vielmehr erachtet es das von den Beschwerdeführerinnen vereinbarte Geschäft deshalb als nicht eintragungsfähig, weil ein neues Hauptbuchblatt eröffnet werden soll und das Erfordernis der Mindestdauer von 30 Jahren nicht erfüllt ist (E. 2.1 oben).

E. 5.1

Die Beschwerdeführerinnen halten dafür, im konkreten Fall könne die Mindestdauer von 30 Jahren kein massgebliches Kriterium sein, denn inhaltlich gehe es nicht um die Begründung eines neuen selbständigen und dauernden Baurechts, sondern um eine Änderung einer bestehenden Dienstbarkeit. Entscheidend sei, ob sich die Umgestaltung der Dienstbarkeit auf gleich- oder nachrangige grundbuchliche Rechte auswirke oder nicht. Wirke sich die Umgestaltung - wie hier - auf die gleich- oder nachrangigen grundbuchlichen Rechte nicht aus, werde keine neue Dienstbarkeit begründet .

E. 5.2

Das Verwaltungsgericht differenziert zwar auch zwischen einer Abänderung und der Begründung eines selbständigen und dauernden Rechts, erwägt aber, die vereinbarte Aufteilung des Baurechtsgrundstücks würde zu einer Umgehung der Bestimmungen über die Mindestdauer von selbständigen und dauernden Rechten führen.

E. 5.3

Das Bundesamt für Justiz befasst sich nicht spezifisch mit der Unterscheidung zwischen (Neu) Begründung einer Dienstbarkeit und Umgestaltung bzw. Änderung einer bestehenden Dienstbarkeit.

E. 5.4

Der Gesetzgeber geht ohne Weiteres davon aus, dass die Parteien eines Dienstbarkeitsvertrags diesen und damit auch das Recht als solches ändern können. Nach Art. 964 ZGB bedarf es zur Löschung oder Abänderung eines Eintrages einer schriftlichen Erklärung der aus dem Eintrag berechtigten Personen. Sodann dürfen grundbuchliche Verfügungen, wie Eintragung, Änderung , Löschung in allen Fällen nur auf Grund eines Ausweises über das Verfügungsrecht und den Rechtsgrund vorgenommen werden (Art. 965 ZGB). Abgesehen von Art. 736 ZGB (Ablösung einer Dienstbarkeit durch das Gericht) und Art. 742 ZGB (Verlegung der Belastung) kennt das Gesetz keine speziellen Normen darüber, wie eine Änderung zu erfolgen hat. Schliesslich sieht die Grundbuchverordnung

(GBV; SR 211.432.1) vor, dass die Bestimmungen über die Anmeldung zur Eintragung auch für die Anmeldung zur Änderung oder Löschung eines Eintrags gelten (Art. 131 GBV). Mangels eines gesetzlichen Vorbehalts ist davon auszugehen, dass auch Baurechtsdienstbarkeiten abgeändert werden können.

E. 5.5

Das Gesetz definiert nicht, was unter einer Änderung einer Dienstbarkeit zu verstehen ist. Namentlich grenzt es nicht ab, welche Änderungen eines bestehenden Dienstbarkeitsverhältnisses noch als solche und (noch) nicht als Neubegründung aufzufassen sind. Die Grundbuchverordnung hilft nicht weiter, denn auch sie enthält keine diesbezügliche Definition. Vielmehr regelt die Verordnung "das Verfahren" zur Eintragung, Änderung und Löschung von dinglichen Rechten an Grundstücken sowie von Vormerkungen und Anmerkungen (Art. 1 Bst. d GBV). Allgemein gibt die Verordnung vor, dass die Bestimmungen über die Anmeldung zur Eintragung auch für die Anmeldung zur Änderung oder Löschung eines Eintrags gelten (Art. 131 Abs. 1 GBV). Spezifisch regelt sie das Vorgehen bei Rangänderungen von Grundpfandrechten gegenüber Dienstbarkeiten, Grundlasten oder Vormerkungen sowie Rangänderungen innerhalb der Dienstbarkeiten, Grundlasten und Vormerkungen (Art. 122 GBV), bei Änderungen im Papiergrundbuch (Art. 133 GBV), bei Änderungen von Pfandrechtseinträgen (Art. 135 GBV) und bei Änderungen eines Pfandtitels (Art. 150 f. GBV). Schliesslich bleiben die besonderen Bestimmungen über die Voraussetzungen der Änderung oder Löschung ungerechtfertigter oder bedeutungslos gewordener Einträge (Art. 975-976b ZGB) vorbehalten (Art. 131 Abs. 3 GBV).

