

### XIII. Übriges Verwaltungsrecht

#### 33 Grundbuch

**Die flächenmässige Aufteilung eines selbstständigen und dauernden Baurechts unter Mitwirkung der Parteien des Dienstbarkeitsvertrags führt zu einem zusätzlichen dinglichen Recht, welches für die Mindestdauer von 30 Jahren zu begründen ist.**

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 27. März 2019, in Sachen Ortsbürgergemeinde A., B. AG und C. AG gegen Departement Volkswirtschaft und Inneres (WBE.2018.250).

#### *Aus den Erwägungen*

3.

Die Beschwerdeführerinnen verlangen die Eintragung des abgewiesenen Rechtsgeschäfts. Sie berufen sich im Wesentlichen darauf, dass die "flächenmässige Aufteilung" eines Baurechtsgrundstücks entsprechend der Berner Grundbuchpraxis zulässig sei. Zwar könnten selbstständige und dauernde Baurechte nicht wie Liegenschaften "parzelliert" werden, hingegen könne eine Aufteilung im Rahmen einer formgültigen Abänderung des Dienstbarkeitsvertrags erfolgen. Die flächenmässige Aufteilung eines selbstständigen und dauernden Baurechts bedürfe nebst Messurkunde und Situationsplan zur Planänderung eines öffentlich beurkundeten Vertrags, an welchem mindestens die baurechtsbelastete und die baurechtsberechtigte Partei mitwirkten. Für die Zulässigkeit entsprechender Aufteilungen plädierten insbesondere der langjährige Grundbuchverwalter des Grundbuchamts Thun-Oberland, Prof. Dr. iur. Roland Pfäffli, sowie dessen Nachfolger Adrian Mühlematter.

4. – 5. (...)

6.

## 6.1.

Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB bezeichnet die in das Grundbuch aufgenommenen selbstständigen und dauernden Rechte als Grundstücke im Sinne des Gesetzes. Gemäss Art. 655 Abs. 3 ZGB kann eine Dienstbarkeit an einem Grundstück als selbstständiges und dauerndes Recht in das Grundbuch aufgenommen werden, wenn sie weder zugunsten eines berechtigten Grundstücks noch ausschliesslich zugunsten einer bestimmten Person errichtet ist (Ziff. 1) und auf wenigstens 30 Jahre oder auf unbestimmte Zeit begründet ist (Ziff. 2). Als solches kann es Gegenstand des Rechtsverkehrs, insbesondere Belastungsobjekt von beschränkten dinglichen Rechten wie Dienstbarkeiten und Grundpfandrechten sein, sofern es Sachherrschaft vermittelt (LORENZ STREBEL/HERMANN LAIM, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II [BSK-ZGB II], Art. 457-977 ZGB, 5. Auflage, 2015, Art. 655 N 11 mit Hinweisen). Dies gilt insbesondere für das Baurecht (vgl. Art. 779 Abs. 3 ZGB).

Das Bundesgericht führte in einem Urteil vom 19. Mai 1992 aus, es sei anerkannt, dass die selbstständigen und dauernden Rechte durch diese gesetzgeberische Fiktion nicht zu Grundstücken, d.h. zu Sachobjekten gemacht würden, an denen Eigentum begründet werden könnte; die Bestimmungen über die Grundstücke könnten demgemäss nur analog auf sie angewendet werden, indem den Besonderheiten ihres Charakters als Dienstbarkeitsrechte Rechnung getragen werde (BGE 118 II 115, Erw. 2 mit Hinweisen). Unter Verweis auf die grundsätzlich fehlende Sachqualität lehnt die herrschende Lehre eine "Parzellierung" bzw. Teilung selbstständiger und dauernder Rechte ab (vgl. PETER LIVER, Die Grunddienstbarkeiten, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1980 [ZK-LIVER], Art. 743 N 13 f.; ADRIAN MÜHLEMATTER, Teilung und Vereinigung von Grundstücken, in: BN 2017, S. 36 f.).

