Kanton Basel-Stadt

«Fallstricke zum Baurecht»

Dr. iur. Amir Moshe
Grundbuchverwalter und Leiter Recht GVA

Übersicht (1)

1. Verschiedene Baurechtsarten
   - Baurecht als Personaldienstbarkeit
   - Baurecht als Grundstück i. S. v. Art. 655 Abs. 3 ZGB
   - Baurecht als Grunddienstbarkeit
   - Spezialfälle
   - Gesamtbaurechte zulässig?
2. Errichtung
   - Formvorschriften
   - Baurechtszins
   - Baurechtszinsenpfandrecht
3. Beendigung

Übersicht (2)

4. Übertragung
   - SDR mit eigenem Grundbuchblatt
   - SDR ohne eigenes Grundbuchblatt, insbesondere Frage nach der Zession
   - Baurecht als Grunddienstbarkeit
5. Verlängerung und Ausdehnung
6. Vormerkungen
   - Allgemeines
   - Verfügungsbeschränkung
   - «Weitere vertragliche Bestimmungen des Baurechtsvertrags»
7. Gegenstand des Baurechts
   - Voraussetzungen
   - Spezialfall: Fotovoltaikanlagen etc.
8. Bewilligungen, Gebühren und Steuern

1. Verschiedene Baurechtsarten

- **Baurecht als Personaldienstbarkeit**
  - Als irreguläre Personaldienstbarkeit grundsätzlich übertragbar
  - Nicht übertragbar, wenn ausschliesslich z. G. einer bestimmten Person (z. B. Elektrostationen zu Gunsten IWB)

- **Baurecht als Grundstück i. S. v. Art. 655 Abs. 3 ZGB mit eigenem Grundbuchblatt**

  Dieses muss zwingend ein selbständiges und dauerndes Recht sein, d.h.
  - weder zu Gunsten eines berechtigten Grundstückes, noch ausschliesslich zu Gunsten einer bestimmten Person bestellt (Art. 655 Abs. 3 Ziff. 1 ZGB);
  - «dauernd» d.h. mindestens Laufzeit von 30 und maximal 100 Jahren (Berechnung Mindestlaufzeit nur feste Dauer ohne Optionen), Beachtung der Gleichschaltung der obligatorischen und dinglichen Dauer

1. Verschiedene Baurechtsarten

- **Baurecht als Grunddienstbarkeit**
  - Kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung errichtet werden trotz gesetzlicher Regelung des Baurechts unter den Personaldienstbarkeiten (BGE 133 III 311 ff., 316 E. 3.2.1)
  - Baurecht zu Gunsten eines berechtigten Grundstückes (Art. 730 ZGB)
  - Keine selbständige Übertragbarkeit (BGE 100 II 105 ff., 113 E. 3a)
  - Nicht auf der ganzen Fläche der Grundstückparzelle möglich (keine Praxis zur effektiv zulässigen Fläche), da sonst das Eigentum des Baurechtgebers völlig entleert würde (Grunddienstbarkeit im Gegensatz zur Personaldienstbarkeit unbefristet möglich), BGE 116 II 281 ff., 290 E. 4d.

1. Verschiedene Baurechtsarten

- **Spezialfälle (1)**
  - Überbaurecht
    - Zwingend Grunddienstbarkeit, da das Überbaurecht den Bestand einer Baute auf dem benachbarten Grundstück voraussetzt (wurde früher nicht konsequent so gehandhabt, es gab z. B. Überbaurechte z. G. ASTRA)
    - Keine direkte Verbindung zwischen dem überragenden Gebäudeteil und dem belasteten Grundstück zwingend erforderlich
    - Im Unterscheid zum Baurecht wird das Unterbaurecht durch die **bautechnisch-funktionelle Abhängigkeit** von der Baute auf dem berechtigten Grundstück eingeschränkt, was wiederum eine Auswirkung auf das Akzessionsprinzip hat.
  - Unterirdisches Baurecht möglich als Grund- oder Personaldienstbarkeit, wenn die Voraussetzungen von Art. 675 Abs. 1 ZGB erfüllt sind
  - Begründung von Stockwerkeigentum:
    Auf einem als Grundstück im Grundbuch aufgenommenen, selbständigen und dauernden Baurecht (Art. 712d Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) möglich, nicht jedoch an einzelnen Stockwerken (Art. 675 Abs. 2 ZGB)