E. 5.6

Die Doktrin befasst sich eher cursorisch mit dieser Frage.

E. 5.6.1

Liver diskutiert die Thematik der Änderung einer Dienstbarkeit im Zusammenhang mit Art. 732 ZGB , d.h. der Form, der das Rechtsgeschäft über die Errichtung einer Grunddienstbarkeit bedarf. Er betont, dass der Vertrag über die Änderung einer eingetragenen, bereits bestehenden Dienstbarkeit keine Änderung oder Ergänzung des Errichtungsvertrags sei, sondern ein neuer Vertrag. Sodann unterscheidet Liver zwischen Änderungen, welche die Dienstbarkeitsverpflichtung wesentlich modifizieren , ausdehnen oder erschweren , und solchen, die eindeutig in einer Erleichterung , Verminderung oder teilweisen Aufhebung von Dienstbarkeitspflichten bestehen. Während eine Änderung der ersten Kategorie der Formvorschrift des Art. 732 ZGB unterstehe, könne eine Änderung der zweiten Kategorie durch die Erklärung des Dienstbarkeitsberechtigten bewirkt werden, die gegebenenfalls der Zustimmung der Inhaber von dinglichen Rechten am berechtigten Grundstück, welche seit der Begründung der Dienstbarkeit erworben worden sind, bedarf (a.a.O., N. 89 f. zu Art. 732 ZGB).

E. 5.6.2

Andere Autoren verstehen unter "Abänderung eines Eintrags" im Sinn von Art. 964 Abs. 1 ZGB eine inhaltlich einschränkende Abänderung, die als Teillöschung eines Grundbucheintrags erscheine. Bewirke die Änderung dagegen eine Ausdehnung, sei sie einer Neubegründung gleichzustellen, welche die Voraussetzungen von Art. 963 und Art. 965 ZGB zu erfüllen hätte (Homerger, Zürcher Kommentar, 2. Aufl. 1938, N. 4 zu Art. 964 ZGB ; Deschenaux, a.a.O., S. 252; Pfammatter, in: Orell Füssli Kommentar,

Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl. 2016, N. 3, Deillon-Schegg, Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 3, MOOSER, a.a.O., N. 7, und SCHMID, a.a.O., N. 6 und N. 18, je zu Art. 964 ZGB).

E. 5.6.3

Nach Paul Piotet liegt eine Änderung einer Dienstbarkeit vor, wenn sie eine Änderung des Hauptbuchblattes zur Folge hat. Betrifft die Änderung hingegen einen Punkt, der sich nicht aus dem Eintrag, sondern aus dem Dienstbarkeitsvertrag ergibt, liegt offensichtlich keine Änderung einer Dienstbarkeit vor (*Le contenu d'une servitude, sa modification conventionnelle et la protection de la bonne foi*, ZBGR 81/2000, S. 284 ff., S. 285 f.).

E. 5.6.4

Denis Piotet grenzt die Neuerrichtung einer Dienstbarkeit und die Änderung einer solchen voneinander ab. In die Kategorie der Neuerrichtungen falle beispielsweise eine Transformation von einer Grund- in eine Personaldienstbarkeit und umgekehrt; ebenso wenn das herrschende Grundstück durch ein anderes ersetzt werden soll. Demgegenüber liege eine Änderung vor, wenn die Dienstbarkeitsverpflichtung reduziert oder wenn eine Dienstbarkeit, die im Begründungszeitpunkt sämtliche Anforderungen an ein selbständiges und dauerndes Recht erfüllt, nachträglich noch in das Grundbuch eingetragen werden soll. Schliesslich hebt der Autor hervor, dass die Ausdehnung der Dienstbarkeitsverpflichtung nur mit Zustimmung der Inhaber anderer dinglicher, im Rang vorgehender Rechte erfolgen dürfe (*Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières*, *Traité de droit privé suisse*, Bd. V/2, 2. Aufl. 2012, Rz. 229 ff.).