## 6.2.

## 6.2.1.

Nach Auffassung der Vorinstanz ist die "Konstruktion der Aufteilung bzw. Abänderung des ursprünglichen Baurechts LIG Nr. 4143-1 in ein reduziertes Baurechtsgrundstück LIG Nr. 4143-1 sowie in ein neues Baurechtsgrundstück LIG Nr. 4143-5 [...]" nicht

eintragungsfähig. Soweit sich die Vorinstanz damit auf die fehlende Sachqualität des selbstständigen und dauernden Baurechts beruft, überzeugt ihre Argumentation nur beschränkt. Die Einräumung eines selbstständigen und dauernden Rechts zu Gunsten der Beschwerdeführerin 3 erfolgt – wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht vorbringen – entsprechend ihrer Vorstellung nicht einseitig durch die Beschwerdeführerin 2 als Baurechtsnehmerin. Im Hinblick auf die Beteiligung der Grundeigentümerin und Baurechtsgeberin ist anzunehmen, dass die Vertragsparteien eine Abänderung des ursprünglichen Dienstbarkeitsvertrags (unter Einbezug einer weiteren Partei) beabsichtigten. Dies ist insbesondere naheliegend, da die Vertragsparteien den ursprünglichen Baurechtsvertrag zum integrierenden Bestandteil des neuen Dienstbarkeitsvertrags erklärten und der Beschwerdeführerin 3 obligatorische Verpflichtungen wie die Baurechtszinsverpflichtung (teilweise) überwunden werden sollten.

#### 6.2.2.

Die Verlegung der Baurechtsfläche und Flächenveränderungen in Form der Ausweitung oder Verkleinerung der Baurechtsfläche können anerkanntermassen durch eine Änderung des Dienstbarkeitsvertrags bewirkt werden (vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER/MATHIAS KUSTER, Die Grundstücksgeschäfte, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 516, 1556 ff.). In diesem Zusammenhang können im Grundbuch – wie die Vorinstanz zu Recht ausführt – insbesondere Teillöschungen des ursprünglichen Baurechtsgrundstücks (im Sinne einer Flächenverkleinerung) erfolgen. Auch Erweiterungen der Baurechtsparzelle können auf diesem Weg vereinbart werden (vgl. Nachtrag zum Kurzgutachten von Prof. Dr. iur. Roland Pfäffli).

Die Vertragsparteien haben sich indessen nicht für eine (anerkanntermassen zulässige) "Flächenverschiebung" der aneinandergrenzenden Baurechtsparzellen (der Beschwerdeführerinnen 2 und 3) entschieden; vielmehr möchten sie für die ungenutzte Teilfläche von SDR Nr. 4143-1 ein selbstständiges und dauerndes Baurecht ausscheiden (SDR Nr. 4143-5). Dieses soll der Beschwerdeführerin 3 zustehen, welche als Drittpartei in das Baurechtsverhältnis zwischen den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 eintritt. Aus den Akten geht nicht schlüssig hervor, welche Motive gegen eine flächenmässige

Verkleinerung von SDR Nr. 4143-1 und eine Vergrößerung von SDR Nr. 4143-2 sprachen.

### 6.2.3.

Nach der bernischen Grundbuchpraxis kann auch die "flächenmässige Aufteilung" eines Baurechtsgrundstücks durch eine formgültige Abänderung des bisherigen Dienstbarkeitsvertrags erfolgen (vgl. Handbuch für den Verkehr mit den Grundbuchämtern und die Grundbuchführung der bernischen Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion, Ziff. 3.7, S. 39; MÜHLEMATTER, a.a.O., S. 37). Damit hat auch diese Praxis ihren Anwendungsbereich bei der Abänderung von Dienstbarkeitsverträgen unter Beteiligung des Baurechtsgebers. Die Vorinstanz erwähnte die Möglichkeit der Teillöschung des ursprünglichen Baurechts und der Neuerrichtung eines Baurechts auf der freigegebenen Teilfläche. So oder so dürfte bei der Abänderung des ursprünglichen Dienstbarkeitsvertrags kein Widerspruch zum Grundsatz der "Unteilbarkeit von Dienstbarkeiten" (ZK-LIVER, Art. 730 N 47) entstehen, wenn Baurechtsgeber und -nehmer eine Aufteilung eines Baurechtsgrundstücks vereinbaren. Auch Art. 25 Abs. 1 VAV spricht von der Teilung flächenmässig ausgeschiedener selbstständiger und dauernder Rechte. Diesbezüglich berufen sich die Beschwerdeführerinnen zu Recht auf Art. 19 OR, wonach der Inhalt eines Baurechtsvertrags unter Beachtung des sachenrechtlichen Typenzwangs festgestellt werden kann (vgl. Nachtrag zum Kurzgutachten von Prof. Dr. iur. Roland Pfäffli; CHRISTINA SCHMIDT-SCHIRREN, "Numerus clausus" – Bemerkungen zum sachenrechtlichen Typenzwang, in: BN 2014, S. 444). Insoweit ist insbesondere nicht zwingend, dass (einseitig durch den Baurechtsnehmer) ein Unterbaurecht errichtet wird (in ZK-LIVER, Art. 743 N 14, als "rechtliches Mittel der Parzellierung des Baurechtsgrundstücks" bezeichnet). In der Kommentierung von PETER LIVER wird die Teilung bzw. "Parzellierung" eines Baurechts im Hinblick auf die Befugnisse des Baurechtsnehmers abgelehnt, nicht jedoch die Änderung des Dienstbarkeitsvertrags (vgl. ZK-LIVER, Art. 743 N 13 f.).