1. Verschiedene Baurechtsarten

- **Spezialfälle (2)**
  - Unterbaurecht:
    - Gemäss Rechtsprechung und Lehre, sowohl als Personal-, als auch als Grunddienstbarkeit möglich
    - Das belastete Baurecht muss ein selbständiges und dauerndes Recht mit eigenem Grundbuchblatt sein
    - Weiterführung ad absurdum wäre möglich
  - Abgrenzung: Andere Dienstbarkeiten als selbständige und dauernde Rechte
    - Art. 655 Abs. 3 ZGB, Aufnahme von anderen Dienstbarkeiten gemäss Art. 781 ZGB als Grundstücke in das Grundbuch (dann jedoch keine Durchbrechung des Akzessionsprinzips)
    - Übertragbar und mindestens 30 Jahre oder auf unbestimmte Dauer

1. Verschiedene Baurechtsarten

- **Gemeinsame Bestimmung zu allen Baurechtsarten**

  Ausübung beschränkt sich auf einen Teil der Grundstücksfläche:
  - Last besteht jedoch auf dem gesamten Grundstück
  - Wenn nötig Darstellung in einem Planauszug für das Grundbuch (Art. 732 Abs. 2 ZGB) oder Bezugnahme auf Parzellenindex
  - Amtlicher Plan zwingend erforderlich, wenn Eintragung als selbständiges und dauerndes Baurecht mit eigenem Grundbuchblatt beabsichtigt

1. Verschiedene Baurechtsarten

- **Gesamtbaurechte zulässig?**
  - **Ausgangslage in Lehre und Rechtsprechung**
    - Lehre: ablehnend SCHMID, ZBGR 1998 (79), S. 296, LIVER, Zürcher Kommentar, 3. Auflage, Art. 730 N 28 und BRÜCKNER/KUSTER, Die Grundstückgeschäfte, RN 1523 ff.; bejahend SIMONIUS/SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht Band II, S. 147 RN 63 ff., welche aber auf grosse rechtliche Komplikationen ohne gesetzliche Lösung hinweisen, BSK ZGB II-ISLER/GROSS, Art. 779 N 34 f.
    - Rechtsprechung: Zulässigkeit eines Gesamtbaurechts zwecks dinglicher Sicherung der Nationalstrassen das Urteil ZK 14/463 des Obergerichts des Kantons Bern vom 19.11.2014, E. 3: «*Die privatrechtlichen Grundsätze könnten nicht losgelöst vom öffentlichen Recht angewendet werden. Insbesondere das Nationalstrassengesetz (Bundesgesetz über die Nationalstrassen [NSG], SR 725.11) als Spezialgesetz fordere Ausnahmen bzw. eine blosse sinngemässe, zurückhaltende Anwendung des ZGB und seiner privatrechtlichen Vorschriften als lex generalis.*»

1. Verschiedene Baurechtsarten

- **Aktueller Fall - Dingliche Sicherung der Nationalstrassen z. G. ASTRA im Kanton Basel-Stadt:** Als Folge des vorgenannten Urteils und der Tatsache, dass das ASTRA von Gesetzes wegen ohnehin Eigentümerin sämtlicher Nationalstrassenanlagen ist, wurde die Errichtung eines Gesamtbaurechts z. G. ASTRA ohne Blatteröffnung als Einzelfall zugelassen, kein Anwendungsfall von Art. 675 Abs. 2 ZGB. Urteil ZK 14/463 des Obergerichts des Kantons Bern vom 19.11.2014 N. 14: *«Die Gefahr, dass das hier fragliche Bauwerk zerstört oder zum Gebrauch untauglich gemacht werden könnte, weil die Entscheidmacht über seine voneinander abhängigen Teile unterschiedlichen Rechtsträgern* [Baurechtgeber/-nehmer?] *zukommt, besteht nicht. Die Schweizerische Eidgenossenschaft ist als originäre Eigentümerin Rechtsträgerin am ganzen Tunnel. Daran wird sich angesichts der öffentlich-rechtlichen Regelung der Nationalstrassen auch in Zukunft mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nichts ändern.»*
- Ist beim Gesamtbaurecht der Baurechtgeber aller belasteten Parzellen, i.c. das Verwaltungsvermögen der öffentlichen Hand, identisch, so stellen sich allfällige Probleme, wie: Vorzeitiger Heimfall, Aufteilung Baurechtszins etc. gerade nicht.