E. 5.6.5

Schmid/Hürlimann-Kaup (a.a.O., Rz. 1291 ff.) behandeln die Thematik der Abänderung einer Dienstbarkeit lediglich im Zusammenhang mit Art. 742 ZGB (Verlegung der Belastung) und Art. 743 ZGB (Teilung eines Grundstücks). Dasselbe gilt für Steinauer (a.a.O., N. 3483 ff.).

E. 5.6.6

Am ausführlichsten hat sich Bettina Hürlimann-Kaup mit der Thematik auseinandergesetzt (in: *Die Änderung von Dienstbarkeiten - ausgewählte Fragen*, BN 2013 S. 103 ff.). Ihr zufolge kann von einer Änderung der Dienstbarkeit gesprochen werden, wenn das Datum und der Rang des Rechts trotz der Modifikation erhalten bleiben. Gemeint sei also die Situation, in welcher der vorhandene Eintrag bestehen bleibt und mit dem neuen Beleg ergänzt wird. Keine Neubegründung sondern eine Abänderung einer Dienstbarkeit liege dann vor, wenn die Vertragsparteien eine bereits bestehende Dienstbarkeit zwar umgestalten, das Datum und der Rang dieser Dienstbarkeit trotz Umgestaltung jedoch erhalten bleibt (a.a.O., S. 106). Unter Hinweis auf Liver (zit. in E. 5.6.1 oben) führt auch sie aus, eine Änderung der Dienstbarkeit setze einen Vertrag voraus. Dabei handle es sich nicht um eine Änderung oder Ergänzung der Dienstbarkeit, sondern um einen neuen Vertrag auf Änderung des bestehenden beschränkten dinglichen Rechts (a.a.O., S. 120), der die Formvorschriften des Art. 732 ZGB zu beachten habe (a.a.O., S. 126). Unter diesen Voraussetzungen kann nach Adrian Mühlematter eine flächenmässige Aufteilung eines als Grundstück in das Grundbuch aufgenommenen Baurechts vorgenommen werden (in: *Teilung und Vereinigung von Grundstücken*, BN 2017 S. 25 ff., S. 37 Fn. 38).

E. 5.7

Hier beabsichtigen die Beschwerdeführerinnen die flächenmässige Aufteilung einer bestehenden Baurechtsdienstbarkeit, die sich auf gleich- und nachrangige Rechte nicht auswirkt und der Inhalt der Dienstbarkeit mit Ausnahme der flächenmässigen Aufteilung unverändert bleibt. Mit diesem Vorgehen erfährt das mit der Baurechtsdienstbarkeit belastete Grundstück weder eine Ent- noch eine zusätzliche Belastung oder Erschwerung; aus der Sicht des Baurechtsgebers stellt sich die Situation unverändert dar. Daher liegt im vorbeschriebenen Vorgehen jedenfalls keine (Neu) Begründung einer Baurechtsdienstbarkeit vor.

E. 6

Es stellt sich nunmehr die Frage, welche Rolle die gesetzliche Mindestdauer im vorliegenden Kontext spielt. Zu prüfen ist mithin, ob, wovon das Verwaltungsgericht ausgeht (E. 5.2), die Bestimmungen über die Mindestdauer von selbständigen und dauernden Rechten auch dann gelten, wenn die Vertragsparteien ein bestehendes, im Grundbuch eingetragenes Baurecht flächenmässig aufteilen wollen, dabei aber den Inhalt der Dienstbarkeit im Übrigen unverändert beibehalten und die gleich- und nachrangigen Rechte Dritter wahren.

E. 6.1

Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis (BGE 145 IV 146 E. 2.3). Die gesetzliche Mindestdauer darf nicht zum Selbstzweck verkommen (vgl. BGE 145 V 170 E. 7.3). Massgebend für die Erörterung dieser Frage ist der Zweck, der mit der Mindestdauer verfolgt wird.

E. 6.2

Das ZGB kennt den Begriff des selbständigen und dauernden Rechts seit seiner Schöpfung. Für wie lange ein Recht dauern musste, damit es als "dauerndes Recht" gelten konnte, regelte der Gesetzgeber indes nicht. Hingegen legte der Bundesrat in der Grundbuchverordnung vom 22. Februar 1910 (BS 2 530) eine Mindestdauer von 30 Jahren fest (Art. 7 Abs. 2 Ziff. 2 aGBV). Damit füllte er eine Lücke im Gesetz (Liver, a.a.O., SPR V/1, S. 124). Im Rahmen der Einführung des Register-Schuldbriefs und weiterer Änderungen im Sachenrecht erachtete es der Bundesrat als sachgerecht, die Minimaldauer eines selbständigen und dauernden Rechts auf Gesetzes- und nicht nur auf Verordnungsstufe zu regeln (Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 27. Juni 2007, BBl 2007 5283, 5304). Auf diese Weise fand im Jahr 2012 die damals in Art. 7 Abs. 2 GBV enthaltene Regelung, sprachlich vereinfacht, inhaltlich jedoch unverändert Eingang in den Art. 655 Abs. 3 ZGB (AS 2011 4637).

