

# Bundesblatt

115. Jahrgang

Bern, den 2. Mai 1968

Band I

*Erscheint wöchentlich. Preis 33 Franken im Jahr, 18 Franken im Halbjahr zuzüglich  
Nachnahme- und Postbestellungsgebühr*

*Eindrückungsgebühr: 50 Rappen die Petitzelle oder deren Raum. — Inserate franko an  
Stämpfli & Cie. in Bern*

8716

## Botschaft

des

### Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Änderung der Vorschriften des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechtes betreffend das Baurecht und den Grundstückverkehr

(Vom 9. April 1963)

Herr Präsident,  
Hochgeehrte Herren!

Wir beehren uns, Ihnen den Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Änderung der Vorschriften des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechtes betreffend das Baurecht und den Grundstückverkehr mit folgender Botschaft zu unterbreiten:

#### Erster Abschnitt

### Die Revision der Bestimmungen über das Baurecht

#### I. Das geltende Recht

1. Das Baurecht hat in der Praxis eine ganz andere Funktion erhalten als die, für welche es vom Gesetzgeber im Jahre 1907 geschaffen worden ist.

Eugen Huber hatte sich dazu, wie der verstorbene Bundesrat E. von Steiger in seinem Vortrag «Vom Baurecht» in der Schweizerischen Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, 37. Band, S. 82, mitteilt, in einem 1909 der Gartenstadt-Genossenschaft Zürich erstatteten Gutachten wie folgt geäußert:

«Bei der Aufnahme des Baurechtes in das Zivilgesetzbuch dachte man denn auch eher an andere Verhältnisse, wie Kellerungen, Schleusenwerke, als an die in den Ländern des Grossgrundbesitzes (England, Norddeutschland) gegebenen Bedingungen. Immerhin wird es nicht ausbleiben, dass etwa Städte ihre Gebiete auf dem Wege des Baurechtes mit Erfolg zu verwerten bemüht sein werden.»

Auch alt Ständerat Dr. E. Klöti gibt diese Stelle aus dem Gutachten Hubers wieder in seinem Bericht an den Stadtrat von Zürich: Das Baurecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches im Dienste kommunaler Boden- und Wohnungspolitik (Statistik der Stadt Zürich, Heft 52, 1943, S. 24).

Die Erläuterungen Eugen Hubers zum Vorentwurf des schweizerischen Zivilgesetzbuches gehen über das Baurecht mit wenigen Bemerkungen, die seine Stellung im System der Dienstbarkeiten betreffen, hinweg. Von seiner wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung für die Zukunft ist darin nicht die Rede.

Immerhin hatte schon Prof. H. F. Hitzig in seiner Besprechung der Bestimmungen des Vorentwurfes über das Baurecht in der Zeitschrift für schweizerisches Recht, n. F. 22 (1903) S. 26 vorausgesagt: «Eine grosse soziale Bedeutung wird es erlangen, wenn es gelingt, die Idee des Baurechts in der kommunalen Wohnungspolitik für Arbeiterwohnungen zu verwerten.»

2. Diese Idee hat denn auch nach dem ersten Weltkrieg in verschiedenen schweizerischen Städten Anklang gefunden. Namentlich die Einwohnergemeinde Bern hat es sich angelegen sein lassen, sie für die Förderung des sozialen Wohnungsbaues fruchtbar zu machen. Sie hat das Verdienst, auf dem Prozesswege, den sie auf Grund von Gutachten des Schöpfers des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eugen Huber, beschriftet, eine Abklärung der Tragfähigkeit des neuen Instituts für die Verwirklichung ihrer sozialpolitischen Ziele herbeigeführt zu haben. Das Ergebnis konnte nur negativ sein. Es ist in einem grundsätzlichen, eingehend begründeten Urteil des Bundesgerichts niedergelegt (BGE 52 II 27 [Pr. 15 Nr. 27] i. S. Einwohnergemeinde Bern gegen Bircher vom 17. Februar 1926), womit auch der vorausgegangene Entscheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts vom 16. Oktober 1923 in gleicher Sache (BGE 49 III 180 [Pr. 12 Nr. 164]) zu vergleichen ist. Gegenstand der Auseinandersetzung war die Frage, ob die im Baurechtsvertrag festgesetzte Baurechtszinsforderung des Grundeigentümers zum Inhalt des dinglichen Baurechts gehöre, so dass dessen Bestand von ihrer Erfüllung abhängig sei, und ob dem Grundeigentümer für seine Forderung auf den Baurechtszins das Baurecht hafte und durch Betreibung auf Grundpfandverwertung in Anspruch genommen werden könne.

Das Bundesgericht erkannte, dass das Baurecht für die Forderung auf den Baurechtszins nur dadurch haftbar gemacht werden könne, dass es mit einer Grundlast oder einem Grundpfand belastet werde; andere Formen der dinglichen Sicherung einer Forderung schliesse das Gesetz gemäss seinem Grundsatz der geschlossenen Zahl der Kategorien von dinglichen Rechten aus. Das Bundesgericht erkannte weiter, ohne die Möglichkeit einer aus der Natur der Sache sich ergebenden Realobligation auch nur in Betracht zu ziehen: Da die Pflicht zur Leistung des Baurechtszinses nicht das Baurecht dinglich belaste, gehe sie mit der Übertragung des Baurechts nicht auf den Erwerber über, wenn dieser sie nicht übernommen habe. Der Grundeigentümer brauche den Erwerber aber auch nicht als Baurechtszinsschuldner anzunehmen, sondern könne den alten Baurechtshaber als Schuldner beibehalten.

3. Dieses Urteil enttäuschte die Einwohnergemeinde Bern und veranlasste sie, sich vom Baurecht in der Weiterverfolgung ihrer Wohnbaupolitik einstweilen abzuwenden.

Damals, besonders zu Anfang der zwanziger Jahre, musste der Boden, damit er im Sinne der vom Gemeinwesen geförderten Wohnraumbeschaffung überbaut wurde, zu sehr günstigen Bedingungen abgegeben werden. Die Einwohnergemeinde Bern war – wie Bundesrat von Steiger, a. a. O., S. 86, und Ständerat Klöti, a. a. O., S. 28, berichten – sogar bereit, Land zu Baurecht auf unbeschränkte Dauer für den Wohnungsbau zur Verfügung zu stellen.

Wie die Dinge damals wirtschaftlich lagen, waren es nicht die Baugenossenschaften und sonstigen Träger des sozialen Wohnungsbaues, für die das Bedürfnis nach einem besseren Schutz ihrer Rechtsstellung auf Grund des ihnen eingeräumten Baurechts hervortrat, sondern es war das Gemeinwesen, das dieses Bedürfnis empfand. Es konnte es nur dann verantworten, Bauland in dieser Form abzugeben, wenn es als Sicherheit für seine Forderung auf den Baurechtszins das Baurecht samt dem zu ihm gehörenden Gebäude in Anspruch nehmen und die mannigfachen sonstigen Verpflichtungen aus dem Baurechtsvertrag auch gegenüber jedem Erwerber des Baurechts durchsetzen konnte.

4. Zur Sicherung des Baurechtszinses standen wohl das Grundpfand und die Grundlast zur Verfügung. Sie schienen aber hiezu deshalb nicht geeignet, weil der Bauberechtigte darauf angewiesen war, das Baurecht zur Erlangung des nötigen Baukredites voll einzusetzen, um so mehr als die Gesuche um Belehnung von Baurechten anfänglich bei den Kreditinstituten auf Misstrauen und Zurückhaltung stiessen. War das Baurecht schon bei seiner Begründung mit einem Grundpfand oder einer Grundlast zur Sicherung des Baurechtszinses belastet, so waren die Schwierigkeiten der Baukreditbeschaffung vielfach unüberwindlich. Wenn das Grundpfand zur Sicherung des Baurechtszinses im Betrage der kapitalisierten Jahresleistung errichtet wurde, so war das schon eine recht hohe Belastung, die eine weitere Kreditfähigkeit des Baurechtes allzu stark schwächte. Es schien aber, dass eine so hohe Belastung notwendig war, um den Baurechtszins durch ein Grundpfand sicherzustellen. Eine Kapitalforderung in dieser Höhe gibt es zwar nicht; die Forderung besteht in den jährlichen Rentenbeträgen, die, wenn sie auch Baurechtszinse genannt werden, doch nicht Kapitalzinse und auch nicht Amortisationsbeträge oder Annuitäten sind. Das Grundpfand hätte eigentlich eine Hypothek für die Gesamtheit der in einem bestimmten Zeitpunkt fälligen Rentenforderungen, die Hauptforderungen sind, bis zu einem bestimmten Höchstbetrag (Maximalhypothek) sein müssen. Daran dachte man aber nicht. Wenn der kapitalisierte Betrag der Jahresleistungen als Pfandsumme eingetragen wird, so hat das allerdings den Vorteil, dass dann die einzelnen Jahresleistungen betriebsrechtlich als Zinse oder Annuitäten gelten können, so dass der Gläubiger gemäss Artikel 41, Absatz 2 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs nach seiner Wahl statt auf Pfandverwertung auf Pfändung oder auf Konkurs betreiben könnte.

5. Wird der Baurechtszins aber mit einer Grundlast dinglich gesichert, so muss auch der zwanzigfache Betrag der Jahresleistung in das Grundbuch eingetragen werden (ZGB Art. 783, Abs. 2). Diese Angabe des Gesamtwertes im Grundbuch sieht dann aus wie der Eintrag der Pfandsumme beim Grundpfandrecht. Der Gesamtwert erscheint als die Summe, bis zu der das Baurecht als Grundstück haftet. Das trifft zwar nicht zu. Mit der Angabe des Gesamtwertes wird die Ablösungssumme bestimmt; ausserdem kommt der Gesamtwert allerdings auch in der Zwangsverwertung des belasteten Grundstückes zur Geltung, nämlich zur Bestimmung des Anteils am Verwertungserlös, welcher dem Grundlastgläubiger zufällt, wenn der Erlös die Forderungen der vorgehenden Pfandgläubiger beim zweiten Aufruf (ohne die Grundlast) übersteigt (ZGB Art. 812, Abs. 2; Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz Art. 142; Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken Art. 104). Das ist jedoch ein Fall, mit dem in der Praxis nicht gerechnet werden muss, weil die Grundlast für den Baurechtszins den Grundpfandlasten regelmässig vorgeht. Für den Umfang der Haftung hat die Angabe des Gesamtwertes der Grundlast im Grundbuch keine Bedeutung. Der Umfang der dinglichen Haftung ist gesetzlich festgelegt. Es ist zwecklos, ihn durch Manipulierung des Gesamtwertes reduzieren zu wollen, wie das in der Praxis geschieht, indem als Gesamtwert etwa der drei- oder fünffache Betrag der Jahresleistung statt des zwanzigfachen eingetragen wird. Die Haftung des Grundstückes (hier: des als Grundstück in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Baurechtes) umfasst die Leistungen, deren Fälligkeit nicht mehr als drei Jahre zurückliegt (ZGB Art. 791). Das ist nicht ein Nachteil, sondern ein Vorteil der Grundlast in ihrer Verwendung zur Sicherung des Baurechtszinses. Diese gesetzliche Beschränkung der Haftung des Baurechtes erleichtert die Erlangung der erforderlichen Baukredite und ihrer Sicherstellung durch die Verpfändung des Baurechtes. Als ein weiterer Vorteil der Grundlast mag auch der Umstand gelten, dass die in die Grundlast gekleidete Leistungspflicht von Gesetzes wegen den jeweiligen Bauberechtigten trifft, also auf den Erwerber des Baurechtes übergeht, ohne dass er sie übernehmen muss. Der Veräusserer wird ohne weiteres frei; denn für die drei Jahresleistungen, welche die dingliche Sicherheit geniessen, haftet niemand persönlich. Artikel 791 des schweizerischen Zivilgesetzbuches sagt: «Der Gläubiger der Grundlast hat keine persönliche Forderung gegen den Schuldner, sondern nur ein Recht auf Befriedigung aus dem Werte des belasteten Grundstückes». Der Gläubiger kann deshalb allerdings für diese Jahresleistungen auch nicht auf Pfändung oder Konkurs betreiben, sondern lediglich auf Grundpfandverwertung. Leemann (Kommentar Note 15/16 zu Art. 791 ZGB) hat versucht, die Möglichkeit der Betreibung auf Pfändung, die erwünscht wäre, zu begründen, ist damit aber nicht durchgedrungen (Jaeger C., Kommentar, Bemerkung 12 zu Art. 41, Abs. 2 SchKG und Praxis II, 1928, Bemerkung 12 zu Art. 41, Abs. 2, S. 10).

Ausserdem können gegen die Eignung der Grundlast zur Sicherung des Baurechtszinses folgende Bedenken erhoben werden:

a. Die Ablösbarkeit gemäss Artikel 788, Absatz 1, Ziffer 2, nach dreissig-jährigem Bestand, da es fraglich ist, ob sie hier dadurch ausgeschlossen wäre, dass die Grundlast im Sinne von Artikel 788, Absatz 3, mit einer unablösbaren Dienstbarkeit verbunden wäre und diese Dienstbarkeit (hier die Baurechtsdienstbarkeit) infolge der Ablösung für den Berechtigten entwertet würde; das Bundesgericht hat sich zwar – wenn auch nur beiläufig – gegen die Ablösbarkeit ausgesprochen (BGE 52 II 44 [Pr. 15 Nr. 27, S. 105]).

b. Es fragt sich, ob die Leistung des Baurechtszinses sich entweder aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstückes ergibt oder «für die wirtschaftlichen Bedürfnisse eines berechtigten Grundstückes bestimmt ist», was nach Artikel 782, Absatz 3, Voraussetzung einer gültigen Grundlastbestellung ist.

c. Nach Artikel 785 steht eine Grundlast zum Zwecke der Sicherung einer Geldforderung unter den Bestimmungen über die Gült, namentlich auch unter den Bestimmungen über die Ablösbarkeit der Gült (ZGB Art. 850). Artikel 785 hat Grundlasten zum Gegenstand, die nicht Gülten sind, aber den Gültvorschriften unterstellt sind, weil sie Geldleistungen zum Gegenstand haben. Die Frage, ob nicht auch die Grundlast zur Sicherung des Baurechtszinses zu ihnen gehöre, konnte deshalb wohl erhoben werden.

6. Die Sicherung des Baurechtszinses durch Grundpfand- oder Grundlastbestellung ist nicht der einzige Punkt, in welchem die bestehende gesetzliche Grundlage sich als zu schmal oder zu wenig bestimmt erweist. In den Baurechtsverträgen werden regelmässig noch andere Verpflichtungen sowohl des Grundeigentümers als auch des Bauberechtigten begründet, insbesondere auch Verpflichtungen zu einem Tun oder Handeln, die nicht zum Inhalt der dinglichen Berechtigung und Belastung gehören können. So verspricht der Bauberechtigte, das von ihm erstellte Gebäude während der ganzen Dauer des Baurechtes in gutem baulichem Zustand zu erhalten. Der Grundeigentümer verspricht, für die ihm mit dem Ablauf der Baurechtsdauer oder bei vorzeitiger Auflösung des Baurechtsverhältnisses heimfallenden Bauten eine angemessene Entschädigung zu leisten. Aber diese Vereinbarungen sind nur für die Personen verbindlich, die sie abgeschlossen haben, dagegen nicht für ihre Rechtsnachfolger (Singularsukzessoren). Der Erwerber des Baurechts samt Bauwerken ist nicht verpflichtet, den Baurechtszins zu entrichten und die Gebäude richtig zu unterhalten, wenn er sich diese Verpflichtungen nicht vom Veräusserer hat überbinden lassen. Der Erwerber des mit dem Baurecht belasteten Grundstückes ist an die Verpflichtungen seines Rechtsvorgängers über die für die heimfallenden Gebäude zu leistende Entschädigung nicht gebunden, wenn er diese Verpflichtung nicht von seinem Rechtsvorgänger übernommen hat. Das Bundesgericht hat in seinem zitierten grundsätzlichen Urteil mit aller Entschiedenheit daran festgehalten, dass das Baurecht nach dem Wortlaut von Artikel 779 des schweizerischen Zivilgesetzbuches und nach der Stellung, welche dieser Artikel im System unseres Sachenrechtes hat, eine Dienstbarkeit ist und keinen anderen Inhalt haben kann als den vom Gesetz umschriebenen Dienstbarkeitsinhalt. Daraus folgt eben, dass

alle Bestimmungen des Baurechtsvertrages, mit denen nicht bloss der Inhalt und Umfang des Dienstbarkeitsrechtes näher bestimmt wird, bloss obligatorische Wirkung haben, also gegenüber einem Singularsukzessor der einen oder der anderen Vertragspartei nicht geltend gemacht werden können. Mit aller Strenge hat das Bundesgericht diese Konsequenz für die Forderung auf den Baurechtszins gezogen: Wenn der Bauberechtigte das Baurecht samt Gebäuden verkauft und die Verpflichtung zur Entrichtung des Baurechtszinses dem Erwerber nicht überbunden hat, haftet wohl er selber persönlich weiterhin für diesen Zins, aber der nunmehrige Inhaber des Baurechts und Eigentümer der auf Grund dieses Rechtes erstellten Bauten haftet für den Zins mit diesen Objekten nicht und auch nicht persönlich. Dasselbe gilt auch für alle anderen Verpflichtungen, die nicht zum Dienstbarkeitsinhalt gehören, also insbesondere für alle Verpflichtungen zu einem Tun oder Handeln. Für diese Verpflichtungen kann auch nicht die dingliche Haftung des Erwerbers hergestellt werden, wie das für die Pflicht zur Zahlung des Baurechtszinses dadurch geschieht, dass ein Grundpfand oder eine Grundlast errichtet wird. Es muss deshalb eine Regelung getroffen werden, die wenigstens den wichtigsten und gewöhnlich vereinbarten Verpflichtungen die Wirkung verleiht, dass der Grundeigentümer sie gegenüber jedem Erwerber des Baurechts und der Bauberechtigte sie gegenüber jedem Erwerber des belasteten Grundstückes geltend machen kann.