1. Verschiedene Baurechtsarten

- **Aktuelle Praxis des Kantons Basel-Stadt:**
  - Rein «vertragliche Gesamtbaurechte» sieht die Praxis des Kantons Basel-Stadt nicht zu, dies aufgrund baupolizeilicher Vorschriften, z. B. Brandmauer, sowie des Umstandes, dass bei ursprünglich oder nachträglich verschiedenen Baurechtgebern nicht adäquat lösbare Probleme betreffend die Aufteilung des Baurechtszinses, vorzeitiger Heimfall betreffend einzelne Baurechtsgeber und Vorkaufsrechte entstehen können.
  - Dennoch ein bekannter Fall Baurecht (unterirdisch) z. G. Kanton Basel-Stadt (Erstellung und Betrieb eines unterirdischen Bereitstellungsraumes mit Zugang und Notausstiegen).
  - Gesamtdienstbarkeiten (Wegrechte gemäss Art. 781 ZGB über mehrere belastete Parzellen etc.) sind in diesem Zusammenhang, im Gegensatz zum umstrittenen Gesamtbaurecht, zulässig

2. Errichtung

- **Formvorschriften Errichtungsakt**
  - Öffentliche Beurkundung der objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte und der Bestimmungen, denen realobligatorische Wirkung verschafft werden soll
  - Früher war einfache Schriftlichkeit für Grunddienstbarkeiten und nicht übertragbare Personaldienstbarkeiten ausreichend
  - Hinsichtlich Baurechten zu Lasten der Einwohnergemeinde der Stadt Basel/des Kantons Basel-Stadt besteht ein Musterbaurechtsvertrag, welcher aktuell überarbeitet worden ist

2. Errichtung

- **Insbesondere Formvorschriften i. S. Baurechtszins (1)**
  - Gesetzesrevision 2012: Art. 779a ZGB sollte Klarheit schaffen, die erforderlichen Formvorschriften sind jedoch weiterhin umstritten, da von einem Teil der Lehre, wie bereits unter dem alten Recht, die Meinung vertreten wird, dass öffentliche Beurkundung sowohl für die Begründung als auch für die nachträgliche Anpassung des Baurechtszinses erforderlich sei, da die Zinsvereinbarung regelmässig zumindest subjektiv wesentlich ist (vgl. BSK ZGB II-ISLER/GROSS, Art. 779a N 4; SCHMID, ZBRG 1998 (79), S. 301.; SCHMID/ HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, RN 1396.)

Baurechtszins

Art. 779a ZGB

II. Rechtsgeschäft

[1] Das Rechtsgeschäft über die Errichtung eines Baurechts bedarf zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung.

[2] Sollen der Baurechtszins und allfällige weitere vertragliche Bestimmungen im Grundbuch vorgemerkt werden, so bedürfen sie zu ihrer Gültigkeit ebenfalls der öffentlichen Beurkundung.

  - Art. 779a Abs. 2 ZGB, Vormerkung Baurechtszins bedarf öffentliche Beurkundung (gilt für die Begründung als auch die spätere Erhöhung), Realobligation. Umkehrschluss: ohne Vormerkung kein Beurkundungszwang des Zinses (nicht überzeugend, weil Baurechtszins regelmässig zumindest subjektiv wesentlicher Vertragsbestandteil)
  - Meist jedoch Begründung im Rahmen der Baurechtserrichtung (öffentliche Urkunde)

2. Errichtung

- **Insbesondere Formvorschriften i. S. Baurechtszins (2)**

  Vor der Gesetzesrevision 2012 umstritten:

  – Gemäss Bundesgericht weder ein objektiv wesentlicher Vertragspunkt, noch ein realobligatorisches Recht (vgl. BGE 5A_251/2010 E. 6.3 vom 19.11.2010 und BGE 127 III 300 ff.) und deshalb keine öffentliche Beurkundung, so auch PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Bd. III 2012, N 2546a und La forme à respecter pour prévoir ou modifier une rente superficiaire , BR/DC S 67 f.; ROLAND PFÄFFLI, ZBGR 93 (2012), S. 382; DENIS PIOTET, Les nouvelles dispositions relatives aux servitudes, in Jürg Schmid (Hrsg.), Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht, 2012, S. 71 f.

  – Lehrmeinungen teilweise davon abweichend (siehe oben), so auch JÖRG SCHMID, ZBJV 147 (2011), S. 392 ff.; BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, in Jürg Schmid (Hrsg.), Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht, 2012, S. 25 ff.

