

**36 Grundbuch; Baurecht; Vormerkung persönlicher Rechte**

**Enthält der verlängerte Baurechtsvertrag obligatorische Bestimmungen, welche nicht vorgemerkt werden dürfen, hindert dies die Verlängerung des selbständigen und dauernden Baurechts grundsätzlich nicht.**

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 11. Juni 2018, in Sachen A., B. und C. gegen Departement Volkswirtschaft und Inneres und Grundbuchamt D. (WBE.2018.7).

*Aus den Erwägungen***3.1.**

Strittig ist die Eintragung von Bestimmungen zum Baurechtsvertrag. Diese sehen eine Verpflichtung der Baurechtsnehmerin (Beschwerdeführerin 2) vor, das selbständige und dauernde Baurecht der Beschwerdeführerin 3 zu übertragen, falls jene von der Verlängerungsoption keinen Gebrauch macht, sowie eine entsprechende Übernahmeverpflichtung. Das betreffende Baurechtsgrundstück wird zum Betrieb einer Tankstelle genutzt. Die Beschwerdeführerin 3 betreibt das Autowaschcenter neben der Tankstelle.

**3.2.–3.3. (...)****3.4.**

Gemäss Art. 959 Abs. 1 ZGB können persönliche Rechte im Grundbuch vorgemerkt werden, wenn deren Vormerkung durch das Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, wie bei Vor- und Rückkauf, Kaufsrecht, Pacht und Miete. Sie erhalten durch die Vormerkung Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Recht (Abs. 2). Durch die Vormerkung wird das persönliche Recht zur Realobligation. Realobligationen sind Schuldverhältnisse, welche eine positive Leistung zum Gegenstand haben und bei denen der Schuldner oder der Gläubiger durch die dingliche Berechtigung oder den Besitz an Grundstücken bestimmt wird. Die realobligatorische Berechtigung oder Verpflichtung steht somit nicht einer mit Namen individualisierter Person zu, sondern ist verknüpft mit der dinglichen Berechtigung oder dem Besitz an einer Sache. Die Realobligation kann gegenüber

jeder Person, welche in eine bestimmte sachenrechtliche Beziehung zu einem Grundstück tritt, (insbesondere gegenüber jedem Erwerber des Grundstücks) durchgesetzt werden. Mit der Veräusserung des Grundstücks geht die Realobligation ohne weiteres auf den Rechtsnachfolger über (vgl. STEPHAN SPYCHER, Die Vormerkung von weiteren vertraglichen Bestimmungen des Baurechtsvertrags, in: Festgabe für Professor Dr. iur. Roland Pfäffli zum 65. Geburtstag am 27. Januar 2014, BN 2014, S. 346; JÜRG SCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II [BSK-ZGB II], Art. 457-977 ZGB, 5. Auflage, 2015, Art. 959 N 2 ff.; DIETER ZOBL, Grundbuchrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004, Rz. 301 ff.).

Wesentlich ist vorliegend, dass bei Nichtausübung des Optionsrechts das Baurecht durch Zeitablauf untergeht (vgl. Art. 779c; PETER R. ISLER/DOMINIQUE GROSS, in: BSK-ZGB II, Art. 779c N 3 ff.). Die strittigen Vertragsbestimmungen betreffen damit in erster Linie Modalitäten im Zusammenhang mit dem Ablauf der Befristung (Verpflichtungen nach Ablauf und Regelung des Heimfalls; vgl. Art. 779c f. ZGB). Bei der strittigen Optionsvereinbarung ist von einer obligatorischen Abrede (unter Einbezug einer Drittpartei) auszugehen, deren Vormerkbarkeit fraglich ist.

Entgegen dem Vorgebrachten sind mithin nicht die Eigenschaften des Baurechtsgrundstücks als selbständiges und dauerndes Recht und damit seine Eigenschaft als Grundstück im Sinne von Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB fraglich. Die angerufene Literaturstelle (LORENZ STREBEL/HERMANN LAIM, in: BSK-ZGB II, Art. 655 N 15) betrifft die Selbständigkeit des dauernden und selbständigen Rechts, welches grundsätzlich übertragbar sein muss. Diesbezüglich toleriert die Praxis gewisse Einschränkungen der freien Übertragbarkeit, ohne dass deswegen die Selbständigkeit verloren geht (vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER/MATHIAS KUSTER, Die Grundstücksgeschäfte, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 274). Die strittige Optionsvereinbarung betrifft die Übertragbarkeit des dauernden und selbständigen Rechts – wenn überhaupt – nur am Rande. Das Baurecht bindet als Personalienbarkeit den Beschwerdeführer 1 und die Beschwerdeführerin 2 (vgl. Art. 779 Abs. 1 ZGB; ISLER/GROSS, a.a.O., Art. 779 N 8). Die

Frage, ob eine suspensiv bedingte Dienstbarkeit vorliegt, stellt sich nicht.

4.