Das kann auf verschiedenen Wegen erreicht werden:

a. Diese Verpflichtungen werden zum gesetzlichen Inhalt des Baurechtsverhältnisses gemacht. Soweit die darüber aufzustellenden Vorschriften dispositiven Rechtes sind, können die Parteien abweichende Vereinbarungen treffen, wobei gesetzlich vorgesehen werden kann, dass auch sie jene verstärkte Wirkung erhalten können, indem sie im Grundbuch vorgemerkt werden.

b. Das Gesetz macht bestimmte Verpflichtungen für den Fall, dass sie von den Parteien vereinbart worden sind, zum Inhalt des Baurechtsverhältnisses, so dass sie für den jeweiligen Grundeigentümer und für den jeweiligen Baurechtsinhaber verbindlich sind. Ein Beispiel dafür aus dem geltenden Recht ist die Vereinbarung zwischen dem Dienstbarkeitsberechtigten und dem Dienstbarkeitsbelasteten gemäss Artikel 730, Absatz 2, dass der Belastete die Arbeiten zu leisten und die Kosten zu tragen habe, die zum Unterhalt und Betrieb, zum Schutz und zur Kontrolle der Dienstbarkeitsanlagen aufgewendet werden müssen.

c. Das Gesetz kann den Parteien die Befugnis geben, die von ihnen im Baurechtsvertrag begründeten obligatorischen Rechte und Pflichten, wenigstens die wichtigsten daraus, im Grundbuch vormerken lassen und ihnen dadurch die verstärkte Wirkung zu Gunsten und zu Lasten von Rechtsnachfolgern auf beiden Seiten zu geben.

d. Es kann auch der Umweg eingeschlagen werden, dass der Grundeigentümer sich ein Kaufrecht oder Rückkaufrecht vorbehält und im Grundbuch vor-

merken lässt, mit der Bestimmung, dass er es ausüben könne, wenn der Bauberechtigte eine Vertragsbestimmung verletze, z.B. den Baurechtszins nicht termingemäss bezahle.

## II. Reformbestrebungen

1. Die Reformbestrebungen haben schon in den zwanziger Jahren mit einem Postulat Affolter eingesetzt, das am 25. Juni 1926 vom Nationalrat angenommen worden ist. Aber die Bedürfnisse nach einer Gesetzesrevision scheinen sich damals noch nicht so gebieterisch geltend gemacht zu haben, dass sich die Vorbereitung einer Revision aufdrängte. Sie wurde nicht an die Hand genommen, und 1937 wurde das Postulat auf Antrag des Bundesrates abgeschrieben.

Kurz nach dem zweiten Weltkrieg wurde das Postulat von Nationalrat Freimüller (Bern) wieder aufgenommen, am 20. März 1946 eingereicht und am 12. Juni 1946 angenommen. Damit wurden gesetzgeberische Massnahmen zur Beseitigung der Schwierigkeiten, denen die Verwendung des Baurechts bisher begegnet war, angeregt. Wie 1926, so stand auch 1946 die Eignung des Baurechts zur Förderung des sozialen Wohnungsbaues im Vordergrund der Ausführungen zur Begründung des Postulates. Dementsprechend wurde vor allem ein besserer Schutz der Interessen der Gemeinden und anderer Korporationen des öffentlichen Rechtes verlangt, die gewillt und in der Lage wären, Bauland für die Erstellung von Wohnhäusern zu Baurecht abzugeben. Das Gemeinwesen als Grundeigentümer sollte namentlich geschützt werden in seinem Anspruch auf den Baurechtszins, dann in seiner Befugnis, das Baurecht wegen Vertragsverletzungen aufzuheben oder zurückzunehmen. Damit sollte das Gemeinwesen in die Lage versetzt werden, der ihm obliegenden wichtigen sozialpolitischen Aufgabe der Wohnbauförderung seinen Boden dienstbar zu machen, ohne befürchten zu müssen, dass der Baurechtsnehmer diesen Boden seiner Zweckbestimmung entziehe oder sich der Verpflichtung zur Erbringung der Gegenleistung, so mässig wie sie sei, entziehen könne.

2. Wertvolle Vorarbeit für die Revision ist von einer Spezialkommission geleistet worden, die sich mit dieser Aufgabe im Auftrag der Schweizerischen Vereinigung für Landesplanung befasst hat. Ihr Bericht mit Gesetzesvorschlag und Musterverträgen für die Baurechtsbegründung ist unter dem Titel «Das Baurecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch», «Le droit de superficie d'après le Code Civil Suisse» 1950 veröffentlicht worden. Auch er stellt, wie die besprochenen Postulate im Nationalrat, den Schutz der Interessen des Grundeigentümers gegenüber dem Bauberechtigten durchaus in den Vordergrund.

Die Vorschläge der Spezialkommission haben folgenden Inhalt:

- a. Die Pflicht zur Leistung des Baurechtszinses kann als Grundlast auf das Baurecht gelegt werden. Für diese Grundlast soll dem Artikel 788 ein weiterer Absatz angefügt werden, lautend: «Bei einem Baurecht ist die Grundlast für den Baurechtszins während der Dauer des Rechts nicht ablösbar».

- b. Zur Erzwingung der sonstigen vertraglichen Pflichten des Baurechtsnehmers sollen Kaufs- und Rückkaufsrechte vereinbart werden können. Sie sollen von der zeitlichen Begrenzung, die sich daraus ergibt, dass sie gemäss Artikel 683, Absatz 2 «in jedem Fall mit dem Ablauf von zehn Jahren seit der Vormerkung erlöschen», durch eine Ausnahmebestimmung befreit werden; diese wäre in Artikel 683 als Absatz 3 aufzunehmen und würde wie folgt lauten: «An Baurechten können jedoch Kaufs- und Rückkaufsrechte zugunsten des Bodeneigentümers während der ganzen Dauer des Baurechts bestehen und im Grundbuch vorgemerkt werden».
- c. Um eine Übertragung des Baurechts auf einen Erwerber zu verhindern, der keine Gewähr für die reibungslose Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Baurechtsverhältnis bietet, oder auf den die Voraussetzungen für die Erfüllung der Zweckbestimmung des Baurechts nicht zutreffen, soll dem Grundeigentümer das gesetzliche Vorkaufsrecht gegeben werden, wie es der Miteigentümer gemäss Artikel 682 gegenüber jedem Nichtmiteigentümer hat, der einen Anteil erwirbt. Diesem Artikel würde ein zweiter Absatz mit folgendem Wortlaut angefügt: «Der Eigentümer des mit einem selbständigen und dauernden Baurecht belasteten Grundstücks hat gegenüber jedem Erwerber des Baurechts ein gesetzliches Vorkaufsrecht».
- d. Als einzige Ergänzung von Artikel 779 des schweizerischen Zivilgesetzbuches wird ein neuer Absatz vorgeschlagen, der lautet: «Für Erwerb und Eintragung gelten die Bestimmungen über das Grundeigentum».
- e. Ein letzter Vorschlag betrifft die Tilgung der Grundpfandrechte an Baurechten und würde als neuer Artikel 801<sup>bis</sup> lauten: «Grundpfandrechte zu Lasten von selbständigen und dauernden Baurechten müssen drei Jahre vor dem Untergang des Baurechts infolge Zeitablaufs durch Annuitäten vollständig getilgt sein. Die Höhe der Annuitäten ist im Grundbuch einzutragen. Mit Ablauf von drei Jahren seit Eintritt ihrer Fälligkeit verlieren die einzelnen Annuitäten ihre pfandrechtliche Sicherheit».

3. Inzwischen hat die praktische Bedeutung des Baurechts ganz erheblich zugenommen. Früher waren es zur Hauptsache Gemeinwesen, namentlich Stadtgemeinden, aber auch andere Korporationen des öffentlichen Rechtes, wie die Bürgergemeinde Bern, ferner gemeinnützige Organisationen, die im Baurecht Land zur Erstellung grosser öffentlicher und privater Bauwerke zur Verfügung stellten. Solche bauliche Anlagen grossen Ausmasses finden sich namentlich in Basel (Gebäude und andere Einrichtungen des Rheinhafens und der Basler Reederei, Markthalle, Radio-Studio, Kunsteisbahn, Bauten auf dem Gelände des Bürgerspitals und der Christoph-Merian-Stiftung) und in Genf (Völkerbundspalast, Strandbad, Bahnhof de la Praille, Hôtel du Rhône, Miethäuser). Auch in Bern bestehen öffentliche Anlagen (Kunsteisbahn und Wellenbad, Auto-Einstellhallen), die auf Grund von Baurechten errichtet wurden; die staatlichen Bauten auf Boden der Bürgergemeinde werden immer zahlreicher. Vor allem aber

hat das Baurecht neuerdings im privaten Grundstücksverkehr eine ausserordentlich grosse Verbreitung erhalten. In der Stadt Bern ist es zur beinahe ausschliesslichen Rechtsform geworden, in der Boden an den Haupt-Geschäftsstrassen für grosse Neu- und Umbauten zur Verfügung gestellt wird. Auch anderwärts tritt die gleiche Entwicklung in Erscheinung. Sie dürfte fortschreiten, insbesondere solange die Nachfrage nach Bauland rege bleibt. Der Grundeigentümer erhält mit der Einräumung von Baurechten die Möglichkeit, seinen Boden vorteilhaft zu verwerten, ohne ihn zu veräussern, und den sich in der Zukunft ergebenden Mehrwert zu gegebener Zeit wieder für sich zu realisieren. Infolge der das Angebot stark übersteigenden Nachfrage ist der Grundeigentümer beim Abschluss von Baurechtsverträgen im allgemeinen zur stärkeren Vertragspartei geworden. Dies kommt auch darin zum Ausdruck, dass die durchschnittliche Baurechtsdauer sich im Laufe der letzten Jahre und Jahrzehnte stark verringert hat. Während früher Baurechte mit unbeschränkter Dauer oder auf 99 und 100 Jahre, dann auf 80 Jahre begründet worden sind, dürften heute die meisten Baurechte keine längere Dauer als 50 Jahre haben. Daraus ergeben sich für den Baurechtsnehmer bedeutende Belastungen, unter denen, abgesehen von den Baukosten, neben dem Baurechtszins auch die Kapitalzinse und besonders die Amortisationsbeträge ins Gewicht fallen, weil die Grundpfandschulden auf den Zeitpunkt, in dem die Baurechtsdauer abläuft, getilgt sein sollten. Mit dem Ablauf dieser Zeit fällt das Baurecht dahin. Mit ihm fallen auch die Pfandrechte, deren Objekt es ist, dahin. Durch die Löschung im Grundbuch wird nur noch die formelle Übereinstimmung des Grundbuches mit dieser von Gesetzes wegen eingetretenen Rechtslage hergestellt<sup>1)</sup>. Unter den heutigen und wohl auch den künftigen wirtschaftlichen Verhältnissen hat der Grundeigentümer im allgemeinen die überlegene Position inne, und er ist in der Lage, zur Wahrung seiner Interessen dem Baurechtsnehmer nicht nur bedeutende Verpflichtungen aufzuerlegen, sondern ihn eingreifenden Sanktionen für die Verletzung dieser Verpflichtungen zu unterwerfen. Deshalb rechtfertigt es sich, bei der Revision der geltenden Bestimmungen nicht nur, wie es früher hätte genügen können, dem Grundeigentümer grössere Sicherheit zu bieten, sondern auch den Baurechtsnehmer gegen eine Ausübung von Befugnissen, die sich der Grundeigentümer vorbehalten hat, zu schützen, wenn sie mit Recht und Billigkeit nicht vereinbar ist.

Unter diesem Gesichtspunkt sollten mit der Revision folgende Postulate erfüllt werden:

a. Der Baurechtsnehmer sollte, wenn es nicht wegen besonderer Verhältnisse anders vereinbart ist, Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für die von ihm erstellten Bauten haben, wenn diese wegen Zeitablaufes oder wegen

<sup>1)</sup> Leemann, Kommentar, Note 74 zu Artikel 779 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, und Codice civile italiano Artikel 954, 2816; Ausführungen von P. Liver in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 89, 1953, S. 229 f., und in der schweizerischen Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 39, 1958, S. 328 f.

vorzeitiger Aufhebung des bestehenden Baurechtsverhältnisses dem Grundeigentümer heimfallen.

b. Der Bauberechtigte und Eigentümer der erstellten Gebäude sollte nicht das Risiko auf sich nehmen müssen, dass ihm das Baurecht und Eigentum am Bauwerk wegen jeder geringfügigen Vertragsverletzung entzogen wird, indem der Grundeigentümer das vorbehaltene Kaufs- oder Rückkaufsrecht zu einem ganz geringen Preis ausübt. Dieser Entzug sollte nur wegen schwerer Pflichtverletzung und nur gegen angemessene Entschädigung für die heimfallenden Bauwerke zulässig sein.

c. Wenn der Grundeigentümer verpflichtet ist, eine angemessene Heimfallsentschädigung zu leisten, kann dadurch auch die Stellung der Grundpfandgläubiger des Baurechtsinhabers verbessert werden, indem eine Vorschrift aufgestellt wird, wonach ihnen die Entschädigung anstelle des untergegangenen Pfandes für den nicht amortisierten Rest ihrer Forderungen haftet. Diese Bestimmung kommt indirekt doch auch dem Baurechtsinhaber zugute, indem sie den Grundpfandgläubigern gestattet, in der Durchsetzung der Amortisationsverpflichtung nötigenfalls Milde und Nachsicht walten zu lassen.

d. In dem Anspruch auf angemessene Entschädigung für die heimfallenden Bauten besteht auch das stärkste Motiv für den guten Unterhalt dieser Bauten; denn die Höhe der Entschädigung richtet sich in erster Linie nach dem baulichen Zustand, so dass sich der gute Unterhalt lohnt. Damit kommt eine solche Vorschrift schliesslich auch dem Grundeigentümer zugute, der am richtigen Unterhalt interessiert ist und ihn dem Baurechtsinhaber im Baurechtsvertrag regelmässig zur Pflicht macht.

### III. Entstehung des Entwurfs

Am 24. November 1955 erteilte der Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements Herrn Dr. Peter Liver, Professor an der juristischen Fakultät der Universität Bern, den Auftrag, neben einem Vorentwurf für die Revision der Bestimmungen über das Miteigentum und ihre Ergänzung zur Einführung des Stockwerkeigentums auch einen Vorentwurf für die Ergänzung der Bestimmungen des Zivilgesetzbuches über das Baurecht samt Motivenbericht auszuarbeiten. Den ersten Vorentwurf (Stockwerkeigentum) reichte Prof. Liver am 11. Mai 1957 ein; der zweite Vorentwurf (Baurecht) samt Bericht folgte im April 1958. Er wurde der gleichen Studienkommission wie der erste zur Prüfung und Beratung vorgelegt. Die Beratungen wurden im Juni und Juli 1958 durchgeführt. Ihre Ergebnisse führten zu einem zweiten Vorentwurf, der im Jahre 1960 dem Vernehmlassungsverfahren unterstellt wurde. Die Folgerungen daraus hat der beauftragte Verfasser in einem nochmals umgearbeiteten Vorentwurf gezogen, welcher von der Expertenkommission in den Sitzungen vom 12. und 17. Juli 1961 durchberaten wurde. Auf Grund dieser Beratungen hat Prof. Liver den bereinigten Vorentwurf samt Motivenbericht am 18. August 1961 dem Justiz- und Polizeidepartement eingereicht.

## IV. Der Entwurf

### A. Die Grundzüge

1. Über die Revisionsziele sind wesentliche Meinungsverschiedenheiten nicht zutage getreten. Alle früheren Äusserungen über sie standen unter dem Zweckgedanken, dem Grundeigentümer die nötige Sicherheit in der Wahrung seiner berechtigten Interessen zu geben, damit er vom Baurecht ohne Befürchtungen Gebrauch machen könne und dieses Institut die Verbreitung finde, die es verdiene, namentlich als Instrument des Gemeinwesens zur Förderung des sozialen Wohnungsbaues. Unter diesem Gesichtspunkt soll die Revision dem Grundeigentümer die folgenden Befugnisse geben:

a. sich aus dem Wert des Baurechtes samt Bauwerk für seine Forderung auf rückständige Baurechtszinse bezahlt zu machen (dingliche Haftung des Baurechts für den Baurechtszins);

b. das Baurecht wieder an sich zu ziehen, wenn der Baurechtsnehmer oder sein Rechtsnachfolger sein Recht überschreitet oder seine Verpflichtungen aus dem Baurechtsvertrag verletzt;

c. das Vorkaufsrecht, kraft dessen er das Baurecht an sich ziehen kann, wenn der Baurechtsnehmer oder sein Rechtsnachfolger es veräussert, und zwar soll es gegenüber dem jeweiligen Baurechtsinhaber durchgesetzt werden können (Vorkaufsrecht mit verstärkter Wirkung).

Ausserdem hat die bereits genannte Spezialkommission der Schweizerischen Vereinigung für Landesplanung auch die öffentliche Beurkundung des Baurechtsvertrages als erforderlich erklärt und eine entsprechende Ergänzung von Artikel 779 des schweizerischen Zivilgesetzbuches vorgeschlagen. Dieser Vorschlag fand Zustimmung, wenigstens soweit er sich auf die Begründung von selbständigen und dauernden Baurechten bezieht.