2. Errichtung

- **Insbesondere Formvorschriften i. S. Baurechtszins (3)**

  – **Aktuelle Praxis Basel-Stadt**
  Entgegen dem Teil der Lehre, der auch unter aktuellem Recht das Formerfordernis der öffentliche Urkunde vorsieht, was dogmatisch nach Ansicht des Grundbuchs Basel-Stadt korrekt ist, lässt das Grundbuch Basel-Stadt die Begründung und Änderung des Baurechtszinses in einfacher Schriftlichkeit zu. Dies auch in Koordination mit der Praxis anderer Kantone, besprochen anlässlich der Jahreskonferenz der Grundbuchinspektoren der Zentral- und Nordwestschweiz 2015 in Thun.

- **«Stolperstein» beim Baurechtszins:**
  Bei der Handänderung einer BRP wird der Erwerber der BRP neuer Schuldner, der bisherige Schuldner (=bisheriger Baurechtsnehmer) ist aus der Schuldpflicht zu entlassen (obwohl der Baurechtsgeber gar nicht zwingend am Vertrag mitwirkt)

2. Errichtung

- **Baurechtszinsenpfandrecht**
  - Vor der Baurechtsnovelle 1965 fehlte eine Regelung für die grundpfandrechtliche Sicherung des Baurechtszinses (Sicherung mittels Grundpfand und Grundlast)
  - Art. 779 k Abs. 2 ZGB verweist auf die Bestimmungen des Bauhandwerkerpfandrechts
  - Maximal drei Jahresleistungen der Baurechtszinsforderung
  - Gestaffelte Baurechtszinsen
    - Bei gestaffelten Baurechtszinsen gilt die durchschnittliche Jahresleistung als Höchstbetrag für das Baurechtszinsenpfandrecht
    - Ausnahme: Ein höherer Betrag als die durchschnittliche Jahresleistung ist zulässig, wenn die Baurechtsgeberin der Baurechtsnehmerin in den ersten Jahren mit einem tiefen Baurechtszins als «Starthilfe» entgegenkommt (Hinweis in Urkunde erforderlich)

2. Errichtung

- **Formvorschriften Baurechtszinsenpfandrecht**

Baurechtszinsenpfandrecht

Art. 76 GBV – Gesetzliche Grundpfandrechte

1 Der Rechtsgrundausweis für die Eintragung eines gesetzlichen Grundpfandrechts wird durch die Urkunden erbracht, die zur Begründung der Forderungen nötig sind, für die das Grundpfandrecht eingetragen werden soll.

2 In den folgenden Fällen ist als Rechtsgrundausweis ein schriftlicher Nachweis erforderlich, dass der Eigentümer oder die Eigentümerin die Pfandsumme anerkennt oder die Eintragung bewilligt oder dass die Pfandsumme gerichtlich festgestellt ist:

a. …;

b. …;

c. bei einem Pfandrecht zur Sicherung des Baurechtszinses (Art. 779i und 779k ZGB);

d. ….

2. Errichtung

- Grundsätzliches zu Art. 76 GBV
  - Mittelbares gesetzliches Pfandrecht
  - Rechtsgrundausweis für die Eintragung ist gem. Art. 76 Abs. 2 GBV ein schriftlicher Nachweis betreffend Anerkennung oder Eintragungsbewilligung durch den Baurechtsnehmer.
  - Dieser Nachweis kann im Rahmen eines beurkundeten Baurechtsvertrages oder Nachtrages zu einem Baurechtsvertrag erbracht werden.
  - Im Falle Verzicht auf Vormerkung Baurechtszins ist ein (separat-) schriftlicher Nachweis erforderlich, dass der Baurechtsnehmer die Schuldsumme anerkennt oder die Eintragung bewilligt.
  - Widerspruch durch die Tatsache, dass diese Vorschrift auf Verordnungsstufe die Bestimmung von Art. 799 Abs. 2 ZGB derogiert.
  - Die Beschwerung des Baurechtszinsenpfandrechts müsste öffentlich beurkundet werden, wenn die Erhöhung von Baurechtszins und Pfandrecht in einem Schritt durchgeführt werden und die Auffassung vertreten wird, dass der Baurechtszins öffentlich beurkundet werden muss.
  - Vice versa wäre eine von der Erhöhung des Baurechtszinses losgelöste Beschwerung in einfacher Schriftlichkeit möglich.