### 6.3.

#### 6.3.1.

Weder die Literatur noch die angesprochene "Berner Praxis" äussern sich zu den Voraussetzungen und Konsequenzen einer "flächenmässigen Aufteilung" eines selbstständigen und dauernden Baurechts. Unabhängig davon ist festzuhalten, dass die vereinbarte Aufteilung des Baurechts zur Errichtung eines neuen selbstständigen und dauernden Rechts führt. Insoweit ist – in Bezug auf den vorliegenden Fall – wesentlich, welche Bedeutung Art. 655 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB zukommt, wonach dieses auf wenigstens 30 Jahre zu begründen ist.

### 6.3.2.

Im Gegensatz zu Verschiebungen und Flächenveränderungen des Baurechtsgrundstücks, wo kein zusätzliches dingliches Recht errichtet wird, geht eine "flächenmässige Aufteilung" mit der Errichtung eines zusätzlichen (selbstständigen und dauernden) Baurechts einher. (...)

### 6.3.3.

Vorliegend wurde das bestehende Baurecht (SDR Nr. 4143-1) für die Dauer von 50 Jahren, d.h. bis 16. Mai 2038, vereinbart. Dessen Verlängerung ist im Rahmen der Abänderung des Dienstbarkeitsvertrags nicht vorgesehen. Nach der Vorstellung der Vertragsparteien soll das der Beschwerdeführerin 2 zustehende Baurecht flächenmässig verkleinert und auf der freigegebenen Fläche ein weiteres selbstständiges und dauerndes Baurecht (zu Gunsten der Beschwerdeführerin 3) begründet werden, letzteres für die (Rest-)Dauer von ca. 20 Jahren. Bei der blossen Verlängerung eines selbstständigen und dauernden Baurechts, d.h. der Fortsetzung des bisherigen Rechtsverhältnisses, müsste die Mindestdauer von Art. 655 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB nicht beachtet werden (vgl. STEPHAN SPYCHER, in: STEPHAN WOLF [Hrsg.], Dienstbarkeiten im Wandel - von "Weg und Steg" zum Energie-Contracting, INR - Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis, Band/Nr. 16, Bern 2014, S. 125). Hingegen führt die Aufteilung eines Baurechtsgrundstücks zur Errichtung eines weiteren selbstständigen und dauernden Rechts (vorliegend SDR Nr. 4143-5). Dem Privatgutachter kann nicht gefolgt werden, wenn dieser ausführt, dass keine "formelle Parzellierung" erfolge, und darauf verweist, das bestehende Baurecht sei seinerzeit auf eine

Dauer von über 30 Jahren begründet worden (vgl. Nachtrag zum Kurzgutachten von Prof. Dr. iur. Roland Pfäffli). Diesbezüglich ist zwischen der Abänderung und der Begründung eines selbstständigen und dauernden Rechts zu differenzieren. Die vereinbarte Aufteilung des Baurechtsgrundstücks (unter Einbezug einer weiteren Partei in den Dienstbarkeitsvertrag) würde zu einer Umgehung der Bestimmungen über die Mindestdauer von selbstständigen und dauernden Rechten führen (zur Prüfungsbefugnis des Grundbuchverwalters vgl. hinten Erw. 6.5).