Wie schon dargelegt wurde, hat das Baurecht inzwischen eine neue wirtschaftliche Bedeutung gewonnen. Der Grundeigentümer, auch der private, macht von ihm immer häufiger Gebrauch. Es dient ihm dazu, den Bodenwert ohne Veräusserung des Grundstückes zu realisieren und sich die Vorteile seiner künftigen Erhöhung für immer zu sichern. Deshalb muss bei der Revision auch dafür gesorgt werden, dass der Baurechtsnehmer nicht durch entsprechende Vertragsbestimmungen in eine prekäre Situation gedrängt wird, in welcher er sich das Baurecht vom Grundeigentümer entziehen lassen muss, ohne dass er sich eine Pflichtverletzung hat zuschulden kommen lassen, die diesen Rechtsverlust rechtfertigen würde. Dies ist der Zweck der bereits erörterten Bestimmungen über die Entschädigung für die dem Grundeigentümer heimfallenden Bauten und über die Voraussetzungen, unter denen die vorzeitige Aufhebung des Baurechtsverhältnisses durch Ausübung des Heimfallsrechtes erfolgen darf.

2. Der vorliegende Entwurf unterscheidet sich von den Revisionsvorschlägen der Spezialkommission der Schweizerischen Vereinigung für Landesplanung

einmal durch die eben namhaft gemachte Ergänzung, sodann in den rechtlichen Mitteln zur Verwirklichung jener Vorschläge. Auch in dieser Hinsicht besteht Übereinstimmung im Vorschlag, dem Grundeigentümer ein gesetzliches Vorkaufsrecht am Baurecht einzuräumen. Im übrigen weicht der Entwurf von den Vorschlägen der Spezialkommission in folgender Weise ab: Er vermeidet es, Institute des schweizerischen Zivilgesetzbuches von allgemeiner Bedeutung dadurch für die Ausgestaltung des Baurechtsverhältnisses brauchbar zu machen, dass er sie für diese speziellen Zwecke abändert, indem er von grundsätzlichen Bestimmungen über sie Ausnahmen macht.

Im einzelnen ergeben sich daraus folgende Konsequenzen: Wenn die Grundlast sich für die Sicherstellung der Forderung auf den Baurechtszins eignet, soll sie dafür nach wie vor Verwendung finden. Wenn man aber findet, sie eigne sich dafür nicht oder ihre Verwendbarkeit für diesen Zweck stehe nicht ausser Zweifel, so begäbe man sich auf einen falschen Weg, wenn man durch gesetzgeberisches Machtwort erklärt, sie sei das gegebene Mittel, und die Bestimmungen des Gesetzes, die dem entgegenstehen könnten, seien mit Bezug auf das Baurechtsverhältnis unwirksam. Statt solcher Eingriffe in bestehende Institute zum Zwecke ihrer Verwendung für einen ganz speziellen Zweck soll man sich nach einem gesetzlichen Institut umsehen, das man verwenden kann, ohne ihm Zwang anzutun. So liegt es doch wohl nahe, zu prüfen, ob zur Sicherung der Forderung auf den Baurechtszins nicht die Grundpfandverschreibung als Maximalhypothek verwendet werden könnte. Sie ist ein wohlausgebildetes und bewährtes Institut unseres Zivilgesetzbuches, während die Grundlast überhaupt und namentlich in ihrer Funktion, eine Geldforderung zu sichern, nicht so klar und eindeutig geregelt ist.

Bedenken müssen sich dagegen auch in folgender Hinsicht erheben: Nach den Vorschlägen der Spezialkommission wird der Grundeigentümer auf das Kaufs- und Rückkaufsrecht als Mittel zur Durchsetzung des Baurechtsvertrages und als Sanktion für dessen Verletzung verwiesen und dieses Mittel noch durch die Ausnahmebestimmung verstärkt, dass die Vormerkung statt nur für zehn Jahre, wie Artikel 688, Absatz 2, des schweizerischen Zivilgesetzbuches es vorschreibt, für die ganze Dauer des Baurechtsverhältnisses soll erfolgen können, wenn sie dem Grundeigentümer gegenüber dem Baurechtsnehmer dient.

Aber auch abgesehen von der Verstärkung durch Ausnahmebestimmung muss die vorbehaltlose Zulassung des Kaufsrechtes als Druckmittel des Grundeigentümers als unerwünscht gelten. Mit keinem anderen Institut des Zivilrechts ist die Gefahr der zweckwidrigen und damit missbräuchlichen Verwendung in so hohem Mass gegeben, wie mit dem Kaufsrecht. Es wird meistens nicht zum Zwecke des Erwerbes eines Grundstückes begründet, sondern als Druck- und Zwangsmittel zur Durchsetzung irgendwelcher Verbindlichkeiten. Für den Baurechtserwerber kann es zum Damoklesschwert über seinem Haupte werden. Das Baurecht wird damit entwertet, zu einem prekären Recht gemacht. Ihm kann damit auch die freie Übertragbarkeit, die ihm, wenn es als selbständiges Recht begründet wird, von Gesetzes wegen eigen ist, genommen werden.

Den Parteien kann und soll die Begründung eines Kaufsrechtes im Baurechtsvertrag nicht verwehrt werden. Aber das Kaufsrecht soll nur zu einem Preis ausgeübt werden dürfen, der als angemessene Entschädigung für die heimfallenden Bauten gelten kann, und nur wegen schwerer Pflichtverletzung des Bauberechtigten, wobei das Verschulden des Bauberechtigten als Herabsetzungsgrund anzuerkennen ist.

3. Um die genannten wichtigen und gewöhnlichen Vereinbarungen zwischen Baurechtsgeber und Baurechtsnehmer auch im Verhältnis zwischen den beidseitigen Rechtsnachfolgern (Singularsukzessoren) wirksam zu machen, bot sich die Wahl zwischen den oben (Ziffer I, 6) umschriebenen Möglichkeiten. Im Vorentwurf zu unserer Vorlage wurde zunächst jene Lösung ins Auge gefasst, die schon in der deutschen Erbbaurechtsverordnung vom Jahre 1919 verwirklicht ist und die darin besteht, dass die verstärkte Wirkung durch gesetzliche Vorschrift begründet wird. Das Gesetz erklärt, dass bestimmte vertragliche Verpflichtungen, welche der Grundeigentümer oder der Baurechtsnehmer auf sich genommen hat, auch für seinen Rechtsnachfolger verbindlich seien, nämlich Vereinbarungen über die Entrichtung des Baurechtszinses, über die Heimfallsentschädigung und ihre Haftung zugunsten der Pfandgläubiger sowie über die Ausübung des Heimfallsrechtes aus wichtigen Gründen und gegen billige Entschädigung.

Eine solche Regelung stiess aber auf entschiedenen Widerstand, besonders auch im Vernehmlassungsverfahren. Vor allem wurde gegen sie eingewendet, sie verstosse gegen das in unserem Sachenrecht streng durchgeführte Prinzip der grundbuchlichen Publizität. Es wurde verlangt, dass zur Herbeiführung der verstärkten Wirkung aller dieser Vereinbarungen ihre Vormerkung oder eine andere Verlautbarung im Grundbuch vorgesehen und die Herbeiführung dieser Wirkung durch Gesetzesvorschrift fallengelassen werde.

Im vorliegenden Entwurf ist nun ein anderer Weg eingeschlagen worden. Es wird, ausgehend von der Überlegung, dass die da in Frage stehenden Verpflichtungen zum normalen und regelmässigen Inhalt des Baurechtsverhältnisses gehören, vorgeschlagen, sie zu dessen gesetzlichem Inhalt zu erklären, so dass sie für den jeweiligen Grundeigentümer und den jeweiligen Bauberechtigten von Gesetzes wegen bestehen, sofern nicht abweichende Vereinbarungen getroffen wurden. Solche abweichende Vereinbarungen sollen, soweit sie zulässig sind, im Grundbuch vorgemerkt werden können. Indem die Vormerkung sie publik macht, weil mit ihrem Bestand nicht gerechnet werden muss, erfüllt sie ihre Zweckbestimmung.

4. Eine besondere Regelung musste indessen zur Sicherung des Baurechtszinses getroffen werden. Für den Erwerber des Baurechts kommt es nicht bloss darauf an, dass ein Baurechtszins zu bezahlen ist, sondern er muss wissen, wie hoch er ist, auf welche Termine und in welchen Raten er zu bezahlen ist. Dies kann nicht gesetzlich vorgeschrieben werden, sondern sich nur aus dem Baurechtsvertrag und gegebenenfalls aus späteren zusätzlichen Vereinbarungen er-

geben. Der Erwerber ist genötigt, sich darüber zu informieren. Es wäre auch nicht gerechtfertigt, ihm diese Erkundigung durch eine Vormerkung im Grundbuch zu ersparen, da diese oft nicht zuverlässig wäre, besonders wegen der nachträglichen Änderungen der Zinsvereinbarungen.

Der Entwurf sieht davon ab, die Zinspflicht gesetzlich vorzuschreiben oder der Vereinbarung über sie die verstärkte Wirkung von Gesetzes wegen zu geben. Er gibt dem Grundeigentümer das Recht, von sich aus die dingliche Haftung des Baurechtes für die Zins- oder Rentenforderung zu begründen. Dieses Recht besteht im gesetzlichen Anspruch auf die Eintragung eines Pfandrechtes am Baurecht. Im ersten Vorentwurf war ein von Gesetzes wegen, ohne Eintragung im Grundbuch, bestehendes gesetzliches Pfandrecht in Aussicht genommen. Offenbleiben sollte die Möglichkeit, anderen Pfandrechten den Vorrang zu lassen. Daraus ergaben sich aber gewisse technische Schwierigkeiten. Davon abgesehen, stiess der Vorschlag auf fast allgemeine Ablehnung, weil diese weitere Einschränkung in der Geltung der grundbuchlichen Publizität als unannehmbar empfunden wurde.

Der vorliegende Entwurf gibt nunmehr dem Grundeigentümer ein bloss mittelbar gesetzliches Pfandrecht im Sinne von Artikel 837, und zwar nach Analogie des Bauhandwerkerpfandrechtes. Es entsteht durch die Eintragung im Grundbuch und hat den ihm nach der Eintragung zukommenden Rang. Die Errichtung bietet geringere Schwierigkeiten als die des Bauhandwerkerpfandrechtes, weil sie im Baurechtsvertrag eine sicherere Grundlage hat, namentlich hinsichtlich der Pfandsumme und regelmässig auch im Baurechtsvertrag selber vorgesehen sein wird. Im Baurechtsvertrag könnte die Errichtung dieses Pfandrechtes selbstverständlich auch vereinbart werden, ohne dass dem Grundeigentümer ein gesetzlicher Anspruch gegeben würde. Bisher ist aber oft gar nicht erkannt worden, dass die Forderung auf rückständige Baurechtzinse in einem bestimmten Betrag als Hauptforderung, nicht als Zins- oder Annuitätenforderung, durch eine Maximalhypothek in diesem Betrage als Pfandsumme sichergestellt werden könne<sup>1)</sup>. Dem steht aber nichts im Wege. Es ist deshalb nicht nötig, dass ein Pfandrecht in der Höhe des kapitalisierten Betrages des Jahresbaurechtzinses errichtet wird. Damit würde das Baurecht allzu stark belastet, so dass die pfandrechtliche Sicherstellung der Baukredite zu sehr erschwert würde. Mit einem solchen Pfandrecht würde eine Kapitalforderung sichergestellt, die gar nicht besteht. Das Pfandrecht wäre nur zur Sicherstellung der Ablösungssumme nötig, aber diese Sicherstellung ist gar nicht gewollt. Was sichergestellt werden muss, ist nur die Forderung auf die rückständigen Renten- oder Zinsbeträge. Der Grundeigentümer hat es in der Hand, diese Rückstände nicht über zwei ganze Jahresleistungen anwachsen zu lassen, bevor er die Zwangsvollstreckung einleitet. Zu seiner Sicherheit genügt dann eine Maximalhypothek mit einer Pfandsumme von drei Jahresleistungen (der während der Dauer des Zwangsvollstreckungsverfahrens laufende Baurechtzins muss hinzugerechnet werden und

<sup>1)</sup> Klöti, a. a. O., S. 41

kann allerdings mehr als eine Jahresleistung ausmachen). Zweifellos wird sich eine Praxis ausbilden, in der regelmässig von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird, so dass im Baurechtsvertrag die Errichtung der Maximalhypothek vorgesehen wird. Der Grundeigentümer wird deshalb nur in Ausnahmefällen den gesetzlichen Anspruch auf die Errichtung des Pfandrechtes zwangsweise geltend machen müssen.

*B. Erläuterung der einzelnen Bestimmungen des Entwurfs*

Art. 779, Abs. 3

Absatz 3 bringt gegenüber dem bisherigen Wortlaut dieser Bestimmung die Änderung, dass das Baurecht, wenn es selbständig und dauernd ist, zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung des Errichtungsvertrages bedarf. Dass das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung, wenn überhaupt, gerade hier am Platze ist, wird allgemein anerkannt. In der Rechtsliteratur findet sich die Ansicht vertreten, die bestehende Praxis, wonach der Baurechtsvertrag zu seiner Gültigkeit bloss der Form der einfachen Schriftlichkeit bedarf, beruhe auf einer unrichtigen Auslegung des Gesetzes<sup>1)</sup>. Wie dem auch sei, ist die Einführung der öffentlichen Beurkundung für die Zukunft in jeder Hinsicht gerechtfertigt.

Im ersten Vorentwurf war die Wiederherstellung der Regelung vorgeschlagen worden, die Eugen Huber im Vorentwurf des schweizerischen Zivilgesetzbuches getroffen hatte: Öffentliche Beurkundung aller Verträge über die Errichtung beschränkter dinglicher Rechte an Grundstücken, aber Anerkennung von offenkundigen oder selbstverständlichen Dienstbarkeiten, «für die eine äussere Einrichtung allgemein sichtbar und unzweideutig hergestellt ist», auch wenn sie nicht durch Vertrag und Eintragung, sondern durch «Widmung», «destination du père de famille» begründet worden sind<sup>2)</sup>. Dazu hätte nur Artikel 732 gestrichen und an seine Stelle Artikel 725 des Vorentwurfes des schweizerischen Zivilgesetzbuches mit einer gewissen Präzisierung gesetzt werden müssen. Allein hiegegen wurden Einwendungen erhoben, namentlich gegen die Anerkennung der offenkundigen oder selbstverständlichen Dienstbarkeiten (servitudes apparentes), die zu ihrer Entstehung keiner Eintragung bedürfen. Die öffentliche Beurkundung als Erfordernis der Gültigkeit der Dienstbarkeitsverträge lässt sich nicht rechtfertigen, ohne dass die offenkundigen oder selbstverständlichen Dienstbarkeiten von dieser Vorschrift ausgenommen werden. Will man die Ausnahme nicht, so muss man auch auf die noch so wohlbegründete allgemeine Regel verzichten und sich mit kasuistischem Flickwerk begnügen. Es könnte höchstens noch die Ausdehnung des Erfordernisses der öffentlichen Beurkun-

<sup>1)</sup> Liver, Über die Formen der Begründung und Übertragung von dinglichen Rechten an Grundstücken, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 26, 1945, S. 121 ff.; Kommentar, Note 75 zu Artikel 732; Der Begriff der Rechtsquelle, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 91<sup>1/2</sup>, 1955, S. 40.

<sup>2)</sup> Liver, Kommentar, Note 45 ff. zu Artikel 733 des schweizerischen Zivilgesetzbuches.

dung auf selbständige und dauernde Quellenrechte (Art. 780 ZGB) in Frage kommen. Dann wäre aber nicht einzusehen, warum nicht auch andere Dienstbarkeiten (irreguläre Personalservituten) gemäss Artikel 781 gleich behandelt werden müssten, sofern sie als selbständige und dauernde Rechte begründet oder in solche umgewandelt werden, damit sie in das Grundbuch aufgenommen werden können (z. B. eheliche Wasserrechte, Fischereirechte, Beholzungsrechte). Wenn man die öffentliche Beurkundung für alle Rechtsgeschäfte, die den «Rechtsgrund» (Rechtstitel) für eine Eintragung in das Grundbuch bilden, vorschreiben wollte, müsste man sie auch für Eigentümerdienstbarkeiten und Eigentümerpfandrechte vorsehen; damit käme man zu ungewollten und unabsehbaren Neuerungen. Es ist übrigens zu sagen, dass sich in der Praxis das Bedürfnis nach einer sachkundigen Mitwirkung der öffentlichen Urkundsperson beim Errichtungsvertrag über Quellenrechte bei weitem nicht in gleichem Masse geltend gemacht hat, wie bei der Begründung von Baurechten. So empfiehlt es sich, diese Neuerung auf das Baurecht zu beschränken.

Dabei hat sich aber die Frage gestellt, ob alle Baurechte, die nicht Grunddienstbarkeiten sind, der neuen Bestimmung zu unterstellen seien, oder nur die selbständigen und dauernden, die in das Grundbuch aufgenommen werden können. Der Entwurf hat diesen letzten Sinn. Es können Baurechte, die nicht selbständig, d. h. für sich allein nicht frei übertragbar sind, wie Leitungsbauwerke, Baurechte für die Erstellung von Transformatorstationen und dgl., die aber auch nicht-Grunddienstbarkeiten sind, sondern einer individuell bestimmten, natürlichen oder juristischen Person zustehen, also den Charakter von irregulären Personalservituten im Sinne des Artikels 781 haben, nach wie vor in der Form der einfachen Schriftlichkeit erworben und dann eingetragen werden.