2. Errichtung

- **Schlussbemerkung zu den Formvorschriften:**
  Es ist empfehlenswert, den gesamten Baurechtsvertrag (-nachtrag) öffentlich zu beurkunden, in einen dinglichen und obligatorischen Teil zu gliedern, den Baurechtszins zu regeln und realobligatorisch vorzumerken, sowie das Baurechtszinsenpfandrecht mit Anerkennung der Pfandsumme zu regeln und die Eintragungsermächtigung entsprechend zu formulieren.

2. Errichtung

- **Folgen der Baurechtserrichtung**
  - **Übertragung bestehender Gebäude**
    - Mit Eintragung des Baurechts im Grundbuch gehen bereits bestehende Bauten ohne weiteres auf den Baurechtsnehmer über
    - Es empfiehlt sich im Baurechtsvertrag kaufrechtliche Bestimmungen zu regeln (z. B. Sachgewährleistung etc.)
  - **Dienstbarkeiten auf Baurechtsparzelle**
    - Wird die BRP mit einer Dienstbarkeit (z.B. Wegrecht) belastet, so ist es empfehlenswert, die Dienstbarkeit auch auf der Liegenschaftsparzelle (LIG) einzutragen (dadurch bleibt sie bei einem Heimfall bestehen)
    - Eine Verlegung der Last von der BRP auf die LIG ist nicht zulässig. Die Last müsste gelöscht und neu begründet werden (neues Datum, Zustimmung allfälliger Pfandgläubiger). Früher andere Praxis.

3. Beendigung

- **Gemeinsame Bestimmung zur Beendigung**
  - Verfahren zur Löschung im Grundbuch gemäss Art. 964 ZGB

- **Ordentlicher Heimfall (Art. 779c und d ZGB)**
  - Beendigung durch Zeitablauf
  - Untergang der Liegenschaftsparzelle oder des Baurechts
  - Aufhebungsvertrag zwischen Baurechtsgeber und -nehmer
  - Folge des Heimfalls ist der Untergang aller zu Gunsten und zu Lasten des Baurechts begründeter Rechte (weshalb es sich empfiehlt, Dienstbarkeiten sowohl auf dem Baurecht als auch auf der Liegenschaft zu errichten)
  - Löschung hat rein deklaratorischen Charakter
  - Verlängerung ist nach Ablauf nicht mehr möglich

3. Beendigung

- **Vorzeitiger Heimfall (Art. 779f bis h ZGB)**
  - Schwere Pflichtverletzung durch den Baurechtsnehmer
  - Gilt für SDR Baurechte und Baurecht als nicht übertragbare Personaldienstbarkeit
  - Das Baurecht wird durch die Übertragung zur Eigentümerdienstbarkeit
  - Strittig bei Baurechten in Form einer Grunddienstbarkeit (bejahend BSK ZGB II-ISLER/GROSS, Art. 779f N 3; ebenso bejahend SIMONIUS/SUTTER, S. 141 RN 45 ff. *«… wird man dem Eigentümer in extremen Fällen mit einer analogen Anwendung des Heimfallrechts auf die unselbständigen Baurechte zu Hilfe kommen, wobei dann allerdings die Folge nicht eine Eigentümerdienstbarkeit, sondern eine Konsolidation mit dem Eigentum wäre.»*)
  - Die Baurechtseintragungen (Dienstbarkeiten, Pfandrechte etc.) bleiben unberührt
  - Der Vorgang ist zwingend durch die Steuerverwaltung zu visieren im Hinblick auf eine allfällig geschuldete Handänderungssteuer

4. Übertragung

- **Baurecht als Personaldienstbarkeit (SDR mit eigenem Grundbuchblatt)**
  - Übertragung erfolgt nach den Regeln des Grundeigentums, öffentliche Beurkundung
  - Grundsätzlich absolutes Eintragungsprinzip (Art. 656 Abs. 1 ZGB)
  - Ausnahme: Relatives Eintragungsprinzip im Falle Erbgang, gerichtliches Urteil, Enteignung etc. (Art. 656 Abs. 2 ZGB)

- **Baurecht als Personaldienstbarkeit (SDR ohne eigenes Grundbuchblatt)**
  - Strittig, ob öffentliche Beurkundung oder einfache Schriftlichkeit
    - Übertragung nach den Regeln des Immobiliarsachenrechts, somit öffentliche Beurkundung (BSK ZGB II-ISLER/GROSS, Art. 779 N 26d)
    - BGE 135 III 103 ff., 111 E. 4.5: *«Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, richtet sich die Übertragung eines selbständigen und dauernden Baurechts nach sachenrechtlichen Grundsätzen und die Bestimmungen über die Zession finden keine Anwendung.»*

