

Chapeau

147 III 1

1. Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. Ortsbürgergemeinde U., A. AG und B. AG gegen Grundbuchamt V. (Beschwerde in Zivilsachen)
5A_341/2019 vom 19. Oktober 2020

Regeste

Art. 655 al. 2 ch. 2 et al. 3 CC; division d'un droit de superficie distinct et permanent immatriculé au registre foncier.

Validité et conditions du fractionnement d'un droit de superficie distinct et permanent inscrit au registre foncier, en particulier eu égard à la durée légale minimale du droit de superficie (consid. 2.1 et 3-6).

Faits à partir de page 1

BGE 147 III 1 S. 1

Die Ortsbürgergemeinde U. ist Eigentümerin des Grundstücks Nr. x mit einer Fläche von 27'004 m². Sie errichtete daran vier selbständige und dauernde Baurechte, die als Grundstücke in das Grundbuch aufgenommen wurden. Berechtigt sind die A. AG auf einer Fläche von 10'920 m² (SDR Nr. x-1), die B. AG auf einer Fläche von 3'570 m² (SDR Nr. x-2), die C. AG auf einer Fläche von 7'482 m² (SDR Nr. x-3) und die D. AG auf einer Fläche von 5'005 m² (SDR

BGE 147 III 1 S. 2

Nr. x-4). Das selbständige und dauernde Baurecht der A. AG hat eine Laufzeit bis 16. Mai 2038. Die A. AG verfügt über mehr Fläche als sie tatsächlich benutzt. Hingegen hat die B. AG zusätzlichen Platzbedarf. Die beiden Baurechtsnehmerinnen und die Ortsbürgergemeinde einigten sich darauf, in Abänderung der seinerzeitigen Dienstbarkeitsverträge die Fläche der Baurechtsparzelle SDR Nr. x-1 der A. AG zu verkleinern, aus der frei werdenden Fläche die Baurechtsparzelle SDR Nr. x-5 zu machen und diese der B. AG zuzuweisen. Das Rechtsgeschäft wurde am 28. November 2017 öffentlich beurkundet. Die Urkundsperson meldete das Rechtsgeschäft beim Grundbuchamt zur Eintragung an, das die Anmeldung abwies. Das angerufene Departement verneinte die Eintragbarkeit unter anderem damit, dass selbständige und dauernde Baurechte nicht wie Liegenschaften geteilt oder vereinigt werden könnten und dass es ohnehin eine Mindestdauer von 30 Jahren einzuhalten gälte. Das kantonale Verwaltungsgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde ab.

Mit Beschwerde gelangen die Ortsbürgergemeinde U., die A. AG und die B. AG (Beschwerdeführerinnen) an das Bundesgericht, dem sie beantragen, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neu Beurteilung an das Verwaltungsgericht zurückzuweisen. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut, hebt den angefochtenen Entscheid auf und weist die Sache zu neuem Entscheid an das Verwaltungsgericht zurück.

(Zusammenfassung)

Considérants

Aus den Erwägungen:

2.

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.

(...)

3.

3.1 Gegenstand des Grundeigentums sind die Grundstücke (Art. 655 Abs. 1 ZGB). Grundstücke sind die Liegenschaften (Art. 655 Abs. 2

BGE 147 III 1 S. 3

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).

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 lit. a Ziff. 1 Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 [GBV; SR 211.432.1]).

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, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. II, 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, 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, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. II, 6. Aufl. 2019, N. 14 Vor Art. 942-977 sowie N. 7 zu Art. 945 ZGB; MOOSER, in: Commentaire romand, Code civil, Bd. II, 2016, N. 19 Intro. zu Art. 942-977 und N. 1 zu Art. 945 ZGB; REY, a.a.O., Rz. 1028).

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

BGE 147 III 1 S. 4

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).

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 selbstständiges 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).

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 (z. B. 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; **BGE 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)

BGE 147 III 1 S. 5

unterworfen (ISLER/GROSS, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. II, 6. Aufl. 2019, N. 9-11, und BALLIF, in: Commentaire romand, Code civil, Bd. II, 2016, N. 29-31, je zu Art. 779 ZGB).