#### Art. 779a

Diese neue Bestimmung enthält keine sachliche Neuerung. Sie hat orientierenden Charakter, ist aber, wie sich in der Praxis oftmals gezeigt hat, nicht überflüssig. Zwar ist allgemein anerkannt, dass jede Dienstbarkeit nach Inhalt und Umfang im Begründungsvertrag genau und bis ins einzelne umschrieben werden kann. Erhält der Dienstbarkeitsberechtigte die Befugnis, auf dem dienenden Grundstück eine bauliche Anlage zu erstellen und zu benutzen, z. B. einen Weg, eine Leitung, eine Quellfassung, so können und sollen im Begründungsvertrag die Örtlichkeit und Linienführung sowie die Art der baulichen Ausführung bestimmt werden. Besteht die Befugnis in der Überbauung von Gelände, so kann die Art dieser Überbauung ebensowohl bis ins einzelne im Baurechtsvertrag bestimmt werden. Dem Baurechtsnehmer kann die Verpflichtung auferlegt werden, sich in der Überbauung an einen detaillierten Überbauungsplan zu halten, der zum integrierenden Bestandteil des Baurechtsvertrages erklärt wird. Damit können Lage, Gestalt, Ausdehnung und Zweckbestimmung der Bauten genau bestimmt sein. Im besonderen ergeben sich daraus auch die Grenzabstände, die eingehalten werden müssen und die

sonstigen Flächen, die nicht überbaut werden dürfen. Auch kann festgelegt werden, dass z.B. nur Gebäude erstellt werden dürfen, die sich auch nach ihrer Zweckbestimmung dem ruhigen Wohnquartier, in das sie zu stehen kommen, störungsfrei einfügen<sup>1)</sup>.

Nun ist immer wieder die Meinung vertreten worden, das Baurecht könne sich nicht auf Flächen beziehen, die nicht überbaut werden dürfen, wie Garten- und Parkland, Flächen für Wege, Spielplätze usw.; damit diese Flächen nicht überbaut werden dürfen, müsse das Baurecht in bezug auf sie mit einem Bauverbot belastet werden. Diese Meinung ist jedoch nicht haltbar<sup>2)</sup>. Das Baurecht kann sehr wohl die Inanspruchnahme des ganzen Grundstückes zum Inhalt haben, wobei aber dessen Überbauung so geregelt wird, dass bestimmte Flächen unüberbaut bleiben und den Bewohnern der zu erstellenden Gebäude als Garten- oder Parkland, als Spielplatz oder als Verkehrsraum dienen sollen. Auferlegt der Grundeigentümer zugunsten seines angrenzenden Grundstückes dem Baurechtsnehmer dagegen eine Verpflichtung, die sich nicht aus der Regelung der Überbauung ergibt, wie die Einräumung eines Wegrechtes, eines Durchleitungsrechtes oder Wasserbezugsrechtes, so ist sie, um dingliche Wirkung zu erhalten, als Grunddienstbarkeit zu begründen. Die Ausübung des Baurechtes kann auf eine bestimmte, vielleicht ganz kleine Teilfläche einer ausgedehnten Liegenschaft beschränkt sein. Auf dieser Teilfläche darf z. B. ein Ferienhäuschen erstellt werden. Wenn für den Zugang zu diesem die Liegenschaft ausserhalb der Teilfläche, worauf die Ausübung des Baurechtes beschränkt ist, in Anspruch genommen wird, muss dem Bauberechtigten das Wegrecht als Dienstbarkeit eingeräumt werden, wenn es ein dingliches Recht sein soll; denn es gehört nicht zum Inhalt des Baurechtes.

#### Art. 779b

Dass eine Dienstbarkeit mit dem Ablauf der Dauer, wofür sie begründet ist, untergeht, so dass dem Eintrag im Grundbuch, wenn er nicht gelöscht wird, weder eine materielle noch eine formelle Bedeutung mehr zukommt, ist ein Grundsatz, der allgemein und ausnahmslos gilt<sup>3)</sup>. Ebenfalls nur die Konsequenz aus einem allgemeinen Grundsatz des Sachenrechtes ist es, dass die Bauwerke, die auf Grund des Baurechtes erstellt worden sind, mit dem Wegfallen des Baurechtes zum Bestandteil des Grundstückes werden, das mit dem Baurecht belastet war. Das Akzessionsprinzip (*superficies solo cedit*), das sich nicht auswirken konnte, solange das Baurecht bestand, greift Platz, sobald das Baurecht dahinfällt. Damit sind die Gebäude dem Grundeigentümer heimgefallen. Das Eigentum am Boden umfasst sie wieder. Das ist, wie gesagt, eine notwendige

<sup>1)</sup> Klöti, a. a. O., S. 27.

<sup>2)</sup> Klöti, a. a. O., S. 27.

<sup>3)</sup> Liver, Kommentar, Noten 145–147 zu Artikel 734 des schweizerischen Zivilgesetzbuches sowie die Abhandlung des gleichen Verfassers in der schweizerischen Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 39, (1958), S. 321 ff.: Die Löschung infolge Unterganges des dinglichen Rechtes.

Konsequenz unserer und jeder Sachenrechtsordnung und deshalb allgemein anerkannt<sup>1)</sup>. Es brauchte im Gesetz nicht unbedingt ausdrücklich gesagt zu werden, ist aber im vorliegenden Artikel 779*b* die gegebene Einleitung zu den Bestimmungen der folgenden Absätze. Diese Folge des Unterganges des Baurechtes ist übrigens auch in den Gesetzen unserer Nachbarstaaten ausdrücklich festgehalten (Deutsche Erbbaurechtsverordnung § 12 Abs. 3; österreichisches Baurechtsgesetz, 1912, § 9; italienischer Codice civile, 1942, Art. 953).

Die Neuerung des Artikels 779*b* besteht zunächst einmal darin, dass der Grundeigentümer dem Baurechtsinhaber, wenn es nicht anders vereinbart ist, eine angemessene Entschädigung für die ihm heimfallenden Bauwerke zu leisten hat. Diese Vorschrift wird ebenfalls allgemein als sachlich gerechtfertigt und der Billigkeit entsprechend angesehen. In Deutschland und Österreich ist die Entschädigung des Bauberechtigten ausdrücklich vorgeschrieben. Leemann (Kommentar, Note 70 zu Art. 779 ZGB) war der Auffassung, sie ergebe sich auch aus unserem geltenden Recht, nämlich aus der analogen Anwendung der Bestimmungen über den Einbau (Bau mit eigenem Material auf fremdem Boden) in den Artikeln 671–673 des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Es ist jedoch zweifelhaft, ob diese Bestimmungen auf das Baurechtsverhältnis anwendbar sind. Im Gegensatz zu ihm beziehen sie sich nicht auf Bauten, die in Ausübung eines durch Vertrag mit dem Grundeigentümer begründeten Rechtes erstellt werden, sondern auf Bauten, die ohne Recht und gegen den Willen des Grundeigentümers aufgeführt worden sind. Aber auch, wenn Leemann recht hätte, würde es sich schon um der Klarheit willen rechtfertigen, diese Frage im Gesetz selber zu beantworten. Der Höhe nach soll die Entschädigung «angemessen» sein. Diesen Ausdruck verwendet das Gesetz auch andernorts, so in den Artikeln 673, 674, 701. Er besagt, dass bei der Bemessung den besonderen Verhältnissen und Umständen des jeweils vorliegenden Falles Rechnung getragen werden kann und soll. Ausgehen wird man vom objektiven Mehrwert, den das Grundstück dadurch erhält, dass das Eigentum an ihm nun auch die Gebäude und das Recht ihrer freien Verwendung und Ausnutzung mitumfasst.

Es wird dann gesetzlich festgelegt, dass die Entschädigungsforderung auch im Verhältnis zu den Pfandgläubigern, die ihr Pfand durch den Untergang des Baurechtes verloren haben, deren Forderungen aber noch nicht ganz amortisiert sind, an die Stelle des Pfandgegenstandes tritt. Das ist das Surrogationsprinzip, wie es z. B. auch im Nutzniessungsrecht ausgesprochen ist, indem Artikel 750, Absatz 3 bestimmt, an die Stelle des untergegangenen Nutzniessungsobjektes trete der Ersatz, der für ihn geleistet werde. Im Baurechtsverhältnis gilt die gleiche Regel auch nach deutschem (Erbbaurechtsverordnung § 29), österreichischem (Baurechtsgesetz § 10) und italienischem (Codice civile Art. 2816) Recht.

---

<sup>1)</sup> Wieland, Kommentar, Bemerkung 7, Buchstabe *c* zu Artikel 779 des schweizerischen Zivilgesetzbuches; Leemann H., Kommentar, Note 69 zu Artikel 779 des schweizerischen Zivilgesetzbuches.

Im Vernehmlassungsverfahren ist wiederholt geltend gemacht worden, der Grundeigentümer könnte sich der Zahlung der Entschädigung entziehen und auch sein Grundstück auf den Zeitpunkt des Ablaufes der Baurechtsdauer hin oder auch nachher so belasten, dass die Entschädigungsforderung in der Zwangsverwertung ungedeckt bliebe. Dies soll durch die Vorschrift des dritten Absatzes verhindert werden. Für die Entschädigungsforderung wird dem bisherigen Bauberechtigten und seinen Grundpfandgläubigern ein gesetzliches Pfandrecht am Grundstück in dem Rang eingeräumt, den das Baurecht innehatte. Aber das Publizitätsprinzip soll auch hier insofern gewahrt bleiben, als das Pfandrecht durch Eintragung entsteht. Aber drei Monate lang bleibt diesem Pfandrecht der Rang gewahrt, welchen das Baurecht innehatte (Abs. 4). Während dieser drei Monate muss der Grundeigentümer und muss jeder Erwerber des Grundstückes oder eines dinglichen Rechtes an diesem damit rechnen, dass die Eintragung oder Vormerkung (vorläufige Eintragung) noch erfolgt. Ebenso muss nach der in der Literatur vorherrschenden, aber vom Bundesgericht abgelehnten Auffassung auch der Erwerber eines Neubaus noch drei Monate, gerechnet von der Beendigung der Bauarbeiten an, mit der Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten rechnen.

Auf die Eintragung dieses Pfandrechtes für die Ersatzforderung sind die Bestimmungen über das Bauhandwerkerpfandrecht sinngemäss anwendbar.

Auch nach der deutschen Erbbaurechtsverordnung (§ 28) «haftet die Entschädigungsforderung auf dem Grundstück an Stelle des Erbbaurechtes mit dessen Rang». Diese Vorschrift hat aber, weil sie sich über die Eintragung ausschweigt, zu Kontroversen Anlass gegeben<sup>1)</sup>.

Der letzte Absatz regelt die Vormerkung von Vereinbarungen, die von den gesetzlichen Bestimmungen über die Entschädigung abweichen. Die Vormerkung ist erforderlich, damit die beidseitigen Singularsukzessoren sich an diese Vereinbarungen zu halten haben, auch wenn sie ihnen nicht überbunden worden sind. Die Vereinbarungen können auch das Verfahren zur Festsetzung der Entschädigung bestimmen, diese z. B. einem Experten oder Schiedsgericht übertragen.

#### Art. 779 c

Der Heimfall wegen Pflichtverletzung ist vom Heimfall wegen Ablaufes der Baurechtsdauer zu unterscheiden. Er ist ein vorzeitiger Heimfall und besteht darin, dass das Baurecht samt Gebäuden mit allen Rechten und Lasten auf den Grundeigentümer übertragen wird. Es geht also nicht unter, sondern besteht weiter. Auch der Grundeigentümer kann es, trotzdem es nun ihm zusteht und sein eigenes Grundstück belastet, nicht löschen lassen, wenn es belastet ist, insbesondere nicht, wenn zu seinen Lasten Grundpfandrechte eingetragen sind. Die Grundpfandgläubiger und andere dinglich Berechtigte müssen damit rechnen können, dass das Baurecht für die ganze Dauer, auf die es begründet und im

<sup>1)</sup> Güthe-Triebel, Grundbuchordnung II, 4. Aufl., S. 1780.

Grundbuch eingetragen ist, besteht. Ohne ihre Zustimmung kann es deshalb nicht vorher gelöscht werden (ZGB Art. 964). In der Veräußerung des Baurechts ist der Grundeigentümer nicht beschränkt. Dadurch, dass er es auf einen neuen Erwerber überträgt, werden die dinglichen Rechte der Gläubiger am Baurecht und anderer Berechtigter nicht beeinträchtigt.

Für den Bauberechtigten ist es eine ausserordentlich schwere Sanktion für eine Verletzung seiner Verpflichtungen, wenn ihm das Baurecht entzogen wird. Sie ist deshalb nach dem Entwurf nur unter zwei bestimmten Voraussetzungen zulässig:

1. Das Heimfallsrecht darf nur ausgeübt werden, wenn der Baurechtinhaber wichtige Pflichten gröblich verletzt hat. Diese Pflichtverletzungen können in der Überschreitung des Baurechts bestehen. Der Bauberechtigte hat die Bauvorschriften des Baurechtsvertrages in grober Weise missachtet; er hat z. B. Gebäude in anderer Ausdehnung oder mit anderer Zweckbestimmung als die vereinbarten erstellt. Die Pflichtverletzung kann aber auch in der Missachtung obligatorischer Bestimmungen des Baurechtsvertrages bestehen, die etwa den Gebäudeunterhalt, die Anlage und Pflege von Gärten, die Vermietung der Wohnungen und die Führung von gewerblichen Betrieben auf dem Baurechtsgrundstück zum Gegenstand haben können. Diese obligatorischen Vertragsbestimmungen sind zwar nur für den Baurechtsnehmer als Vertragspartei unmittelbar verbindlich. Er überbindet sie aber in der Regel dem Erwerber, dem er das Baurecht überträgt, so dass auch dieser aus ihnen verpflichtet ist.

2. Der Grundeigentümer hat dem Bauberechtigten für die heimfallenden Bauten eine angemessene Entschädigung zu leisten. Es braucht nicht eine volle Entschädigung zu sein. Da hier der Heimfall die Folge einer schweren Pflichtverletzung ist, soll wenigstens dann, wenn diese in einem schuldhaften Verhalten besteht, eine Herabsetzung der Entschädigung Platz greifen, also auch das pönale Element zur Geltung kommen können, worauf im Gesetzestext (Abs. 2) ausdrücklich hingewiesen ist.

Der vorzeitige Heimfall ist von diesen beiden Voraussetzungen in zwingender Weise abhängig gemacht. Vereinbarungen der Parteien, die damit in Widerspruch stehen, sind ungültig. Die Parteien sollen sich darüber auch nicht dadurch hinwegsetzen können, dass sie das Recht der vorzeitigen Rückübertragung in einer anderen Form begründen, etwa als Kaufsrecht, Rückkaufsrecht, Kündigungsrecht oder Rücktrittsrecht. Es steht ihnen frei, das Recht auf Rückübertragung so zu benennen, wie es ihnen beliebt. Aber die Ausübung jedes solchen Rechtes darf nur unter den Voraussetzungen erfolgen, unter die der Entwurf das Recht des vorzeitigen Heimfalles stellt.

Der Entschädigungsanspruch ist im vorliegenden Falle leichter durchzusetzen als im Falle des Unterganges des Baurechtes wegen Ablaufes seiner Dauer. Beim vorzeitigen Heimfall kann das Baurecht seinem bisherigen Inhaber nur durch grundbuchliche Übertragung auf den Grundeigentümer entzogen werden.

Die Rückübertragung kann aber von der Leistung der Entschädigung abhängig gemacht werden, und zwar auch dann, wenn der Grundeigentümer auf dem Wege der Klage vorgehen muss.

#### Art. 779d

Die in diesem Artikel geregelte Haftung für den Baurechtszins ist vorn (Ziff. I, 4) eingehend besprochen worden. Es wird nicht, wie es im ersten Vorwurf vorgesehen war, jeder Erwerber auch persönlich für den Baurechtszins haftbar erklärt. Aber das Baurecht selber mit den erstellten Bauwerken haftet für den Baurechtszins, in wessen Hände auch immer es übergegangen sein mag. Die hier vorgesehene Maximalhypothek wird, wie ausgeführt wurde, in der Regel auf Grund einer Vereinbarung im Baurechtsvertrag von Anfang an in das Grundbuch eingetragen werden, wobei die Pfandsomme beliebig festgesetzt werden kann, auch in einer Höhe, die mehr als den dreifachen Betrag der Jahresleistung ausmacht. Soweit dieser Betrag überschritten wird, liegt dann allerdings ein gewöhnlicher Pfanderrichtungsvertrag vor, welcher der öffentlichen Beurkundung bedarf, auch wenn diese für den Baurechtsvertrag nicht erforderlich ist. Bis zum genannten Betrag hat der Grundeigentümer, wenn die vertraglich begründete Hypothek nicht oder nicht mehr besteht, den gesetzlichen Anspruch auf Errichtung der Maximalhypothek durch Eintragung in das Grundbuch. Diese Hypothek ist, wie das Bauhandwerkerpfandrecht und die übrigen im Artikel 837 genannten Pfandrechte, nur mittelbar ein gesetzliches Pfandrecht. Wie diese entsteht es durch Eintragung und genießt dabei kein Rangprivileg. Es erfüllt also das Erfordernis der grundbuchlichen Publizität und lässt schon bestehende andere Pfandrechte unberührt. Für die Eintragung werden die Bestimmungen über das Bauhandwerkerpfandrecht als sinngemäss anwendbar erklärt.

Wenn das Baurecht veräussert wird, überbindet der Veräusserer in der Regel dem Erwerber auch die Zinspflicht. Unterlässt er dies, so dass das Baurecht ohne die Zinspflicht dem Erwerber übertragen wird, so haftet dem Grundeigentümer der Veräusserer persönlich weiterhin für den Baurechtszins, der Erwerber aber haftet ihm dinglich, d. h. also mit dem Baurecht. Ihm gegenüber kann daher der Grundeigentümer die Betreibung auf Grundpfandverwertung durchführen. Sollte er mit seiner Forderung dabei zu Verlust kommen, so haftet ihm für den Ausfall persönlich nicht der Baurechtsinhaber, sondern der Veräusserer. Das braucht aber für ihn nicht unbedingt ein Nachteil zu sein. Für ihn entscheidend ist eine ausreichende Pfandhaftung. Besteht sie, so ist die persönliche Haftung unwichtig. Bei der Gült und bei der Grundlast besteht neben der dinglichen überhaupt keine persönliche Haftung.