E. 6.3

In der Doktrin finden sich nur wenige Hinweise zur Frage, welchem Zweck die Mindestdauer dient.

E. 6.3.1

Nach Liver (a.a.O., SPR V/1, S. 124) würde sich das Baurecht ohne Mindestdauer nicht für den Verkehr eignen; zum hierfür erforderlichen Zeitrahmen äussert er sich nicht.

E. 6.3.2

Haab führt aus, dass nur auf kurze Zeit errichtete Rechte für die eigentumsgleiche Behandlung ausser Betracht fallen, ergebe sich ohne Weiteres daraus, dass diese nicht zuletzt um der Beleihung willen vorgesehen sei, und folglich ihren Zweck nur zu erreichen vermöge, wenn dem Gläubiger eine gewisse Sicherheit dafür geboten werde, dass das ihm haftende "Grundstück" so lange zu Recht besteht, als nötig ist, um die Pfandschuld zu amortisieren (Zürcher Kommentar, 1930, N. 8 zu Art. 655 ZGB).

E. 6.4

Die in der Doktrin vorgetragene Argumente leuchten ohne Weiteres ein, soweit es um die (Neu) Begründung eines selbständigen und dauernden Baurechts geht. Ist ein Baurecht hingegen einmal für die vorgesehene Minimaldauer begründet, ist es insofern "in Verkehr gesetzt". Wenn sodann die gleich- und nachrangigen Rechte Dritter trotz Umgestaltung der Dienstbarkeit erhalten bleiben, gehen auch die grundpfandrechtlich geschützten Gläubiger ihrer Sicherheit nicht verlustig. Bezogen auf den Zweck der gesetzlichen Mindestdauer ist daher nicht einsichtig, weshalb für die hier in Aussicht genommene Änderung der Dienstbarkeit die gesetzliche Mindestdauer Bestand haben muss, um im Grundbuch eingetragen werden zu können.

E. 6.5

Schliesslich muss die gesetzliche Mindestdauer ohnehin nicht in jedem Fall eingehalten werden, wenn ein Baurecht von einer grundbuchlichen Transaktion betroffen ist.

E. 6.5.1

So kann der Eigentümer, wie das Bundesamt für Justiz mit Hinweis auf Liver, a.a.O., N. 13 zu Art. 743 ZGB , ausführt, die mit einem selbständigen und dauernden Baurecht belastete Liegenschaft teilen ("parzellieren"). Teilt der Eigentümer das belastete Grundstück, wird das bisherige Hauptbuchblatt in der Regel für einen Teil weitergeführt (Art. 153 Abs. 1 GBV) und für die anderen Teile, soweit sie nicht mit angrenzenden Grundstücken vereinigt werden, werden neue Hauptbuchblätter eröffnet (Art. 153 Abs. 2 GBV). Dienstbarkeiten werden alsdann nach den Art. 743 und Art. 974a ZGB bereinigt. Grundsätzlich besteht die Dienstbarkeit auf allen Teilen weiter (Art. 743 Abs. 1 ZGB). Beschränkt sich hingegen die Ausübung der Dienstbarkeit nach den Belegen oder den Umständen auf einzelne Teile, so ist sie auf den nicht betroffenen Teilen zu löschen (Art. 743 Abs. 2 ZGB). Die Teilung der Bodenparzelle kann, wenn sie den vom selbständigen und dauernden Baurecht erfassten Teil der Liegenschaft betrifft, dazu führen, dass das bestehende selbständige und dauernde Baurecht einerseits im bisherigen Hauptbuchblatt verbleibt und andererseits in die neuen Hauptbuchblätter eingetragen werden muss (Art. 98 Abs. 2 Bst. d Ziff. 2 GBV). Weil eine Dienstbarkeit stets auf einem Grundstück lastet und es namentlich keine sog. Gesamtbaurechte, d.h. Baurechte zu Lasten mehrerer angrenzender Grundstücke gibt (Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Änderung der Vorschriften des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechtes betreffend das Baurecht und den Grundstückverkehr vom 9. April 1963, BBl 1963 I 969 995; vgl. auch Zobl, Grundbuchrecht, 2. Aufl. 2004, Rz. 186 S. 93; Isler/Gross, a.a.O., N. 34 f., und BALLIF, a.a.O., N. 26, je zu Art. 779 ZGB ; JÜRIG Schmid, Ausgewählte Fragen zum Baurecht, Unterbaurecht und zum Überbaurecht, ZBGR 79/1998 S. 289 ff., S. 296; Schmid/Hürlimann-Kaup, a.a.O., Rz. 1379 mit weiteren Hinweisen), muss für den auf der neu geschaffenen Liegenschaft lastenden Teil des selbständigen und dauernden Baurechts