Ob diese Problematik nicht besteht, wenn ein Baurechtsgrundstück durch einen neu angelegten Weg flächenmässig aufgeteilt wird, muss vorliegend nicht geklärt werden (vgl. Kurzgutachten von Prof. Dr. iur. Roland Pfäffli). Ergänzend ist jedoch festzuhalten, dass sich die Aufteilung einer Liegenschaft durch eine Wegparzelle (und die gemäss Art. 974a ZGB damit verbundene Bereinigung der Dienstbarkeiten) nicht mit der beabsichtigten Aufteilung bzw. Begründung eines selbstständigen und dauernden Baurechts vergleichen lässt.

Mit der Revision des Immobiliarsachenrechts (in Kraft getreten am 1. Januar 2012) wurde die Mindestdauer von selbstständigen und dauernden Rechten auf Gesetzesstufe geregelt (vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht] vom 27. Juni 2007, 07.061, in: BBI 2007 5304). Insoweit berufen sich die Beschwerdeführerinnen vergeblich auf eine fehlende gesetzliche Grundlage (zur Prüfungsbefugnis des Grundbuchverwalters vgl. hinten Erw. 6.5). Die Rechtfertigung für die Mindestdauer kann mitunter in der Belastbarkeit als Grundstück gesehen werden (vgl. PETER R. ISLER/DOMINIQUE GROSS, in: BSK-ZGB II, Art. 779 N 30; JÜRIG SCHMID, in: BSK-ZGB II, Art. 943 N 18, 20). Die Vorinstanz verweist diesbezüglich zu Recht auf Bedürfnisse des Investitionsschutzes. Unabhängig davon erscheint fraglich, ob seitens von gewerblichen Baurechtsnehmern ein praktisches Bedürfnis besteht, selbstständige und dauernde Baurechte für eine Dauer von unter 30 Jahren errichten zu können (zu üblicherweise definierten Dauern vgl. URS BÜRGI/ADRIAN FRITZ/MARC HENDRY, Der Baurechtsvertrag und seine Komplexität, in: SREJ 15/2017, S. 36).

Dieselbe Problematik würde sich im Übrigen auch bei der Errichtung eines selbstständigen und dauernden Unterbaurechts stellen: Dessen Dauer dürfte einerseits diejenige des bestehenden Baurechts nicht überschreiten und andererseits wäre es auf wenigstens 30 Jahre zu begründen (vgl. ISLER/GROSS, a.a.O., Art. 779 N 36 f.; Kurzgutachten von Prof. Dr. iur. Roland Pfäffli; Nachtrag zum Kurzgutachten von Prof. Dr. iur. Roland Pfäffli).

#### 6.4.

Von den Beschwerdeführerinnen herangezogene Vergleichsfälle können zu keiner anderen Beurteilung führen. Dies betrifft insbesondere eine mögliche "Parzellierung" eines (Baurechts-)Grundstücks im Rahmen von öffentlich-rechtlichen Enteignungen bzw. diesbezüglicher rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen. In diesem Zusammenhang erwähnte Verbreiterungen von Strassenparzellen sind nicht vergleichbar, denn hier entsteht kein zusätzliches selbstständiges und dauerndes Baurecht zu Gunsten eines Dritten (vgl. Kurzgutachten von Prof. Dr. iur. Roland Pfäffli). Schliesslich handelt es sich beim Beispiel "LIG D./183-1" nach Darstellung der Vorinstanz um eine flächenmässige Erweiterung eines Baurechtsgrundstücks, welche anerkanntermassen zulässig ist (vgl. vorne Erw. 6.2.2).

#### 6.5.

Es kann somit festgehalten werden, dass die vereinbarte Aufteilung des Baurechtsgrundstücks nicht eintragungsfähig ist. Für die Aufnahme einer neuen Baurechtsparzelle ins Grundbuch würde vorausgesetzt, dass die Vertragsparteien für diese eine Mindestdauer von 30 Jahren vorsähen.