Wenn die Pfandsomme niedrig gehalten wird, damit das Baurecht in möglichst grossem Masse kreditfähig bleibt, so muss die Pfandsomme möglicherweise für die fälligen Baurechtszinse voll in Anspruch genommen werden, wenn es zu Zwangsverwertung des Baurechts kommt. Das Pfandrecht wird dann gemäss den Artikeln 135 und 156 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Kon-

kurs im Betrage des dem Gläubiger zugefallenen Erlöses abgeschrieben und, wenn der Erlös die ganze Pfandsomme ausmacht, gelöscht. Dem Gläubiger des Baurechtszinses fehlt dann für die weitere Dauer des Baurechtes jede Pfandsicherheit. Das gilt, wenn kein gesetzliches, sondern nur ein rein vertragliches Pfandrecht besteht. Besteht dagegen ein gesetzliches Pfandrecht gemäss Artikel 779d des Entwurfs, so kann dessen Eintragung gegenüber jedem jeweiligen Inhaber des Baurechtes durchgesetzt werden. Würde das Pfandrecht im Zwangsverwertungsverfahren gelöscht, so könnte gegenüber dem Ersteigerer des Baurechtes sofort die Neueintragung verlangt werden. Soll es überhaupt gelöscht werden müssen, wenn es gleich wieder einzutragen ist? Man wird diese Frage wohl negativ beantworten. Der Entwurf verneint sie denn auch ausdrücklich. Dafür ist auch noch eine besondere Überlegung bestimmend, nämlich die folgende: Der Grundeigentümer müsste sich unter Umständen mit einem schlechteren Rang abfinden, als er bisher innegehabt hat, wenn er sein Pfandrecht löschen lassen müsste und es dann wieder eintragen liesse. Dem Ersteigerer können Pfandrechte überbunden worden sein, die dann dem neu einzutragenden Pfandrecht für den Baurechtszins vorgehen würden. Der Entwurf sagt deshalb, dass das gesetzliche Pfandrecht im Verfahren der Zwangsversteigerung nicht zu löschen sei. Es bleibt bestehen und behält seinen Rang. Auch wenn das Pfandrecht vertraglich begründet wird, ist anzunehmen, dass es bis zu dem Betrag, in welchem dem Grundeigentümer das gesetzliche Pfandrecht zusteht, als ein solches zu behandeln ist. Auch das Bauhandwerkerpfandrecht ist als solches zu behandeln, wenn der Grundeigentümer freiwillig zu seiner Eintragung Hand bietet, diese also vereinbart wird. In Artikel 22 der Grundbuchverordnung ist denn auch der Fall vorgesehen, dass die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts vom Eigentümer bewilligt wird. Im Grundbuch ist es auch dann gemäss Artikel 50 der Grundbuchverordnung als «Baupfandrecht» zu kennzeichnen. Dasselbe gilt für das «Baurechtspfand».

#### Art. 779e

Eine Servitut, die den Eigentümer des belasteten Grundstückes von jeder Nutzung des Bodens ausschliesst, kann auch nach den Grundsätzen, die der geltenden Sachenrechtsordnung des schweizerischen Zivilgesetzbuches und der Gesetzbücher unserer Nachbarländer zugrunde liegen, nicht auf unbeschränkte Dauer errichtet werden. Die Grunddienstbarkeiten und die «anderen Dienstbarkeiten» (Art. 781 ZGB) können aus dem Grunde auf unbeschränkte Dauer errichtet werden, weil durch sie das belastete Grundstück dem Dienstbarkeitsberechtigten nur «nach gewissen Richtungen» (Art. 780, Abs. 1 ZGB) oder nur «in bestimmter Hinsicht» (Art. 781, Abs. 1 ZGB) dienstbar gemacht werden darf. Eine Dienstbarkeit, die inhaltlich so umfassend ist, dass sie den Eigentümer des belasteten Grundstückes von jeder Nutzung ausschliesst, wie die Nutzniessung, muss zeitlich beschränkt sein, weil sie sonst das Eigentum aushöhlen und seiner Zerrüttung Vorschub leisten würde<sup>1)</sup>. Die Nutzniessung erlischt mit

<sup>1)</sup> Liver, Kommentar, Note 63 der Einleitung.

dem Tode des Berechtigten und, wenn sie einer juristischen Person zusteht, nach hundert Jahren (ZGB Art. 749). Die hundert Jahre, bestimmt nach dem höchsten Lebensalter des Menschen, sind die Höchstdauer der Nutzniessung. Diese Erwägungen treffen auch auf das Baurecht zu und haben einzelne Autoren zu der Ansicht bestimmt, dass schon nach geltendem Recht ein Baurecht nicht auf eine Dauer von mehr als hundert Jahren begründet werden könne<sup>1)</sup>.

Im österreichischen Baurechtsgesetz ist die Mindestdauer auf 30 und die Höchstdauer auf 80 Jahre festgesetzt (§ 3); in Belgien ist im Jahre 1874 die Begrenzung auf höchstens 50 Jahre vorgenommen worden. In Frankreich ist es nicht dazu gekommen, und das wird als Mangel empfunden<sup>2)</sup>. In Deutschland wurde eine Höchstdauer deshalb nicht festgesetzt, weil man annahm, Erbbaurechte mit allzu langer oder unbeschränkter Dauer würden gar nicht begründet. Unter den heutigen Verhältnissen würde diese Annahme auch für uns zutreffen, wenigstens im Baugebiet der Städte und Ortschaften mit regem Verkehr. Aber in anderen Gebieten und unter anderen wirtschaftlichen Bedingungen, wie sie sich in der Zukunft wieder ergeben können, dürfte die vorliegende Bestimmung über die Höchstdauer doch praktischen Wert gewinnen. Ausserdem kommt ihr als Bestätigung eines unserer Sachenrechtsordnung zugrunde liegenden Prinzips grundsätzliche Bedeutung zu. Zu beachten ist, dass diese Beschränkung nur für die Errichtung selbständiger Baurechte gilt. In der Regel schliessen nur diese Baurechte den Grundeigentümer von der Nutzung der Bodenfläche, die durch sie in Anspruch genommen wird, vollständig aus. Die Baurechte, die nicht diese Wirkung haben, weil sie bauliche Anlagen mit geringer flächenmässiger Ausdehnung zum Gegenstand haben, wie Leitungen, Stützmauern, Quellfassungen, Transformatorenstationen, meteorologische und wasserbauliche Meßstationen, sind nicht selbständige Baurechte oder brauchen es jedenfalls nicht zu sein.

#### Art. 682, Abs. 2 und 3

Die gleichen Bestimmungen stehen auch in der Vorlage über die Revision der Bestimmungen über das Miteigentum und die Einführung des Stockwerkeigentums. Für das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miteigentümer ist nur der dritte Absatz eine neue Bestimmung. Für das Baurechtsverhältnis dagegen ist die Einführung des gesetzlichen Vorkaufsrechtes überhaupt eine Neuerung. Das Vorkaufsrecht des Grundeigentümers an dem sein Grundstück belastenden selbständigen und dauernden Baurecht hat im Vernehmlassungsverfahren allgemeine Zustimmung gefunden. Auf das Vorkaufsrecht des Bauberechtigten am Grundstück, das mit seinem Baurecht belastet ist, trifft dies jedoch nicht zu. Die Wünschbarkeit, das Eigentum am Grundstück und das Baurecht an ihm in einer Hand zu vereinigen, wenn schon eine Handänderung am einen oder anderen dieser Rechte erfolgt, wird zwar nicht bestritten. Dagegen wird geltend gemacht,

<sup>1)</sup> Leemann, Kommentar, Note 44 zu Artikel 779 des schweizerischen Zivilgesetzbuches; Homberger, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., S. 212.

<sup>2)</sup> Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil français* II, 1957, no. 2473, p. 869.

der Grundeigentümer müsse doch, vor allem, wenn er ein Gemeinwesen sei, die Freiheit haben, selber die Person des Erwerbers zu bestimmen. Wenn jedoch die Gemeinde schon zur Veräußerung des Grundstückes schreitet, ist es in den meisten Fällen für sie auch nicht von entscheidender Bedeutung, ob ihr Vertragspartner oder der Inhaber des Baurechtes und Eigentümer der auf dem Grundstück stehenden Gebäude zum Zuge kommt. Im Hinblick darauf, dass dies in einem besonderen Falle für sie tatsächlich doch wichtig ist, kann sie bei der Begründung des Baurechtes das Vorkaufsrecht wegbedingen. Auf diese Möglichkeit wird sie durch den dritten Absatz noch besonders aufmerksam gemacht. Den Organen des Gemeinwesens kann in erster Linie zugemutet werden, dass sie davon Kenntnis nehmen und gegebenenfalls Gebrauch machen.

Im zweiten Absatz des vorliegenden Artikels musste der bereits in den Erläuterungen zu Artikel 779*a* erwähnte folgende besondere Tatbestand in Betracht gezogen werden: Das Baurecht belastet zwar die ganze Liegenschaft als Grundbuchparzelle, ist aber der Ausübung nach auf eine blossе Teilfläche beschränkt, z. B. auf die Benutzung eines kleinen Zipfels des grossen arrondierten landwirtschaftlichen Heimwesens. Es besteht etwa zum Zweck der Erstellung eines Weekend- oder Ferienhäuschens. Dass da das gesetzliche Vorkaufsrecht nur zum Erwerb des mit dem Gebäude in Anspruch genommenen Landzipfels und nicht des ganzen landwirtschaftlichen Heimwesens berechtigen kann, leuchtet unmittelbar ein, soll aber dennoch im Gesetzestext zum Ausdruck kommen.

#### Art. 17<sup>bis</sup> des Schlusstitels

Die Bestimmung über die Höchstdauer selbständiger Baurechte in Artikel 779*e*, Absatz 1, sagt, ein solches Recht könne nicht auf mehr als hundert Jahre begründet werden. Damit ist gemeint, es könne fortan nur für eine Höchstdauer von hundert Jahren begründet werden. Dies könnte auch durch Einfügung des Wortes «fortan» in Artikel 779*e* verdeutlicht werden. Wir halten aber eine besondere übergangsrechtliche Bestimmung im Schlusstitel für angebracht. Mit dieser soll die in den Bemerkungen zu Artikel 779*e* erörterte Frage, ob sich die Höchstdauer von hundert Jahren nicht schon aus dem geltenden Recht ergebe, offengelassen und nur gesagt werden, dass deren Einführung durch Artikel 779*e* nur für selbständige Baurechte erfolge, die nach dem Inkrafttreten des neuen Rechtes begründet werden.

#### C. Schlussbemerkungen

In der Diskussion um das Baurecht und seine Ausgestaltung durch neue gesetzliche Bestimmungen und auch im Vernehmlassungsverfahren sind einige weitere Punkte namhaft gemacht worden mit der Frage, ob sie Anlass zur Aufstellung besonderer Vorschriften geben könnten. Drei von ihnen sollen hier kurz besprochen werden: Die Vorbelastung, das Unterbaurecht und die Eintragung sogenannter Gesamtbaurechte.

## 1. Die Vorbelastung

Für den Erwerber eines Baurechtes an einem Grundstück, das vorbelastet ist, namentlich mit Grundpfandrechten, können sich daraus Schwierigkeiten ergeben. Nach den allgemeinen Regeln der Rangordnung unter den dinglichen Rechten am gleichen Grundstück ist es ausgeschlossen, dass bestehende Rechte oder Pfandstellen dadurch entwertet werden, dass das Grundstück mit neuen beschränkten dinglichen Rechten belastet wird. Ergeben sich Kollisionen, so haben die letzteren zu weichen. In der Zwangsvollstreckung über das Grundstück müssen sie gelöscht werden, soweit das nötig ist, um einen Erlös zu erzielen, der eine bessere Befriedigung der Gläubiger mit dem besseren Rang ermöglicht (siehe Art. 812, Abs. 2 ZGB; Art. 142 SchKG; Art. 104 VZG). Ein Baurecht, dem andere dingliche Rechte, insbesondere Grundpfandrechte, im Range vorgehen, ist also mit der Schwäche behaftet, vor diesen Rechten zurückweichen zu müssen, unter Umständen bis zum Untergang. Im allgemeinen sind aber die Haftungsbeträge der vorgehenden Rechte im Verhältnis zum Wert des Baurechts samt den Bauwerken gering, so dass es dem Baurechtinhaber ein leichtes ist, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück abzuwenden. Im übrigen sind die Vorbelastungen aus dem Grundbuch klar ersichtlich. Der Erwerber des Baurechts kann sich also nicht darauf berufen, dass er sie nicht gekannt habe. Wenn er aber das mit ihnen verbundene Risiko auf sich nehmen will, muss er es eben tragen und braucht davor nicht durch eine Ausnahmebestimmung geschützt zu werden. Es bedürfte hiezu in der Tat einer Ausnahmebestimmung. Nach geltendem Recht ist die Errichtung von selbständigen und dauernden Rechten, insbesondere auch von Quellenrechten, wie überhaupt von beliebigen dinglichen Rechten im Nachgang zu anderen unbeschränkt zulässig und kann dank der grundbuchlichen Offenkundigkeit ohne Bedenken zugelassen werden. Würde für die Baurechte eine Ausnahme gemacht, so wäre in vielen Fällen, in denen ein namhaftes Risiko für den Baurechtsnehmer oder Erwerber überhaupt nicht besteht, die Errichtung des Baurechtes übermässig erschwert. Es soll deshalb davon abgesehen werden, die in Deutschland (Erbbaurechtsverordnung § 10) und Österreich (Baurechtsgesetz § 5, Abs. 2) geltende Vorschrift, dass ein Baurecht nur im ersten Rang errichtet werden darf, in unser Gesetz zu übernehmen.

In diesem Zusammenhang ist auch noch darauf hinzuweisen, dass (zur Vermeidung der Wiederholung des Wortes «aufnehmen») der Grundbuchverordnung die Bestimmung eingefügt werden soll, dass Grundbuchauszüge über das in das Grundbuch aufgenommene Baurecht die Lasten aufweisen sollen, die dem Baurecht vorgehen, und dass diese Lasten auch in die Pfandtitel über die Pfandrechte am Baurecht aufzunehmen seien.

## 2. Das Unterbaurecht

Das Bedürfnis, ein in das Grundbuch aufgenommenes selbständiges und dauerndes Baurecht seinerseits wieder mit einem oder mehreren Baurechten zu belasten, hat sich schon in der bisherigen Baurechtspraxis herausgestellt. Einer Wohnbaugenossenschaft oder einer anderen Wohnbauunternehmung wird ein

Baurecht an einer ausgedehnten Liegenschaft eingeräumt und die Parzellierung dieser grossen Baurechtsparzelle in eine Anzahl kleinerer Baurechtsparzellen überlassen. Den Erwerbern dieser einzelnen, noch nicht oder bereits überbauten Parzellen wird je ein Unterbaurecht eingeräumt, welches das die ganze Liegenschaft umfassende Baurecht der Wohnbaugenossenschaft oder Wohnbauunternehmung belastet. Das Unterbaurecht belastet dieses ganze Baurecht, ist aber der Ausübung nach auf eine bestimmte Teilfläche beschränkt, analog dem in den Erläuterungen zu den Artikeln 779a und 682 besprochenen Fall der Belastung einer Liegenschaft mit einem Baurecht, dessen Ausübung auf eine Teilfläche, unter Umständen eine ganz kleine, beschränkt ist. Danach bestünde auch die Möglichkeit, die Liegenschaft (ohne deren Aufteilung) in der Weise zu parzellieren, dass sie in eine Anzahl Teilflächen für die Überbauung eingeteilt wird und mit ebensovielen Baurechten im gleichen Rang belastet wird, von denen jedes der Ausübung nach auf eine jener Teilflächen beschränkt ist. Wenn aber die Wohnbaugenossenschaft oder Wohnbauunternehmung nicht Eigentümerin der Liegenschaft ist, sondern an ihr ein Baurecht hat, kann sie die Parzellierung nur durch die Begründung von Unterbaurechten durchführen. Dies ist nicht der einzige Fall, in dem die Begründung von Unterbaurechten wünschbar oder notwendig ist. Es ist namentlich auch daran zu denken, dass auf einer Liegenschaft die mit einem auch der Ausübung nach die ganze Fläche umfassenden Baurecht belastet ist, irgendwelche bauliche Anlagen eines Dritten von flächenmässig geringer Ausdehnung erstellt werden sollen, wie Leitungsanlagen, Transformatorstationen, hydrometrische Vorrichtungen und dgl. Dazu bedarf es der Belastung des Baurechtes mit dem erforderlichen Baurecht. (Daneben ist zusätzlich möglicherweise allerdings auch noch die Belastung der Liegenschaft selbst im Hinblick auf den Untergang des Baurechtes erforderlich.) Es kommt auch vor, dass der Eigentümer der Liegenschaft diese mit einem Baurecht belastet hat und sich vom Baurechtinhaber später das dingliche Recht zur Erstellung einer baulichen Anlage auf der (eigenen) Liegenschaft einräumen lässt<sup>1)</sup>. Dass die Errichtung von Unterbaurechten nach geltendem Recht zulässig ist, steht ausser Zweifel und ist nicht bestritten. Sie könnte nur durch eine Ausnahmebestimmung untersagt oder beschränkt werden. Angesichts der Tatsache, dass diese Rechtsgestaltung einem erheblichen Bedürfnis entspricht, rechtfertigt die Befürchtung, dass sich aus ihr recht komplizierte Verhältnisse ergeben können, den Erlass von Ausnahmebestimmungen nicht.

In Deutschland ist die Frage kontrovers; doch hat die Auffassung, dass die Begründung von Unterbaurechten zulässig sei, im Laufe der Zeit an Boden gewonnen und kann heute als vorherrschend gelten<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Stöcklin J., Die Begründung von Baurechten unter Bedingungen und Auflagen sowie Beschränkungen des Inhaltes und der Übertragbarkeit. Abhandlung zum schweizerischen Recht, n. F. 321, 1956, S. 40 ff. und die Besprechung dieser Abhandlung in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 94, 1958, S. 377 ff., besonders S. 387.