4.1.

Bereits vor dem Inkrafttreten der Revision des Immobiliarsachenrechts am 1. Januar 2012 wurde als zulässig erachtet, beim selbständigen und dauernden Baurecht bestimmte Einschränkungen der Übertragbarkeit mit realobligatorischer Wirkung zu vereinbaren. Dies betrifft insbesondere Bestimmungen, welche den Fall regeln, dass die obligationenrechtlichen Verpflichtungen des Bauberechtigten vom Erwerber nicht übernommen werden oder eine mangelnde Kreditwürdigkeit des Erwerbers besteht (ROLAND PFÄFFLI, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, in: STEPHAN WOLF [Hrsg.], Revision des Immobiliarsachenrechts, Bern 2011, S. 125). Nach der Rechtsprechung entfaltet ein Vorbehalt im Baurechtsvertrag, wonach die Übertragung des Baurechts der Zustimmung des Grundeigentümers bedarf, keine dingliche Wirkung (vgl. BVR 2009, S. 63). Der Grundbuchverwalter ist weder berechtigt noch verpflichtet, die Übertragung eines selbständigen und dauernden Baurechts von der Zustimmung des Grundeigentümers abhängig zu machen (BGE 135 III 103, Erw. 3 f.; ALFRED KOLLER, in: AJP 2009, S. 369; JÜRIG SCHMID, in: BR 2/2009, Nr. 133, S. 61 f.).

4.2.

Mit der Revision des Immobiliarsachenrechts ermöglichte der Gesetzgeber, über Vereinbarungen zur Heimfallsentschädigung und zum Vorkaufsrecht hinaus obligatorische Bestimmungen des Baurechtsvertrags als Realobligationen auszugestalten (vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs [Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht] vom 27. Juni 2007, 07.061, in: BBl 2007 5313; PFÄFFLI, a.a.O., S. 125). Art. 779b Abs. 2 ZGB entspricht einem Bedürfnis der Vertragsparteien, obligatorische Vereinbarungen des Baurechtsvertrags mit Wirkung für allfällige Rechtsnachfolger vereinbaren zu können (ISLER/GROSS, a.a.O., Art. 779b N 13).

SPYCHER vertritt, dass gestützt auf Art. 779b Abs. 2 ZGB grundsätzlich jede vertragliche Bestimmung der Baurechtsurkunde

vorgemerkt und damit zu einer Realobligation ausgestaltet werden kann. Ausnahmen sieht dieser Autor lediglich bei Bestimmungen, welche (a) gegen Art. 20 OR verstossen, welchen (b) bereits gestützt auf Art. 779 Abs. 1 ZGB dingliche Wirkung zukommt oder welche (c) keinen materiellen Zusammenhang mit dem Baurecht haben (offensichtlich baurechtsfremde Bestimmungen). Nach dieser Auffassung hat der Grundbuchverwalter aufgrund seiner beschränkten Prüfungsbefugnis die Vormerkung in Zweifelsfällen vorzunehmen (vgl. SPYCHER, a.a.O., S. 349, 353). Einschränkungser äussert sich die überwiegende Lehre, welche für die Vormerkung von Vertragsbestimmungen einen unmittelbaren Zusammenhang mit der Nutzung des Grundstücks oder der Baurechtsbaute bzw. einen Zusammenhang mit der Ausübung des Baurechts fordert (vgl. ISLER/GROSS, a.a.O., Art. 779b N 8, 12; DENIS PIOTET, *Les limitations de l'annotation de l'art. 779b CC à la lumière de la théorie générale de l'annotation de droits personnels*, in: ZBGR 94/2013, S. 368).

Implizit vorausgesetzt wird für die Vormerkung von obligatorischen Vereinbarungen, dass die betreffende Berechtigung bzw. Verpflichtung Rechtsnachfolgern (insbesondere Erwerbern) überbunden werden kann. Darin liegt gewissermassen der Zweck der Realobligation begründet. Bei der strittigen Optionsrechtsvereinbarung, welche für den Ablauf des Baurechts eine Übertragungsverpflichtung zu Gunsten einer Drittpartei vorsieht, handelt es sich um keine Bestimmungen, welche die Ausübung des Baurechts betreffen. Insoweit besteht weder ein materieller Zusammenhang mit dem Baurecht noch ein Konnex zu Nutzungsvorgaben des Baurechtsgrundstücks. Weiter ist aufgrund der gesetzlichen Regelung des Heimfalls (Art. 779c ZGB) fraglich, ob von einer baurechtsfremden Bestimmung ausgegangen werden müsste. Der vorgesehene Eintritt einer bestimmten Drittpartei ins Baurecht als Rechtsnachfolgerin der Baurechtsnehmerin und dessen Fortführung nach Ablauf sind – soweit möglich – weder einer dinglichen noch realobligatorischen Wirkung zugänglich (vgl. Art. 123 Abs. 1 GBV).

5.