Das Grundbuchamt prüft, gestützt auf die mit der Anmeldung eingereichten weiteren Belege, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung in das Hauptbuch erfüllt sind (Art. 83 Abs. 1 GBV). Insbesondere zu prüfen hat es die Verfügungsberechtigung der anmeldenden Person (Art. 83 Abs. 2 lit. c GBV) sowie die Rechtsgrundaussage, insbesondere deren Form (lit. g; vgl. dazu BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Die Änderung von Dienstbarkeiten – ausgewählte Fragen, in: BN 2013, S. 131 f.). Bei der Mindestdauer für selbstständige und dauernde Rechte gemäss Art. 655 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB handelt es sich um eine zwingende Bestimmung, ohne

deren Einhaltung kein Hauptbuchblatt angelegt werden darf (vgl. Art. 22 GBV). Bei der vereinbarten Aufteilung der Baurechtsparzelle erscheint die Aufnahme des neu auszuscheidenden Baurechtsgrundstücks und damit dessen (Mindest-)Dauer objektiv und subjektiv wesentlich (in diesem Sinne: Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 25. Oktober 2002, Erw. 2c/ee, in: ZBGR 86/2005, S. 294; vgl. auch BRÜCKNER/KUSTER, a.a.O., Rz. 1536). Insoweit unterscheidet sie sich von der blossen Eintragung einer Baurechtsdienstbarkeit, welche grundsätzlich nicht von der Möglichkeit abhängt, diese im Zeitpunkt der Eintragung oder danach als selbstständiges und dauerndes Recht ins Grundbuch aufzunehmen (vgl. § 22 Abs. 1 GBV, wonach die Aufnahme auf schriftliches Begehren der berechtigten Person erfolgt; STREBEL/LAIM, a.a.O., Art. 655 N 10; SCHMID, a.a.O., Art. 943 N 19 ff.).

Die gegenteilige Auffassung des privaten Rechtsgutachters gründet darin, dass dieser in unzutreffender Weise annimmt, die Mindestdauer für selbstständige und dauernde Rechte sei für die neu auszuscheidende Baurechtsparzelle unbeachtlich (vgl. Nachtrag zum Kurzgutachten von Prof. Dr. iur. Roland Pfäffli).

*(Anmerkung: Gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts wurde Beschwerde in Zivilsachen erhoben [5A\_341/2019].)*

## **Obergericht, Abteilung Zivilgericht**



## I. Zivilrecht (Zivilgesetzbuch)

### A. Familienrecht

#### 34 Art. 276 Abs. 2 und 289 Abs. 2 ZGB

**Bevorschusste Kindesschutzkosten können von den Eltern oder einem Elternteil nur auf dem zivilrechtlichen Weg zurückgefordert werden. Die hoheitliche Verfügung über die Festsetzung und Rückerstattung des Elternbeitrags an von der Gemeinde bevorschusste Kindesschutzkosten mit Gemeinderatsbeschluss ist nichtig.**

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 4. Zivilkammer, vom 25. November 2019, i.S. Einwohnergemeinde A. gegen M.S. (ZSU.2019.215)

#### *Aus den Erwägungen*

##### 2.3.2.

Vorliegend hat der Gemeinderat A. mit Beschluss vom 25. April 2017 entschieden, dass die Pflegeplatzkosten für den Sohn der Beklagten abzüglich der Kinderzulagen und des Elternbeitrags der Kindsmutter rückwirkend ab 1. Januar 2016 zu Lasten der Sozialhilfe übernommen werden. Gleichzeitig wurde vom Gemeinderat erwogen, dass der im Rahmen der Unterhaltspflicht zu leistende Elternbeitrag der Beklagten auf monatlich Fr. 664.50 festgesetzt werde und beschlossen, dass der Beklagten eine monatliche Rechnung über diese Fr. 664.50 zu stellen sei. Ebenfalls wurde die Beklagte mit gleichem Beschluss aufgefordert, der Abteilung Soziale Dienste einen Abzahlungsvorschlag für die offenen Elternbeiträge von Januar 2016 bis April 2017 (16 x Fr. 664.50 = Fr. 10'632.-) zu unterbreiten.

Damit ist davon auszugehen, dass die Klägerin vollumfänglich die anfallenden Pflegeplatzkosten von Fr. 2'700.00 pro Monat bevorschusst, jedoch nur bereit ist, einen Teil (Pflegeplatzkosten abzüglich Kinderzulagen und Elternbeitrag der Beklagten) des bevorschusteten Betrages zu Lasten der Sozialhilfe zu übernehmen. Der vom Ge-