<sup>2)</sup> Wolff-Raiser, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts von Enneccerus, Kipp und Wolff III, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 104 IV, S. 424; Westermann H., Sachenrecht, 4. Aufl. 1960, § 68 1, S. 337.

### 3. Gesamtbaurechte

Diese Bezeichnung ist eine analoge Bildung zum bekannten Begriff Gesamtpfandrecht. Das Gesamtpfandrecht entsteht nach Artikel 798 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, wenn mehrere Grundstücke für ein und dieselbe Forderung verpfändet und jedes von ihnen mit einer Pfandsumme im ganzen Betrag der Forderung belastet wird. Es bestehen dann aber soviele Pfandrechte wie verpfändete Grundstücke. Die entsprechende Erscheinung im Baurechtsverhältnis ist die: Die Fläche mehrerer Parzellen wird mit einem einzigen Gebäude überbaut, und zwar auf Grund der verschiedenen Baurechte, die an den einzelnen Parzellen erworben worden sind, oder von Baurechten an den einen und Eigentum an den anderen der überbauten Parzellen. Dagegen wird das Bedenken erhoben, dass das Eigentum an der einzelnen Liegenschaft und auch das Baurecht an der einzelnen anderen Liegenschaft seine Selbständigkeit verliere, weil das von ihm umfasste Bauwerk zu einem Teil des ganzen Gebäudes geworden sei, der kein selbständiges rechtliches Schicksal haben könne. Der gleiche Sachverhalt liegt aber auch vor, wenn das Gebäude nicht auf Grund von Baurechten an den einzelnen Parzellen erstellt wird, sondern auf Grund des Eigentums an diesen verschiedenen Grundstücken. In einem der Justizdirektion des Kantons Bern erstatteten Gutachten ist Prof. P. Liver zum Ergebnis gekommen, dass die Eintragung eines Baurechtes nicht abgelehnt werden könne, auch wenn feststehe, dass es zusammen mit dem Baurecht an einem zweiten angrenzenden Grundstück und mit dem Eigentum an einem dritten zur Erstellung eines die Fläche aller drei Grundstücke einnehmenden Gebäudes benutzt werde (Der bernische Notar 1959, S. 41 ff.). Die Baurechte könnten auch jedes für sich, unabhängig voneinander, an zwei Grundstücken, die durch ein drittes voneinander getrennt sind, begründet werden; später könnten sie vom Eigentümer dieses dritten Grundstückes erworben werden, der dann, vielleicht erst nach langer Zeit, zur Erstellung eines neuen, alle drei Grundstücke einnehmenden Gebäudes schreiten würde. Da leuchtet es ein, dass der Vertrag über den Erwerb des einen oder des anderen Baurechtes nicht zurückgewiesen und die Eintragung nicht abgelehnt werden könnte. Um die Bauausführung braucht sich der Grundbuchverwalter nicht zu kümmern, und es brauchen ihm darüber auch keine Angaben gemacht zu werden. Das Baurecht kann inhaltlich unbeschränkt sein, so dass das Grundstück vom Bauberechtigten innerhalb der nachbarrechtlichen und baupolizeilichen Grenzen voll ausgenutzt werden kann. Ob es so überbaut werden darf, dass der mit ihm verbundene Baukörper nur ein Teil eines einheitlichen, sich auf die Nachbargrundstücke erstreckenden Gebäudes ist, das ist keine Frage der Baurechtsbegründung, sondern gegebenenfalls des Baupolizeirechts. So wird z. B. in Zürich die Baubewilligung für die Ausführung eines solchen Projektes nicht erteilt.

Aus diesen Erwägungen folgt, dass der vorliegende Entwurf sich mit der aufgeworfenen Frage nicht zu befassen hat.

## Zweiter Abschnitt

**Der Grundstückverkehr****I. Die Sperrfrist für Bauland**

Im Hinblick auf die Postulate Spühler und Freimüller über den Kampf gegen die Bodenspekulation hatte das Justiz- und Polizeidepartement eine Studienkommission mit dem Auftrage bestellt, die verschiedenen Möglichkeiten antispekulativer Massnahmen im Rahmen der Bundesverfassung abzuklären und darüber Bericht zu erstatten. Die Kommission reichte ihren Bericht am 11. Dezember 1958 ein. Als zu weitgehend lehnte sie ab:

- ein limitiertes gesetzliches Vorkaufsrecht der öffentlichen Hand und
- ein Enteignungsrecht (oder ein unlimitiertes gesetzliches Kaufsrecht) der öffentlichen Hand zugunsten der Landes-, Regional- und Ortsplanung sowie des sozialen Wohnungsbaues, ferner
- ein limitiertes gesetzliches Kaufsrecht der öffentlichen Hand,
- eine Bewilligungspflicht für Handänderungen oder für den Abbruch noch nicht abbruchreifer Wohnbauten und
- die prohibitive Besteuerung von Spekulationsgewinnen durch den Bund.

Nicht zu einigen vermochte sie sich

- über die Ausdehnung der Sperrfrist auf die Wiederveräusserung von Wohnbauten,
- über ein unlimitiertes gesetzliches Vorkaufsrecht der öffentlichen Hand an Bauland und
- eine gesetzliche Pfandbelastungsgrenze für Bauland.

Dagegen empfahl sie

- zur Erleichterung der antispekulativen Bodenreservepolitik der öffentlichen Hand die in Artikel 681, Absatz 3 und Artikel 683, Absatz 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches auf 10 Jahre beschränkte Geltungsdauer des im Grundbuch vormerkbaren vertraglichen Kaufs- und Vorkaufsrechtes zu verlängern, und zwar gegenüber der öffentlichen Hand auf jede zeitliche Beschränkung zu verzichten und gegenüber anderen Berechtigten die Geltungsdauer auf 20 Jahre zu erhöhen,
- ferner die in Artikel 218 ff. des Obligationenrechtes auf die Wiederveräusserung landwirtschaftlichen Bodens beschränkte Sperrfrist von 10 Jahren als eine solche von 3 bis 5 Jahren auf die Wiederveräusserung von Bauland auszudehnen, um die kurzfristige Bodenspekulation zu erschweren.

Der Anregung betreffend die Abänderung der Artikel 681, Absatz 3 und 683, Absatz 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches wurde keine Folge gegeben; denn die Wirksamkeit einer solchen Ergänzung des Zivilgesetzbuches scheint

namentlich deshalb nicht gross zu sein, weil sich kaum viele Grundeigentümer finden würden, die bereit wären, ohne beträchtliche Entschädigung vertraglich für mehr als zehn Jahre Vorkaufs- und namentlich Kaufsrechte einzuräumen. Ganz eindeutig ist sodann im Vernehmlassungsverfahren sowohl von den Kantonen als auch von den Verbänden die Privilegierung des Gemeinwesens vor den Privaten abgelehnt worden.

Positiv beurteilen wir demgegenüber die Einführung einer Sperrfrist für Bauland.

Da die Ausdehnung der Sperrfrist auf Bauland wohl noch eine Zeitlang nicht mit einer besonderen Botschaft vorgeschlagen worden wäre, scheint es uns angezeigt zu sein, sie im Interesse einer baldigen Verwirklichung in eine andere bodenrechtliche Vorlage einzugliedern, und zwar in die Vorlage über das Stockwerkeigentum, die Baurechtsdienstbarkeit oder das bäuerliche Bodenrecht. Von grosser Bedeutung ist die Frage des Standortes nicht, da es später gleichgültig sein wird, durch welchen Erlass eine Ergänzung des Obligationenrechtes erfolgt ist. Wir entschlossen uns zu einer Eingliederung in die Vorlage über die Baurechtsdienstbarkeit, weil diese inhaltlich am wenigsten belastet ist, sich wie die Sperrfrist für Bauland auf landwirtschaftliche und nichtlandwirtschaftliche Grundstücke bezieht und im Gegensatz zum bäuerlichen Bodenrecht zur Weiterbehandlung im Parlament bereits reif ist. Zudem spielt das Baurecht für die Ausnutzung der Bodenreserven der öffentlichen Hand und damit mittelbar für eine wirkungsvolle antispekulative Bodenreserverpolitik eine wichtige Rolle; das Postulat Freimüller erwähnt denn auch die Baurechtsdienstbarkeit in diesem Sinne.

Nachdem gemäss Artikel 218 des Obligationenrechtes landwirtschaftliche Grundstücke während einer Frist von zehn Jahren, vom Eigentumserwerb an gerechnet, weder als Ganzes noch in Stücken veräussert werden dürfen, hat sich die Spekulation ganz besonders auf Bauland hin verlagert. Zur Vorbereitung des Berichtes der genannten Studienkommission hat das Eidgenössische Grundbuchamt Erhebungen auf den Grundbuchämtern Zürich-Altstadt und Zürich-Schwamendingen durchgeführt und festgestellt, dass die Zahl der vermutlich spekulativen Handänderungen für Bauland besonders gross gewesen ist, grösser als die Zahl der Spekulationen mit bereits überbauten Grundstücken. In der Tagespresse werden Fälle erwähnt, wo am Morgen früh gekauft und noch am gleichen Tage mit Gewinnmargen bis zu 70 Prozent weiterverkauft worden ist. An manchen Orten gehöre es schon bald zur Tagesordnung, dass Bauland innerhalb weniger Wochen mehrmals den Besitzer wechsle, und zwar jedesmal zu einem höheren Preis. Die finanziellen Auswirkungen seien verheerend.

Für landwirtschaftliche Grundstücke geht die Sperrfrist auf die im Artikel 218 des Obligationenrechtes von 1911 enthaltene Kompetenzdelegation des Bundes an die Kantone zurück, mit den Mitteln einer Sperrfrist die Güterschlächtereie zu bekämpfen. Nach der Abwertung des Schweizerfrankens beschloss der Bundesrat am 16. Oktober 1936 für landwirtschaftliche Grundstücke eine

generelle bundesrechtliche Sperrfrist von 6 Jahren, die später durch die Artikel 218, 218<sup>bis</sup> und 218<sup>ter</sup> des Obligationenrechtes in der Fassung von Artikel 95 des Bundesgesetzes vom 12. Dezember 1940 über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen abgelöst worden ist<sup>1)</sup>. Das Bundesgesetz vom 12. Juni 1951 über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes endlich brachte im wesentlichen eine Verlängerung der Sperrfrist auf 10 Jahre.

Die Sperrfrist für landwirtschaftliche Grundstücke hat sich bewährt. Wir glauben, dass auch von der Einführung einer Sperrfrist für Bauland eine Beruhigung der Preisentwicklung und eine Stärkung des Vertrauens in die Wirksamkeit der Rechtsordnung erwartet werden darf.

Wir bezwecken, nicht mehr wie bisher bloss den landwirtschaftlichen Boden vor existenzgefährdenden Preistreibereien zu schützen, sondern den Kampf gegen die Bodenspekulation auch ausserhalb der Landwirtschaft zu führen, wo er sich mit einigem Gleichgewicht zwischen Aufwand und Erfolg führen lässt. Gegenüber dem geltenden Recht schlagen wir die Änderung vor, dass Bauland, und zwar Bauland im Landwirtschaftsgebiete und Bauland in bereits überbauten Gebieten mit Einschluss abbruchreifer Gebäude, einer angemessenen Sperrfrist unterstellt werden soll, um die schädlichen Wirkungen der kurzfristigen Spekulation mit Bauland, die durch das Gesetz vom 12. Juni 1951 über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes nicht erfasst werden, einigermaßen einzudämmen und damit auch die übermässige Nachfrage etwas zu dämpfen, ähnlich wie man die übermässige Nachfrage aus dem Ausland mit der Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken nach dem Bundesbeschluss vom 23. März 1961 mit Erfolg zu dämpfen vermag.

Im Zuge einer Neuüberbauung kommt eine zweimalige Handänderung oft vor. Kantonale Baugesetze und kommunale Bauordnungen machen die Erschliessung eines Gebietes durch Strassen, Kanalisationen und andere Leitungen zur Sache der Bauenden. Eine gemeinsame Planung und Durchführung nicht nur dieser Vorarbeiten, sondern namentlich auch der Häuser selber liegt im arbeitsökonomischen, finanziellen und auch ästhetischen Interesse aller Beteiligten. Diese schliessen sich zusammen, oft zu einer Baugenossenschaft, die sich später, nach Parzellierung des Bodens und Übertragung des Eigentums auf die Interessenten, wieder auflöst, vielfach in dem Zeitpunkt, wo die Garantiefrieten der Bauhandwerker abgelaufen sind. Aber auch dort, wo die Erschliessung des Baulandes nach kantonalem und kommunalem Recht Sache der Gemeinden ist, erweist sich eine gemeinsame Planung und Ausführung der eigentlichen Bauarbeiten als angezeigt. Allerdings wird die Parzellierung und der Weiterverkauf der Parzellen an die einzelnen Interessenten an manchem Orte schon vor der Überbauung getätigt, weil nachher erheblich grössere Handänderungsabgaben und Gebühren für die öffentliche Beurkundung der Verträge bezahlt werden müssten.

<sup>1)</sup> Jenny, Die Sperrfrist im Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken, Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 18 (1937) 165 ff.; Kaufmann, Das neue ländliche Bodenrecht der Schweiz, 215 ff.

Eine dreijährige Sperrfrist scheint uns lang genug zu sein, um die Spekulation mit Bauland zu dämpfen, aber auch kurz genug, um Weiterveräusserungen nach Durchführung der Überbauung unbehelligt zu lassen. Mit der Einführung der Bewilligungspflicht für kurzfristigen Baulandumschlag wird lediglich der gesunde Weiterverkauf in den Fällen etwas erschwert, wo er vor Ablauf von drei Jahren erfolgen muss. Dies ist in Kauf zu nehmen, weil es das einzige Mittel ist, um den kranken, spekulativen Baulandhandel zu erfassen. Die Erschwerung sollte hier aber um so leichter tragbar sein, als ein Gesuch um Bewilligung einer kürzeren Frist durch die Genossenschaft gestellt werden kann, den einzelnen Interessenten also schon und ohne besondere Schwierigkeiten zu begründen ist.

Gegen die Einführung einer Sperrfrist für die Weiterveräusserung von Bauland ist eingewendet worden, die Spekulanten bedienten sich in der Regel nicht des Eigentums und seiner Weiterveräusserung, sie spekulierten mit Kaufsrechten am Bauland, zudem sei das Bauland für den Grundbuchverwalter oft schwer als solches zu erkennen, es frage sich daher, ob nicht der Grundstückverkehr ohne Nutzen erschwert werde.

Gewiss ist der Handel mit Kaufsrechten eine beliebte Form der Bodenspekulation, weil der Spekulant nicht den Kaufpreis für das Grundstück, sondern bloss den Preis für das Kaufsrecht zu bezahlen hat und seinen Gewinn dadurch erzielt, dass er das Kaufsrecht zu einem teureren Preis auf einen Dritten überträgt, als er selber hat bezahlen müssen. Ein Ansporn für eine derartige Spekulation liegt ferner darin, dass die Abtretung des Kaufsrechtes auf einen Dritten in einfacher Schriftform und ausserhalb des Grundbuches erfolgen kann. Nur die Begründung des Kaufsrechtes bedarf gemäss Artikel 216 Absatz 2 des Obligationenrechtes zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Allein, viele Grundeigentümer räumen niemandem Kaufsrechte ein, weil sie nicht wollen, dass Dritte mit ihrem Grundstück spekulieren. In andern Fällen werden lediglich unübertragbare Kaufsrechte bestellt. So dürfte es nicht zutreffen, dass überwiegend mit Kaufsrechten an Bauland, statt mit dem Bauland selber spekuliert wird.

Wenn Artikel 218<sup>ter</sup> des Obligationenrechtes erklärt, dass Geschäfte, die diesen Vorschriften zuwiderlaufen oder deren Umgehung bezwecken, nichtig sind und kein Recht auf Eintragung in das Grundbuch geben, so will das nicht sagen, dass Geschäfte, die keine Veräusserungen darstellen und keiner Eintragung in das Grundbuch bedürfen, nicht Geschäfte zur Umgehung der Sperrfrist sein können.

Artikel 218<sup>ter</sup> des Obligationenrechtes will die Bodenspekulation nicht nur in der Form von Kaufgeschäften, sondern auch in der Form von allerhand andern Geschäften mit Verpflichtungs- oder Übereignungscharakter erschweren. Artikel 218<sup>ter</sup> des Obligationenrechtes erweitert also den Geltungsbereich von Artikel 218 und 218<sup>bis</sup>. Verboten sind daher nicht nur Veräusserungen, sondern auch Umgehungsgeschäfte, die nicht Veräusserungen sind. Daraus folgt aber, dass Artikel 218<sup>bis</sup> über die Ausnahmbewilligung sinngemäss auch auf derartige Umgehungsgeschäfte anwendbar sein muss, so dass also durch Bewilligung Um-

gehungsgeschäfte von Verpflichtungs- oder Übereignungscharakter legalisiert werden können.

Der Grundbuchverwalter wird kaum stärker in Anspruch genommen werden, als unter dem geltenden Recht. Heute sucht man ihm gegebenenfalls den Baulandcharakter eines Grundstückes glaubhaft zu machen, um von der Sperrfrist überhaupt frei zu werden. Unter neuem Rechte wird es darum gehen, statt unter die zehnjährige Sperrfrist für landwirtschaftliche Grundstücke unter die dreijährige für Bauland zu fallen. Bauplätze in bereits überbautem Gebiet sodann sind meistens leicht zu erkennen, wie auch der Versuch, mit abbruchreifen Gebäuden spekulativ Handel zu treiben. Im übrigen wäre die Möglichkeit, dass gelegentlich einmal eine Spekulation der Wachsamkeit der Behörden entginge, noch kein Beweggrund gegen die vorgeschlagene Neuerung. Nachdem es sich gezeigt hat, dass der Begriff «Bauland» nicht eindeutig ist<sup>1)</sup>, wird in Absatz 8 von Artikel 218 Bauland definiert als «Grundstücke, die alle Voraussetzungen für die sofortige Überbauung erfüllen». Gemeint sind die objektiven und nicht etwa die in der Person des Veräusserers oder des Erwerbers gelegenen Voraussetzungen.