4. Übertragung

- Bejahend zur Zession: Analoge Anwendung der Regeln des Abtretungsrechts (Art. 165 OR), schriftliche Erklärung der Bauberechtigten (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, N 1386); Übertragung mittels Zession mit schriftlicher Abtretungserklärung (SIMONIUS/SUTTER, S. 143 N 51 f.); PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Bd. III 2012, N 2527; Keine Ausdehnung des Formzwangs, da es der Gesetzgeber bisher nicht für nötig erachtet hat, die Übertragung von selbständigen Baurechten der öffentlichen Beurkundung zu unterstellen, es sich – anders als bei Baurechten mit eigenem Grundbuchblatt – nicht um Grundstücke handle und es zudem bei der Übertragung lediglich darum gehe, die Berechtigung zu übertragen (vgl. WENGER/BLUM, ZBGR 97 (2016), S. 153 ff.)

→ Wird eine Zession ohne öffentliche Beurkundung zugelassen – wie im Kanton Basel-Stadt – so erfolgt der Eigentumserwerb aussergrundbuchlich. Wird der Eigentumsübergang dem Grundbuch nicht zur Eintragung angemeldet, kann dieses seine Publizitätsfunktion nicht erfüllen.

4. Übertragung

- **Baurecht als Grunddienstbarkeit**
  - Übertragung nur durch Veräusserung des berechtigten Grundstückes
  - Übergang ohne weiteres auf den neuen Eigentümer (als Nebenrecht im Sinne von Art. 170 OR)

5. Verlängerung und Ausdehnung

- **Verlängerung**
  - Eine Verlängerung wirkt nicht rangbegründend (keine Zustimmungen und Rücktritte erforderlich), damit geht eine Schlechterstellung anderer beschränkt dinglich Berechtigter einher
  - Einfachere Darstellung im Grundbuch
  - Keine analoge Anwendung auf andere verlängerbare Rechte wie vorgemerkte Mietverhältnisse und Nutzungsrechte (h. L., vgl. Art. 779l Abs. 2 ZGB)
  - Für die maximale Verlängerungsdauer müssen die Summe der Restdauer, die Verlängerungsdauer und allfällige unechte und echte (=sämtliche wesentliche Vertragspunkte bereits festgelegt, kommen in der Praxis kaum vor) Verlängerungsoptionen berücksichtigt werden (abweichende Lehrmeinung SPYCHER, Dienstbarkeiten im Wandel – von „Weg und Steg“ zum Energie-Contracting, S. 126, der die Meinung vertritt, dass die Verlängerungsoptionen keine dingliche Wirkung habe.)
  - Optionen sollten als «weitere vertragliche Bestimmungen» vorgemerkt werden, da sie andernfalls für Rechtsnachfolger nicht verbindlich sind.

5. Verlängerung und Ausdehnung

- **Beispiel Berechnung der Maximaldauer**

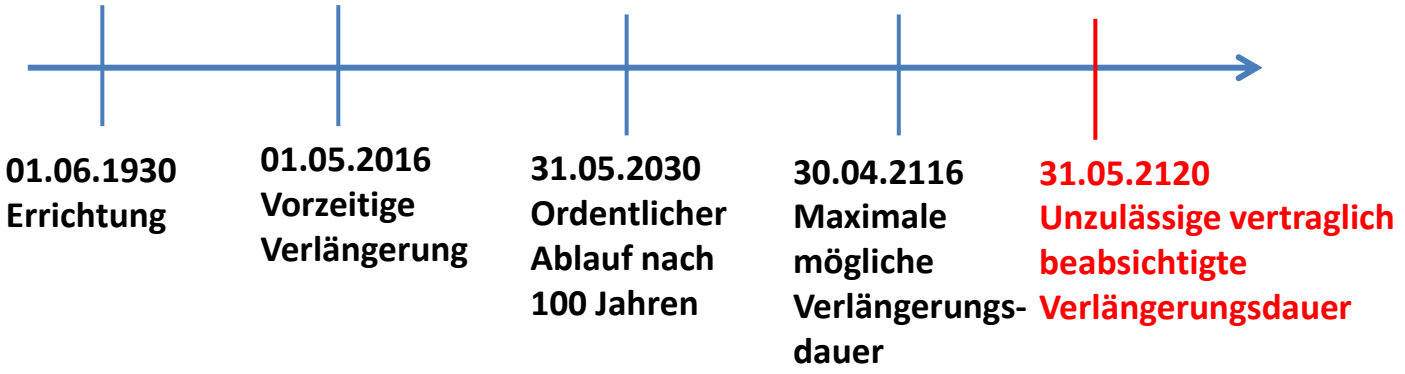
  Ein Baurecht wurde am 01.06.1930 für 100 Jahren errichtet. Am 01.05.2016 wird das Baurecht für 60 Jahre, zuzüglich einer (echten) Verlängerungsoption von 30 Jahre verlängert. Ist dies möglich?