ein neues Hauptbuchblatt eröffnet werden, unter Angabe der Bezeichnung des belasteten Grundstücks und gegebenenfalls der Dauer des Rechts (Art. 22 Abs. 2 GBV). Bei diesem Vorgang wird die ursprünglich vereinbarte Dauer des selbständigen und dauernden (Bau-) Rechts nicht verändert, und es muss selbst dann eingetragen werden, wenn die verbleibende Laufzeit weniger als 30 Jahre dauert.

E. 6.5.2

Letzteres gilt auch, wenn die Fläche einer Baurechtsparzelle erweitert wird (E. 6.4 des angefochtenen Entscheids; insbesondere Brückner/Kuster, Die Grundstücksgeschäfte, 2016, Rz. 516, Rz. 1556 ff.). Diesfalls liegt im Sinne der oben dargelegten Lehre (E. 5.6) sogar keine Änderung, sondern eine Neuerrichtung einer Dienstbarkeit vor (weil die Dienstbarkeitsverpflichtung räumlich ausgedehnt und damit die Belastung vergrössert wird), und trotzdem wird nicht verlangt, dass die verbleibende Laufzeit mindestens 30 Jahre dauert.

E. 6.6

Zusammenfassend ergibt sich was folgt: Wird ein bestehendes selbständiges und dauerndes Baurecht flächenmässig aufgeteilt, bleiben der Inhalt der Dienstbarkeit im Übrigen unverändert und die gleich- und nachrangigen Rechte Dritter gewahrt, muss das Erfordernis der Mindestdauer von 30 Jahren für das im Umfang der ausgeschiedenen Fläche neu zu eröffnende Hauptbuchblatt nicht erfüllt sein. Anders zu entscheiden liesse die gesetzliche Mindestdauer zum Selbstzweck verkommen.

E. 7

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen erweist sich die Beschwerde als begründet. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben. Das Verwaltungsgericht hat indes die weiteren im kantonalen Verfahren umstrittenen Voraussetzungen für die Eintragung des angemeldeten Geschäfts (Frage, ob der bestehende Dienstbarkeitsvertrag mittels integriertem "Verkauf" des zu errichtenden Baurechtsgrundstücks zwischen der bisherigen und der hinzutretenden Baurechtsnehmerin abgeändert werden darf; beabsichtigte Lastenbereinigung [und damit die Frage, ob mit dem von den Beschwerdeführerinnen gewählten Vorgehen mit Ausnahme des Flächenmasses der Inhalt der (ursprünglichen) Dienstbarkeit SDR Nr. xxx-1 verändert worden ist bzw. ob für die Baurechtsdienstbarkeit SDR Nr. xxx-5 andere Bestimmungen gelten sollen]; Mutationsurkunde) nicht geprüft (E. 7 S. 14 des angefochtenen Entscheids). Daher ist die Sache antragsgemäss an das Verwaltungsgericht zurückzuweisen, damit es ebendiese Voraussetzungen prüfe. Bei diesem Ergebnis obsiegen die Beschwerdeführerinnen. Dem Kanton Aargau sind keine Gerichtskosten aufzuerlegen, zumal die kantonalen Behörden in ihrem amtlichen Wirkungskreis gehandelt haben und es nicht um ihre Vermögensinteressen geht (Art. 66 Abs. 4 BGG). Hingegen hat er die Beschwerdeführerinnen zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.