Dass die Weiterveräusserung bereits überbauten Bodens mit nicht abbruchreifen Gebäuden ausgenommen bleibt, hat seinen Grund darin, dass sich ohne Willkür bei der ganz verschiedenen Interessenlage der Eigentümer kaum eine angemessene Sperrfrist finden liesse. Dazu kommt, dass die Spekulationslust infolge der zielbewussten Haltung der Grundeigentümer oft in vernünftige Schranken gewiesen wird. Sollten in Zukunft die Spekulanten den Verkehr mit bereits überbauten Grundstücken schädigen, so liesse sich erwägen, ob nicht auch hier mit einer kurzen Sperrfrist, wie wir sie für das Bauland vorschlagen, den ärgsten Auswüchsen zu begangen wäre.

## II. Der sogenannte Kindskauf und der Gewinnanteil der Miterben

1. Namentlich in bäuerlichen Kreisen kommt es oft vor, dass der Vater, wenn er sich zur Ruhe setzt, einem Nachkommen, der im Erbfolge gemäss Artikel 620 des schweizerischen Zivilgesetzbuches Anspruch auf ungeteilte Zuweisung des landwirtschaftlichen Gewerbes zum Ertragswerte hätte, dieses Gewerbe zum Ertragswerte verkauft. Er regelt damit vertraglich zu Lebzeiten, was sonst nach seinem Tode durch bäuerliches Erbrecht zu regeln wäre. Trotz der gewählten obligationenrechtlichen Form überwiegt der erbrechtliche Beweggrund der Voraussetzung der Erbfolge. Aus dieser Überlegung heraus hat die schweizerische Rechtslehre den Schluss gezogen, der sogenannte Kindskauf bedeute keinen Vorkaufsfall im Sinne von Artikel 681 des schweizerischen Zivilgesetzbuches<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Vgl. Bundesgerichtliche Entscheidungen 84 I 1 ff.; Kaufmann a. a. O. 105 und 218; Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 35 (1954) S. 151/52.

<sup>2)</sup> Leemann, Kommentar, Note 47 zu Artikel 681 des schweizerischen Zivilgesetzbuches; Oser-Schönenberger, Kommentar, Note 29 zu Artikel 216 des Obligationenrechts.

Wenn ein Erbe bei der Erbteilung ein Grundstück unter dem Verkehrswerte zugeteilt erhält, wie das gemäss Artikel 617 Absatz 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches bei landwirtschaftlichen Grundstücken von Gesetzes wegen der Fall ist (Anrechnung zum Ertragswert), so sind nach dem heute geltenden Artikel 619 des schweizerischen Zivilgesetzbuches die Miterben berechtigt, beim Verkauf des Grundstückes oder eines Teiles desselben binnen der folgenden fünfzehn Jahre einen verhältnismässigen Anteil am Gewinne zu beanspruchen, sofern dieser Anspruch bei der Teilung im Grundbuch vorgemerkt worden ist. Wiewohl beim Kindskauf der Veräusserer kaum je den Willen hat, seine übrigen Erben um den Anspruch an ihrem Teile des Gewinnes zu bringen, ist Artikel 619 des schweizerischen Zivilgesetzbuches regelmässig unanwendbar, weil es an der Voraussetzung der Zuteilung eines Grundstückes unter dem Verkehrswerte bei der Erbteilung gebricht. Es erscheint uns recht und billig zu sein, bei einer Abänderung des Abschnittes über den Grundstückkauf im Obligationenrecht (Art. 218, 218<sup>bis</sup> und 218<sup>ter</sup>) auch diese Lücke im Gesetz namentlich deshalb zu schliessen, weil die Zeit gekommen ist, um ebenfalls Artikel 619 des schweizerischen Zivilgesetzbuches abzuändern.

Kindskäufe von Grundstücken zu einem Preise unter dem Verkehrswerte werden auch ausserhalb der Landwirtschaft getätigt. Es ist daher der Abschnitt im Obligationenrecht über den Grundstückkauf zweckmässig durch einen neuen Artikel 218<sup>quater</sup> über den Kindskauf zu ergänzen, der aus Gründen der Rechtsgleichheit vorsieht, dass auf die Veräusserung eines landwirtschaftlichen oder eines andern Grundstückes an einen Nachkommen die Vorschriften von Artikel 619 des schweizerischen Zivilgesetzbuches über den Anteil der Miterben am Gewinn entsprechend anwendbar sind. Wie noch näher auszuführen ist, sind zudem die Vorschriften über den Anteil der Miterben am Gewinn auf nichtlandwirtschaftliche Grundstücke auszudehnen.

2. Wiewohl Artikel 619, Absatz 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches nicht ausdrücklich auf landwirtschaftliche Grundstücke beschränkt ist, hat die Rechtsanwendung diese Beschränkung trotzdem vollzogen, in der Erwägung, dass nur bei landwirtschaftlichen Grundstücken ein Zwang der Erben bestehe, sie dem Übernehmer unter dem Verkehrswert zu überlassen. Es sei nicht einzusehen, weshalb das Gesetz zum Schutz der Miterben bei nichtlandwirtschaftlichen Grundstücken eingreifen sollte, während es bei beweglichen Sachen auch keinen Schutz gewähre<sup>1)</sup>.

Der Gewinnanteil beträgt nach Absatz 2 des genannten Artikels nicht mehr, als der Miterbe erhalten hätte, wenn das Grundstück bei der Teilung zum Verkehrswert angerechnet worden wäre. Auf den durch Verbesserungen, Bauten Holzzuwachs und dergleichen entstandenen Gewinn haben die Miterben keinen Anspruch (Abs. 3) und, wie bereits erwähnt worden ist, wird der gesetzliche Anspruch von seiner Vormerkung im Grundbuch abhängig gemacht.

<sup>1)</sup> Escher, Kommentar, Note 11 zu Artikel 619 des schweizerischen Zivilgesetzbuches.

Die Beschränkung des Anspruches auf landwirtschaftliche Grundstücke und auf die Differenz zwischen dem Verkehrswert im Zeitpunkt der Erbteilung und dem damaligen Anrechnungswert hat die berechtigten Erwartungen nicht erfüllt.

Immer und immer wieder sind wir Zeuge davon, dass nach Umwandlung von bäuerlichem Kulturland in Bauland der Verkaufspreis das Vielfache des ehemaligen bäuerlichen Verkehrswertes beträgt, dass bei einem Ertragswert im Zeitpunkte der Erbteilung von vielleicht 70 000 Franken und einem Verkehrswert im gleichen Augenblicke von vielleicht 100 000 Franken der Übernehmer die landwirtschaftlichen Grundstücke wenige Jahre später als Bauland für vielleicht eine Million Franken weiterveräussert, wobei er mit seinen Miterben den geringen Betrag von 30 000 Franken zu teilen hat, den Löwenanteil des Gewinnes aber für sich behalten darf, trotzdem die Strukturänderung des Bodens und die damit zusammenhängende Wertsteigerung in keiner Weise sein Verdienst sind.

Ohne dass parlamentarische Vorstösse es nahegelegt hatten – ein Postulat Bachmann ist jedoch inzwischen am 5. Dezember 1962 vom Nationalrat angenommen worden –, unterbreitete die Justizabteilung der Expertenkommission für die Revision des bäuerlichen Bodenrechtes Vorschläge über eine Abänderung und Ergänzung des Artikels 619 des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Diese Vorschläge sind in mehreren Lesungen in der Expertenkommission und einer Subkommission beraten worden und bestehen heute unbestritten darin, dass im Gegensatz zum geltenden Recht der Gewinnanspruch der Miterben auch dann bestehen solle, wenn ein nichtlandwirtschaftliches Grundstück einem Erben zugewiesen wird, für das nicht der Verkehrswert, sondern ein niedrigerer Übernahmepreis festgesetzt worden ist. Die Frist von 15 Jahren wird auf 25 Jahre erhöht. Der Anspruch auf Gewinnanteil – und das ist das Entscheidende – macht nicht mehr beim Verkehrswert Halt; der anrechenbare Gewinn besteht vielmehr abzüglich eines Prozentes für jedes Jahr, währenddem das Grundstück dem Erben gehört hat, in dem Betrag, um den der Verkaufspreis den Übernahmepreis mit Einschluss des durch eigene Aufwendungen des Erben geschaffenen Mehrwertes übersteigt. Ferner soll der Anspruch nicht von seiner Vormerkung im Grundbuch abhängig bleiben. Absatz 5 des Artikels in der Fassung des Entwurfes endlich will Rechtsgeschäfte mit gleichem oder ähnlichem wirtschaftlichem Erfolg ebenfalls erfassen.

Wiewohl die häufigen grossen, dem Beteiligungsanspruch entzogenen Gewinne das Rechtsgefühl offensichtlich gröblich verletzen, werden die Erben, die den Gewinn erzielt haben, gegen die vorgeschlagene Neuerung einwenden, bei einer Zuweisung zum Verkehrswerte müssten sie den Gewinn ohne Rücksicht auf seine Höhe nicht mit ihren Miterben teilen. Man wird ihnen entgegenhalten, dass die Zuteilung unter dem Verkehrswert regelmässig unter Opfern seitens der Miterben erfolgt, um eine existenzfähige Selbstbewirtschaftung zu ermöglichen, und nicht, um durch Veräusserung des Grundstückes Gewinne zu machen. Die Ausdehnung der Neuerung auch auf Grundstücke oder gar auch noch auf bewegliche Sachen, die zum Verkehrswerte zugewiesen werden, wäre denkbar und folgerichtig, aber nicht zu empfehlen; denn die Erbteilung würde ganz allgemein für eine ganze

Generation unsicher, Begehrlichkeiten würden ohne Not geweckt, der Friede in der Familie, dem man mit der Neuerung dienen will, würde gestört, und der Folgerichtigkeit zuliebe würde man sich von einem der vornehmsten Ziele der Rechtsordnung, mit Hilfe der staatlichen Autorität streitige Angelegenheiten zu nichtstreitigen zu machen, entfernen. Man darf von einer Ausdehnung des gesetzlichen Gewinnbeteiligungsrechtes auf Sachen, die zum Verkehrswert zugewiesen wurden, auch deshalb absehen, weil der Nachweis des Gewinnes bei beweglichen Gegenständen oft sehr schwierig oder unmöglich wäre. Eine vertragliche Regelung dagegen ist möglich. So hat denn in den Beratungen über die Revision des bürgerlichen Erbrechtes nie ein Experte daran Kritik geübt, dass das geltende Recht und mit ihm unser Vorschlag davon ausgehen, ein gesetzlicher Gewinnbeteiligungsanspruch sei nur dann einzuräumen, wenn das Grundstück einem Erben unter dem Verkehrswert zugewiesen wurde.

Die wichtigste Neuerung besteht darin, dass grundsätzlich die Differenz zwischen dem Verkaufspreis und dem durch eigene Aufwendungen des Erben erhöhten Übernahmepreis dem Gewinnbeteiligungsanspruch der Miterben unterstellt wird; denn an diesem Gewinn hat der Erbe kein Verdienst: Weder hat er ihn schaffen helfen, noch wollte man ihm diesen Gewinn durch die Zuweisung des Grundstückes unter dem Verkehrswerte zuhalten. Der Gewinn soll nicht diesem Erben allein, er soll seiner Sippe zukommen. Der Entwurf verstärkt die familienrechtliche Bedeutung des Erbrechtes und macht den Erben zum Treuhänder seiner Familie. Dadurch werden die Schutzinteressen der ganzen ehemaligen Erbengemeinschaft gleichmässig gewahrt. Wenn der Entwurf die Beziehungen der Erbengemeinschaft zur Öffentlichkeit nicht regelt, was ja nicht Aufgabe des Zivilrechts-Gesetzgebers ist, so sei doch beiläufig darauf hingewiesen, dass die fiskalische Belastung der Gewinne seitens des Gemeinwesens durch die Vorlage weder verunmöglicht noch erschwert wird.

Selbstverständlich soll der Gewinnbeteiligungsanspruch der Miterben legitime Ansprüche des privilegierten Erben nicht verletzen. Bei den Vorarbeiten zur Revision von Artikel 619 des schweizerischen Zivilgesetzbuches ist versucht worden, den ehemaligen Übernahmepreis entsprechend der inzwischen eingetretenen Veränderung der Kaufkraft unserer Geldwährung anzupassen. Der Gedanke ist schliesslich wieder fallengelassen worden, weil die Experten auf grosse Schwierigkeiten in seiner Verwirklichung hingewiesen hatten. Auf einfacherem Weg will der Entwurf zu einem befriedigenden Ziele gelangen, indem er, einem Gedanken im erwähnten Postulat Bachmann folgend, von der Anteilsberechtigung der Miterben einen bescheidenen Teil, nach unserem Vorschlage ein Prozent des Gewinnes für jedes Jahr, während dem das Grundstück dem Erben von der Übernahme an bis zur Weiterveräusserung gehört hat, von der Anteilsberechtigung der Miterben ausnimmt. Diese Lösung mag schematisch erscheinen, sie ist aber leicht zu handhaben und dürfte geeignet sein, den Erben und seine Miterben einander näher zu bringen.

Nach Artikel 617 des schweizerischen Zivilgesetzbuches werden landwirtschaftliche Grundstücke nach dem Ertragswert, andere Grundstücke nach dem

Verkehrswert angerechnet. Durch letztwillige Verfügung, durch Erbvertrag (Art. 481 ZGB) oder durch Abmachung bei der Erbteilung kann von dieser Regel abgewichen werden<sup>1)</sup>. Wie beim Kindskauf (Art. 218<sup>quater</sup> OR) nimmt der Entwurf darauf Rücksicht und räumt das Gewinnbeteiligungsrecht der Miterben auch dann ein, wenn einem Erben vertraglich ein nichtlandwirtschaftliches Grundstück unter dem Verkehrswerte zugewiesen worden ist. Ein Gewinnbeteiligungsanspruch kann vertraglich auch noch in andern Fällen begründet werden; wir denken an den Fall, wo man über die Frist von 25 Jahren hinausgehen oder den Anspruch vielleicht für ein paar Jahre vorsehen möchte, trotzdem die Zuteilung des Grundstückes nicht unter dem Verkehrswert erfolgt.

Artikel 619, Absatz 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches beginnt heute: «Hat ein Erbe ein Grundstück unter dem Verkehrswert erhalten, . . . ». Die neue Fassung geht davon aus, dass ein niedrigerer Übernahmepreis als der Verkehrswert festgesetzt worden ist. Damit will man späteren Prozessen über die rechtliche Bedeutung des Anrechnungswertes vorbeugen helfen.

Die Ausdehnung der Frist von 15 Jahren auf 25 Jahre in Anlehnung an Artikel 621<sup>quater</sup>, Absatz 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches erfolgte, weil die 15-jährige Frist nicht lang genug ist, um ernstliche Zwistigkeiten namentlich unter Geschwistern zu vermeiden. Die Verlängerung der Frist auf eine ganze Generation empfiehlt sich insbesondere wegen Artikel 218<sup>quater</sup> des Obligationenrechtes über den Kindskauf, weil hier die Privilegierung eines Erben zu Lebzeiten des Vaters erfolgt, also zu einer Zeit, wo die Lebenserwartung der Nachkommen noch sehr gross sein kann. Angesichts der langen Zeitspanne der 25 Jahre darf man nicht vergessen, dass mit der Veräusserung des Grundstückes durch den Privilegierten die Gründe seiner Privilegierung regelmässig wegfallen.

Der Gewinnbeteiligungsanspruch der Miterben soll nicht von seiner Vormerkung im Grundbuch abhängen, damit es nicht mehr, wie heute gelegentlich, vorkommt, dass Miterben von der Geltendmachung eines Gewinnanteilrechtes ausgeschlossen sind, weil sie es mangels Rechtsbelehrung oder aus Unbeholfenheit nicht haben vormerken lassen. Man könnte die Auffassung vertreten, der Gewinnbeteiligungsanspruch bei landwirtschaftlichen Grundstücken sei gesetzlich und mache eine Vormerkung überhaupt überflüssig. Damit müssten später als der Gewinnbeteiligungsanspruch an dem Grundstück erworbene Rechte dem Gewinnbeteiligungsanspruch nachgehen, trotzdem die Berechtigten von diesem Gewinnbeteiligungsanspruch nichts wüssten. Um dies zu vermeiden, sehen wir daher vor, dass der Anspruch auf Beteiligung am Gewinne in jedem Fall, werde er nun gesetzlich oder vertraglich begründet, auf Begehren jedes Beteiligten im Grundbuch vorgemerkt werden kann. Durch diese Vormerkung, und nur durch sie, erhält der Gewinnbeteiligungsanspruch Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Rechte (Art. 959 Abs. 2 ZGB). Nur durch die Vormerkung er-

<sup>1)</sup> Vgl. Escher, Kommentar, Note 10 zu Artikel 617 des schweizerischen Zivilgesetzbuches.

wächst z.B. dem Käufer des Grundstückes die Pflicht, den Kaufpreis statt an den Verkäufer allein an alle Erben zu gesamter Hand zu bezahlen<sup>1)</sup>.