  14 Jahre 1 Monat (Restdauer)

  + 60 Jahre + 30 Jahre (Verlängerungsdauer + Verlängerungsoption)

  Total = 104 Jahre 1 Monat, folglich 4 Jahre 1 Monat zu lang

  → Das Baurecht kann max. bis am 30.04.2116 verlängert werden. Die Verlängerungsdauer (inkl. Option) kann max. 85 Jahre und 11 Monate sein.



5. Verlängerung und Ausdehnung

- **Ausdehnung**
  - Jegliche flächenmässige Ausdehnung eines Baurechts ist rangbegründend (die alte Praxis im Kanton Basel-Stadt war in diesem Punkt uneinheitlich, da bei «geringfügigen Ausdehnungen» keine Rangbegründung angenommen wurde, ohne jedoch die «Geringfügigkeit» klar zu definieren)
  - Rangrücktritte/Zustimmungen erforderlich (auf LIG)
  - Stossend ist die Ungleichbehandlung zwischen zeitlicher und örtlicher Ausdehnung

6. Vormerkungen

- **Vormerkung Baurechtszins, Vorkaufsrecht und weitere vertragliche Bestimmungen (1)**
  - Kein Numerus Clausus wie unter dem alten Recht
  - Realobligatorische Wirkung
  - Vormerkung «Abänderung Vorkaufsrecht» und «Aufhebung Vorkaufsrecht» jeweils zu Gunsten/zu Lasten des Baurechtsgebers/Baurechtsnehmers (Art. 681b Abs. 1 ZGB)
  - Vormerkung «Baurechtszins» (Art. 779a Abs. 2 ZGB)
  - «Weitere vertragliche Bestimmungen des Baurechtsvertrages (…)» (Art. 779b Abs. 2 ZGB), z.B. Heimfallentschädigung, Schiedsgerichtsbarkeit, Verfügungsbeschränkung etc.
  - Generalklausel «Weitere vertragliche Bestimmungen des Baurechtvertrages» als Auffangtatbestand ist empfehlenswert, da ansonsten nicht ausdrücklich vorgemerkte Vertragsbestimmungen für Rechtsnachfolger nicht verbindlich sind.

6. Vormerkungen

- **Vormerkung Baurechtszins, Vorkaufsrecht und weitere vertragliche Bestimmungen (2)**
  - Meist Eintragung als Last auf der BRP und als Recht auf der LIG, jedoch auch umgekehrter Fall möglich (z.B. Änderung Vorkaufsrecht Baurechtsnehmer)
  - «Weitere vertragliche Bestimmungen (Schiedsgerichtsbarkeit)» wird als Last/Last auf der BRP und LIG eingetragen
  - Keine Vormerkungen von dinglichen Bestandteilen (z. B. Inhalt und Umfang des Baurechts)
  - Zulässig wäre eine Generalklausel i. S. v. «Weitere vertragliche Bestimmungen des Baurechtsvertrages (alle nicht dinglichen Bestandteile)», jedoch problematisch im Falle einer Teillöschung
  - Werden neben den Vormerkungslasten noch weitere Lasten auf LIG oder BRP eingetragen, insbesondere Dienstbarkeiten, ist das Rangverhältnis zu erklären

6. Vormerkungen

- **Problematik der Vormerkung «Weitere vertragliche Bestimmungen (Verfügungs-beschränkung)»**
  - Bedürfnis einer Verfügungsbeschränkung unter altem Recht, da zahlreiche Schutzmechanismen bis zur Baurechtsrevision 1963 für den Baurechtsgeber fehlten (gesetzliches Vorkaufsrecht des Baurechtsgebers, vorzeitiger Heimfall, Errichtung Baurechtszinsenpfandrecht)
  - Problematisch ist die Möglichkeit, die «Zustimmung aus wichtigem Grund» verweigern zu können, denn dadurch ist das Baurecht nicht mehr selbständig und übertragbar (jedoch nur Mindermeinung)