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, Zürcher Kommentar, a.a.O., N. 110 zu Art. 737 ZGB, und Das Eigentum, a.a.O., 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 und 1333; HITZ, a.a.O., Rz. 118, 132, 139 und 157; HANS MICHAEL RIEMER, Das Baurecht [Baurechtsdienstbarkeit] des Zivilgesetzbuches und seine Behandlung im Steuerrecht, 1968, S. 32 ff.; STEINAUER, Les droits réels, Bd. 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 - verzichtet, 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 und 157).

4.

4.1 Unter Hinweis auf LIVER (Zürcher Kommentar, a.a.O., N. 44 zu Art. 730 und N. 13 und 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

BGE 147 III 1 S. 6

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.

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" (Zürcher Kommentar, a.a.O., N. 15 zu Art. 730 ZGB).

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

BGE 147 III 1 S. 7

neues Hauptbuchblatt eröffnet werden soll und das Erfordernis der Mindestdauer von 30 Jahren nicht erfüllt ist (E. 2.1 oben).

5.

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*.

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.

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.

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 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.

5.5 Das Gesetz definiert nicht, was unter einer *Änderung* einer Dienstbarkeit zu verstehen ist. Namentlich grenzt es nicht ab, welche

BGE 147 III 1 S. 8

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 lit. 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).

5.6 Die Doktrin befasst sich eher cursorisch mit dieser Frage.

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 (Zürcher Kommentar, a.a.O., N. 89 f. zu Art. 732 ZGB).

5.6.2 Andere Autoren verstehen unter "Abänderung eines Eintrags" im Sinn von Art. 964 Abs. 1 ZGB eine inhaltlich einschränkende

BGE 147 III 1 S. 9

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 (HÖMBERGER, Zürcher Kommentar, 2. Aufl. 1938, N. 4 zu Art. 964 ZGB; DESCHENAUX, a.a.O., S. 252; PFAMMATTER, in: ZGB, Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3.

Aufl. 2016, N. 3, DEILLON-SCHEGG, in: Sachenrecht, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 3, MOOSER, a.a.O., N. 7, und SCHMID, a.a.O., N. 6 und 18, je zu Art. 964 ZGB).

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, liege 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., 285 f.).

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, TDPS, Bd. V/2, 2. Aufl. 2012, Rz. 229 ff.).

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.).

5.6.6 Am ausführlichsten hat sich BETTINA HÜRLIMANN-KAUP mit der Thematik auseinandergesetzt (in: Die Änderung von

BGE 147 III 1 S. 10

Dienstbarkeiten - ausgewählte Fragen, Der Bernische Notar [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., 37 Fn. 38).

5.7 Hier beabsichtigen die Beschwerdeführerinnen die flächenmässige Aufteilung einer bestehenden Baurechtsdienstbarkeit, die sich auf gleich- und nachrangige Rechte nicht auswirkt und den Inhalt der Dienstbarkeit mit Ausnahme der flächenmässigen Aufteilung unverändert belässt. 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.

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.

BGE 147 III 1 S. 11

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.

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, Das Eigentum, a.a.O., 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, BBI 2007 5283, 5304). Auf diese Weise fand im Jahr 2012 die damals in Art. 7 Abs. 2 aGBV enthaltene Regelung, sprachlich vereinfacht, inhaltlich jedoch unverändert Eingang in den Art. 655 Abs. 3 ZGB (AS 2011 4637).

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

6.3.1 Nach LIVER (Das Eigentum, a.a.O., S. 124) würde sich das Baurecht ohne Mindestdauer nicht für den Verkehr eignen; zum hierfür erforderlichen Zeitrahmen äussert er sich nicht.

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).

BGE 147 III 1 S. 12

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.

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

6.5.1 So kann der Eigentümer, wie das Bundesamt für Justiz mit Hinweis auf LIVER, Zürcher Kommentar, 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 lit. 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 vom 9. April 1963 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Änderung der Vorschriften des Zivilgesetzbuches

BGE 147 III 1 S. 13

und des Obligationenrechtes betreffend das Baurecht und den Grundstückverkehr, BBI 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., 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.

6.5.2 Letzteres gilt auch, wenn die Fläche einer Baurechtspartelle erweitert wird (insbesondere BRÜCKNER/KUSTER, Die Grundstücksgeschäfte, 2016, Rz. 516 und 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.

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.