Mit der strittigen Klausel verpflichtet sich die Baurechtsnehmerin zur Übertragung an eine Drittpartei, wenn sie von der

Verlängerungsoption keinen Gebrauch macht. Ob dieser Vereinbarung obligatorische Wirkung zukommen kann, ist äusserst fraglich, aber nicht Gegenstand des Eintragungsverfahrens. Die Frage der Verbindlichkeit im Verhältnis unter den Vertragsparteien wäre zivilrechtlich. Da die Nichtausübung des Optionsrechts zum Untergang des Baurechts infolge Zeitablaufs führt, ist nicht von einer unzulässigen Übertragungsbeschränkung auszugehen (vgl. zum Ganzen: DOMINIK BACHMANN, Verfügungsbeschränkungen bei gebuchten selbständigen und dauernden Rechten, insbesondere Baurechten, Bern 1993, S. 61 f.; PFÄFFLI, a.a.O., S. 125). Insoweit ist die betreffende Vereinbarung zwar keiner "Verdinglichung" als Realobligation und damit der Vormerkung im Grundbuch zugänglich. Indessen hindert sie auch nicht die Entstehung bzw. den Fortbestand des dauernden und selbständigen Rechts. Für die einzelnen vorzumerkenden Bestimmungen werden mithin aus Gründen der Rechtssicherheit separate Anträge beim Grundbuchamt verlangt (vgl. ISLER/GROSS, a.a.O., Art. 779b N 14; Art. 47 Abs. 2 GBV). Vorliegend bezweckte die erste Grundbuchanmeldung die Verlängerung der Baurechtsdauer bis 31. Dezember 2027 mit Optionsrecht auf Verlängerung und "die geänderten Bestimmungen für die Ausübung von Optionsrechten" als Einträge. In der zweiten Anmeldung erfolgte insoweit eine Berichtigung, als die "Vormerkung" der "Regelung betreffend Nichtausübung Optionsrecht zu Baurecht dauernd bis 31.12.2027" verlangt wurde. Das Grundbuchamt war gehalten, die (unstrittige) Verlängerung der Baurechtsdauer einzutragen und die Vormerkung der Bestimmungen betreffend Nichtausübung des Optionsrechts zu verweigern. Die Grundbuchverwalterin hat die Anmeldung des Rechtsgeschäfts insgesamt abgewiesen. Entgegen deren Begründung ist nach dem Gesagten nicht von einer Übertragungsbeschränkung auszugehen, welche der Verlängerung der Baurechtsdauer bis 31. Dezember 2027 entgegensteht. Wie im Amtsbericht im Ergebnis eingeräumt, kann die Verlängerung ohne die entsprechende Vormerkung eingetragen werden. Jedenfalls ist in Bezug auf den Baurechtsvertrag nicht von einer Nichtigkeit auszugehen, welche die Eintragung hindern würde (vgl. Art. 20 Abs. 1 und 2 OR). Insoweit erweist sich die Beschwerde als teilweise begründet. Soweit hingegen die Vormerkung der Vereinba-

rungen betreffend Nichtausübung des Optionsrechts verlangt wird, ist die Beschwerde abzuweisen. Diese Bestimmungen sind keiner realobligatorischen Wirkung zugänglich, weshalb keine Eintragung erfolgen kann.

### 37 Grundbuchabgabe

**Zur Bestimmung der Grundbuchabgabe bei der Auflösung von Gesamthandsverhältnissen (§ 11 GBAG) ist grundsätzlich auf den anteilmässigen *effektiven Verkehrswert* abzustellen; bei mangelnder Verfügbarkeit einer aktuellen Verkehrswertschätzung darf insbesondere der *steuerliche Verkehrswert* herangezogen werden, wobei sich im Einzelfall Zu- und Abstriche rechtfertigen können.**

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 18. Oktober 2018, in Sachen A. und B. gegen Departement Volkswirtschaft und Inneres (WBE.2018.164).

#### *Aus den Erwägungen*

3.

3.1.

Gemäss § 11 GBAG ist bei vertraglicher Begründung sowie bei ganzer oder teilweiser Auflösung von Gesamthandsverhältnissen wie Erbengemeinschaft, Gütergemeinschaft oder einfacher Gesellschaft die Abgabe vom Wert der Gesamteigentumsanteile zu entrichten, welche auf die Übernehmer übergehen. Das Verwaltungsgericht entschied im Urteil vom 29. Oktober 2015 (WBE.2015.198), § 8 Abs. 2 GBAG sei auf die Berechnung der Abgabe gemäss § 11 GBAG nicht anwendbar. Unter dem Begriff "Wert der Gesamteigentumsanteile" sei der (anteilmässige) *Verkehrswert* zu verstehen (Erw. II/2.1 mit Verweisen auf das Gesetzgebungsverfahren). Nicht abgestellt werden dürfe auf die zwischen den Parteien vereinbarte Gegenleistung