Durch das Wort «Veräusserung» statt «Verkauf» in Absatz 1 und durch den neuen Absatz 5 will man verhindern, dass der Gewinnanspruch der Miterben durch Umgehungsgeschäfte vereitelt werden kann. Der Veräusserung des Grundstückes oder eines Teiles desselben sollen daher Rechtsgeschäfte gleichgestellt werden, mit welchen der Erbe den Wert des Grundstückes ganz oder teilweise umsetzt, wie insbesondere die Begründung eines Baurechtes oder eines Rechtes zur Ausbeutung von Bodenbestandteilen (z.B. Kies- oder Lehmausbeutungsrechte).

### III. Gemeinsame Gesichtspunkte

Die vorgeschlagenen Ergänzungen des Entwurfes zur Neuregelung der Baurechtsdienstbarkeit weisen verschiedene gemeinsame Eigenschaften auf. Es handelt sich durchwegs um Abänderungen des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechtes, durchwegs um Bestimmungen über den Grundstückverkehr, und zwar über die Weiterveräusserung von Grundstücken, durchwegs um Bestimmungen, die für landwirtschaftliche und nichtlandwirtschaftliche Grundstücke gelten sollen und daher besser bei Anlass einer zivilrechtlichen Gesetzesnovelle als etwa bei der Revision des bürgerlichen Bodenrechtes zu verwirklichen sind. Ein weiteres gemeinsames Merkmal ist der typisch schweizerische Charakter der Sperrfrist, des Gewinnbeteiligungsanspruches der Miterben und der Anwendbarkeit dieses Gewinnbeteiligungsanspruches der Miterben bei der Vornahme der Erbfolge<sup>2)</sup>. Gemeinsam ist schliesslich der Umstand, dass es sich um Lücken im Gesetz handelt, deren Schliessung von erheblicher sozialer Bedeutung und daher dringlich ist. Diese Dringlichkeit in der Beseitigung von Übelständen hat ferner zum Vorschlag geführt, in den Ziffern IV und VI übergangsrechtliche Bestimmungen zu erlassen, die für die Sperrfrist für Bauland, für den Gewinnbeteiligungsanspruch und den Kindskauf nach Inkrafttreten des Gesetzes grundsätzlich das neue Recht zur Anwendung bringen wollen, wenn die Weiterveräusserung nach dem Inkrafttreten des Gesetzes stattfindet. Würde man nämlich darauf abstellen, dass auch der Beginn der Sperrfrist oder der Beginn der Frist gemäss Artikel 619 des schweizerischen Zivilgesetzbuches auf einen Zeitpunkt nach dem Inkrafttreten des Gesetzes fallen müsste, so würde die Wirksamkeit des Gesetzes aufgeschoben, ohne dass sich das durch Rechtsschutzinteressen von Beteiligten rechtfertigen liesse: Hat jemand vor Inkrafttreten des Gesetzes und in Unkenntnis des Entwurfes Bauland gekauft, um es wieder zu verkaufen, so wird ein nichtspekulativer Weiterverkauf vor dem Ende der Sperr-

<sup>1)</sup> Vgl. Homberger, Kommentar, Note 69 zu Artikel 959 des schweizerischen Zivilgesetzbuches.

<sup>2)</sup> Vgl. Pikalo, Land- und forstwirtschaftliches Grundstücksverkehrs- und Erbrecht im westlichen Europa.

frist bewilligt werden können (Art. 218<sup>bis</sup> OR). Was Artikel 619 des schweizerischen Zivilgesetzbuches angeht, so darf der Gesetzgeber davon ausgehen, dass sich ein verantwortungsbewusster Erbe hinsichtlich eines Gewinnes erst verpflichten wird, nachdem der Gewinn entstanden ist, also nicht vor der Weiterveräußerung.

Gewinnbeteiligungsabreden für andere als landwirtschaftliche Grundstücke werden gelegentlich vertraglich für kurze Fristen begründet. Diese Abreden sind im Grundbuch heute nicht vormerkbar. Wenn in Ziffer IV gesagt wird, der Anspruch auf Anteil am Gewinne richte sich für vor dem Inkrafttreten des Gesetzes erworbene Grundstücke nach den neuen Vorschriften, sofern er im Grundbuch vorgemerkt ist..., so bedeutet das, dass jene kurzfristigen Abreden durch das neue Recht respektiert werden sollen.

### Dritter Abschnitt

## Verfassungsmässige Grundlagen

Die Baurechtsdienstbarkeit, der Anteil der Miterben am Gewinn und der Kindskauf betreffen eindeutig nur zivilrechtliche Verhältnisse. Der Entwurf stützt sich für sie mit Recht auf Artikel 64 der Bundesverfassung, der dem Bunde das Recht zur Gesetzgebung in allen Gebieten des Zivilrechtes gibt. Die Sperrfrist für Bauland wird zwar in das Obligationenrecht eingegliedert, ist aber ihrer Natur nach eine zum allgemeinen Wohle getroffene Massnahme gegen die Bodenspekulation, eine öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung, welche die Handels- und Gewerbefreiheit berührt. Für landwirtschaftliches Bauland lässt sie sich gemäss Artikel 31<sup>bis</sup>, Absatz 3 der Bundesverfassung halten, wonach der Bund befugt ist, wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt, nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit Vorschriften unter anderem zur Erhaltung eines gesunden Bauernstandes und einer leistungsfähigen Landwirtschaft sowie zur Festigung des bäuerlichen Grundbesitzes zu erlassen. Für andere Grundstücke wird man die Sperrfrist, wenn nicht noch als Zivilrecht im Sinne von Artikel 64 der Bundesverfassung, als ein Stück mit der Handels- und Gewerbefreiheit vereinbares Wirtschaftspolizeirecht im Sinne von Artikel 31, Absatz 2 der Bundesverfassung betrachten dürfen wie im Jahre 1911 bei der Abänderung von Artikel 218 des Obligationenrechtes zu einer Zeit, wo Artikel 31<sup>bis</sup>, Absatz 3, Buchstabe *b* der Bundesverfassung noch nicht bestand. Wir haben darauf schon in der Botschaft vom 15. November 1960 über die Einführung der Genehmigungspflicht für die Übertragung von Boden an Personen im Ausland hingewiesen<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> BBl 1960 II 1273 ff.

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen beehren wir uns, Ihnen die Annahme des beiliegenden Gesetzesentwurfes zu empfehlen.

Genehmigen Sie, Herr Präsident, hochgeehrte Herren, die Versicherung unserer vollkommenen Hochachtung.

Bern, den 9. April 1963.

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates,

6872

Der Bundespräsident:

**Spühler**

Der Bundeskanzler:

**Ch. Oser**

---

(Entwurf)

**Bundesgesetz**  
über  
**die Änderung der Vorschriften des Zivilgesetzbuches  
und des Obligationenrechtes betreffend das Baurecht  
und den Grundstückverkehr**

---

Die Bundesversammlung  
der Schweizerischen Eidgenossenschaft,  
gestützt auf Artikel 31, 31<sup>bis</sup> und 64 der Bundesverfassung,  
nach Einsicht in eine Botschaft des Bundesrates vom 9. April 1963,

beschliesst:

I

**Baurecht** Die Vorschriften des Zivilgesetzbuches über das Baurecht werden wie folgt abgeändert und ergänzt:

Art. 779, Abs. 3

**C. Baurecht**  
**I. Gegenstand**  
**Errichtung**  
**und Aufnahme**  
**in das**  
**Grundbuch**

<sup>3</sup> Ist das Baurecht selbständig und dauernd, so bedarf es zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung des Errichtungsvertrages und kann als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden.

Art. 779a

**II. Nähere**  
**Bestimmung**  
**des Inhaltes**  
**und Umfanges**

Das Baurecht wird nach Inhalt und Umfang vertraglich näher umschrieben, namentlich hinsichtlich der Lage, Gestalt, Ausdehnung und Zweckbestimmung der Bauten sowie der Benutzung nicht überbauter Flächen, die mit seiner Ausübung in Anspruch genommen werden.

Art. 779b

**III. Folgen**  
**des Unterganges**

<sup>1</sup> Geht das Baurecht unter, so fallen die bestehenden Bauwerke dem Grundeigentümer heim, indem sie zu Bestandteilen seines Grundstückes werden.

<sup>2</sup> Der Grundeigentümer hat dem bisherigen Bauberechtigten für die heimfallenden Bauwerke eine angemessene Entschädigung zu leisten, die jedoch den Gläubigern, denen das Baurecht verpfändet war, für ihre noch bestehenden Forderungen haftet und ohne ihre Zustimmung dem bisherigen Bauberechtigten nicht ausbezahlt werden darf.

<sup>3</sup> Wird die Entschädigung nicht bezahlt und auch nicht sichergestellt, so kann der bisherige Bauberechtigte oder ein Gläubiger, dem das Baurecht verpfändet war, verlangen, dass auf dem Blatt des belasteten Grundstückes anstelle des gelöschten Baurechts ein Grundpfandrecht mit demselben Rang zur Sicherung der Entschädigungsforderung eingetragen werde.

<sup>4</sup> Die Eintragung muss spätestens drei Monate nach dem Endtermin des Baurechts erfolgen.

<sup>5</sup> Abweichende Vereinbarungen über die Höhe und das Verfahren zur Feststellung der Entschädigung sowie über die Aufhebung der Entschädigungspflicht und die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes der Liegenschaft können in der Form, die für die Errichtung des Baurechts vorgeschrieben ist, getroffen und im Grundbuch vorgemerkt werden.

#### Art. 779c

<sup>1</sup> Überschreitet der Bauberechtigte sein dingliches Recht oder verletzt er vertragliche Verpflichtungen, so kann der Grundeigentümer den vorzeitigen Heimfall herbeiführen, indem er die Übertragung des Baurechts mit allen Rechten und Lasten auf sich selber verlangt.

IV. Heimfall  
wegen Pflicht-  
verletzung

<sup>2</sup> Die Ausübung des Heimfallsrechtes ist jedoch nur zulässig, wenn der Bauberechtigte wichtige Pflichten gröblich verletzt hat und nur, wenn für die heimfallenden Bauwerke eine angemessene Entschädigung bezahlt wird, bei deren Bemessung das schuldhafte Verhalten des Bauberechtigten als Herabsetzungsgrund berücksichtigt werden kann.

<sup>3</sup> Dieser Vorschrift unterliegt die Ausübung jedes Rechtes, das sich der Grundeigentümer zur vorzeitigen Aufhebung oder Rückübertragung des Baurechtes wegen Pflichtverletzung des Bauberechtigten vorbehalten hat.

<sup>4</sup> Die Übertragung des Baurechts auf den Grundeigentümer erfolgt erst, wenn die Entschädigung bezahlt oder sichergestellt ist.

#### Art. 779d

<sup>1</sup> Zur Sicherung des Baurechtszinses hat der Grundeigentümer gegenüber dem jeweiligen Bauberechtigten Anspruch auf Errichtung eines Pfandrechtes im Höchstbetrug von drei Jahresleistungen an dem in das Grundbuch aufgenommenen Baurecht.

V. Haftung  
für den  
Baurechtszins

<sup>2</sup> Ist die Gegenleistung nicht in gleichmässigen Jahresleistungen festgesetzt, so besteht der Anspruch auf das gesetzliche Pfandrecht für den Betrag, der bei gleichmässiger Verteilung auf drei Jahre entfällt.

<sup>3</sup> Das Pfandrecht kann jederzeit eingetragen werden, solange das Baurecht besteht, und ist von der Löschung im Zwangsverwertungsverfahren ausgenommen.

<sup>4</sup> Im übrigen sind die Bestimmungen über die Errichtung des Bauhandwerkerpfandrechts sinngemäss anwendbar.

#### Art. 779e

VI. Höchstdauer <sup>1</sup> Das Baurecht kann als selbständiges Recht nicht auf mehr als hundert Jahre begründet werden.

<sup>2</sup> Es kann über diesen Zeitpunkt hinaus aufrechterhalten werden, doch ist eine zum voraus eingegangene Verpflichtung hiezu nicht verbindlich.

#### Art. 682, Abs. 2 und 3

b. im Miteigentums- und im Baurechtsverhältnis

<sup>1</sup> . . .

<sup>2</sup> Ein Vorkaufsrecht gegenüber einem jeden Erwerber haben auch der Eigentümer eines Grundstückes, das mit einem selbständigen und dauernden Baurecht belastet ist, an diesem Recht und der Inhaber dieses Rechts am belasteten Grundstück, soweit dieses durch die Ausübung seines Rechtes in Anspruch genommen wird.

<sup>3</sup> Vereinbarungen über die Aufhebung oder Abänderung des gesetzlichen Vorkaufsrechtes bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung und können im Grundbuch vorgemerkt werden.

### II

Die Anwendungs- und Einführungsbestimmungen im Schlusstitel des Zivilgesetzbuches werden durch folgende Vorschrift ergänzt:

#### Art. 17<sup>bis</sup>

I<sup>bis</sup>. Baurecht

Die Bestimmung über die Höchstdauer von selbständigen Baurechten findet auf Baurechte, die vor ihrem Inkrafttreten begründet worden sind, keine Anwendung.

### III

Grundstückverkehr  
Gewinnanteil  
der Miterben

Die Vorschriften des Zivilgesetzbuches über den Gewinnanteil der Miterben werden wie folgt abgeändert und ergänzt:

#### Art. 619

3. Anteil der Miterben am Gewinn

<sup>1</sup> Hat ein Erbe ein landwirtschaftliches oder ein anderes Grundstück zugeteilt erhalten, für das nicht der Verkehrswert, sondern ein niedrigerer

Übernahmepreis festgesetzt worden ist, so sind die Miterben berechtigt, bei der Veräußerung des Grundstückes oder eines Teiles desselben binnen der folgenden fünfundzwanzig Jahre ihren Anteil am Gewinne zu beanspruchen.

<sup>2</sup> Der Gewinn besteht in dem Betrag, um den der Verkaufspreis den Übernahmepreis mit Einschluss des durch eigene Aufwendungen des Erben geschaffenen Mehrwertes übersteigt.

<sup>3</sup> Ein Hundertstel des Gewinnes für jedes Jahr, während dem das Grundstück dem Erben gehört hat, ist von der Anteilsberechtigung der Miterben ausgenommen.

<sup>4</sup> Der Anspruch auf Beteiligung am Gewinne kann, auch wenn ein solcher vertraglich begründet wird, auf Begehren jedes Beteiligten im Grundbuch vorgemerkt werden.

<sup>5</sup> Der Veräußerung des Grundstückes oder eines Teiles desselben sind Rechtsgeschäfte gleichgestellt, mit welchen der Erbe den Wert des Grundstückes ganz oder teilweise umsetzt, wie insbesondere die Begründung eines Baurechtes oder eines Rechtes zur Ausbeutung von Bodenbestandteilen.

#### IV

Der Anspruch auf Anteil am Gewinn richtet sich für vor dem Inkrafttreten des Gesetzes erworbene Grundstücke nach den neuen Vorschriften, sofern er im Grundbuch vorgemerkt und die Frist des alten Rechtes von fünfzehn Jahren (Art. 619, Abs. 1, ZGB) noch nicht abgelaufen ist.

Übergangsbestimmung

#### V

Die Vorschriften des Obligationenrechtes über den Grundstückkauf werden wie folgt abgeändert und ergänzt:

Grundstückverkehr  
Sperrfrist  
für Bauland  
und Kindskauf

#### Art. 218

<sup>1</sup> Landwirtschaftliche Grundstücke dürfen während einer Frist von zehn Jahren, vom Eigentumserwerb an gerechnet, weder als Ganzes noch in Stücken veräußert werden.

C. Veräußerung  
von  
Grundstücken  
I. Sperrfrist  
1. Regel

<sup>2</sup> Für Bauland beträgt die Sperrfrist drei Jahre.

<sup>3</sup> Als Bauland gelten Grundstücke, die alle Voraussetzungen für die sofortige Überbauung erfüllen.

<sup>4</sup> Nicht anwendbar sind die Sperrfristen auf Grundstücke, die sich in vormundschaftlicher Verwaltung befinden, und auf Grundstücke, die im Betreibungs- und Konkursverfahren verwertet werden.

Art. 218<sup>bis</sup>

## 2. Ausnahmen

Die vom Kanton der gelegenen Sache als zuständig erklärte Behörde kann aus wichtigen Gründen eine Veräusserung vor Ablauf der Sperrfrist gestatten, wie namentlich zum Zwecke einer erbrechtlichen Auseinandersetzung, der Abrundung landwirtschaftlicher Betriebe sowie zur Verhinderung einer Zwangsverwertung. Die Behörde entscheidet endgültig.

Art. 218<sup>ter</sup>

## 3. Folgen

Text unverändert.

Art. 218<sup>quater</sup>

## II. Kindskauf

Auf die Veräusserung eines landwirtschaftlichen oder eines andern Grundstückes an einen Nachkommen und auf die Weiterveräusserung des Grundstückes durch den Nachkommen finden die Vorschriften des Zivilgesetzbuches über den Anteil der Miterben am Gewinn entsprechende Anwendung.

## VI

Übergangs-  
bestimmung

<sup>1</sup> Die Vorschriften der Artikel 218, 218<sup>bis</sup> und 218<sup>ter</sup> über die dreijährige Sperrfrist sind auch auf Grundstücke anwendbar, die innerhalb von drei Jahren vor Inkrafttreten des Gesetzes erworben wurden.

<sup>2</sup> Artikel 218<sup>quater</sup> findet ebenfalls Anwendung auf Grundstücke, an denen der Nachkomme binnen fünfundzwanzig Jahren vor Inkrafttreten des Gesetzes Eigentum erworben hat.

## VII

## Inkrafttreten

Der Bundesrat bestimmt den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes.

**Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes  
über die Änderung der Vorschriften des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechtes  
betreffend das Baurecht und den Grundstückverkehr (Vom 9. April 1963)**

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	1963
Année	
Anno	
Band	1
Volume	
Volume	
Heft	17
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	8716
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	02.05.1963
Date	
Data	
Seite	969-1012
Page	
Pagina	
Ref. No	10 042 091

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses.

Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.