6. Vormerkungen

- Übersicht von Lehre und Rechtsprechung:
  - BGE 72 I 233 ff., 237 E. 2: *«Eine dingliche Veräusserungsbeschränkung mit der Massgabe, dass die Genehmigung nicht nach Gutfinden, sondern nur aus bestimmt umschriebenen oder wichtigen Gründen verweigert werden darf bzw. unter bestimmten Bedingungen erteilt werden muss, und mit der Möglichkeit der Anrufung einer bestimmten Entscheidungsinstanz im Falle der Verweigerung, müsste als mit der Selbständigkeit des Rechts vereinbar zugelassen werden.»*
  - Für eine Vormerkung gemäss Art. 779b Abs. 2 ZGB kommen nur Genehmigungsvorbehalte in Betracht, die auch nach altem Recht zulässig waren (WENGER/BLUM, ZBGR 2016 (97), S. 153 ff.), namentlich die Weigerung des Erwerbers, bestehende Rechte und Pflichten aus dem Baurechtsvertrag zu übernehmen, mangelnde Kreditfähigkeit des Erwerbers etc.

6. Vormerkungen

- Vormerkung der Verfügungsbeschränkung hat rein obligatorischen Charakter, vgl. BGE 135 III 103 ff., 110 E. 4.4: *«Rechtsgeschäftliche Vereinbarungen beschränken das Verfügungsrecht nur in gesetzlich vorgesehenen Fällen, was aus dem Grundbuch durch eine Vormerkung erkennbar und damit vom Grundbuchbeamten überprüfbar sein muss (Art. 960 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)», «Die […] Zustimmung eines Grundeigentümers zur Übertragung eines Baurechts gehört nach geltendem Recht nicht dazu»*, (unter offenlassen der Auswirkungen der Sachenrechtsrevision 2012)
- Vormerkungen einer Vereinbarung über die Übertragbarkeit beschränken auch das Verfügungsrecht des Baurechtsnehmers gem. Art. 965 ZGB (BSK ZGB II-ISLER/GROS, Art. 779 N 26b)

6. Vormerkungen

- **Warum eine substantiierte Vormerkung der einzelnen Tatbestände bei den «weiteren vertraglichen Bestimmungen des Baurechtsvertrags» sinnvoll ist**
  - Bei einer Mehrzahl von Vormerkungen sind Teillöschungen dieser Sonderpunkte unproblematisch (Löschung in einfacher Schriftform möglich)
  - Besteht nur eine einzige Vormerkung für alle «weiteren vertraglichen Bestimmungen», so ist keine Teillöschung möglich, sondern es ist eine Löschung der bestehenden Vormerkung und Neueintragung der Vormerkung (in öffentlicher Urkunde und mit neuem rangbegründendem Datum) mit den verbleibenden vertraglichen Bestimmungen erforderlich. Allfällige per Errichtungsdatum jüngere Schuldbriefe auf der berechtigten Parzelle müssen der Löschung zustimmen
  - Änderung der Vormerkung(en) «weitere vertragliche Bestimmungen des Baurechtsvertrags»
    - generiert bei Mehrbelastung einen neues rangbegründendes Datum (Rangverhältnis zu zwischenzeitlich neu eingetragenen Lasten beachten)
    - Formvorschrift: öffentliche Urkunde, Mitwirkung sämtlicher Parteien, ggf. Zustimmung allfälliger von Grundpfandgläubigern und weiteren Berechtigen, die seit dem ursprünglichen Eintrag auf der berechtigten Parzelle eingetragen worden sind

7. Gegenstand des Baurechts

- **Voraussetzungen (1)**

Art. 675 ZGB

[1] Bauwerke und andere Vorrichtungen, die auf fremdem Boden eingegraben, aufgemauert oder sonstwie dauernd auf oder unter der Bodenfläche mit dem Grundstücke verbunden sind, können einen besonderen Eigentümer haben, wenn ihr Bestand als Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen ist.

[2] Die Bestellung eines Baurechtes an einzelnen Stockwerken eines Gebäudes ist ausgeschlossen.

Daraus wird abgeleitet, dass folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen:

1. Bauliche Unabhängigkeit und funktionelle Selbständigkeit
2. Direkte Verbindung mit dem Boden
3. Keine Fahrnisbaute
4. Keine Verletzung des Bestandteilsprinzips

7. Gegenstand des Baurechts

- **Voraussetzungen (1)**
  - Bauliche Unabhängigkeit und funktionelle Selbständigkeit
    - «Doppelgaragenfall» BGE 111 II 134 ff., 139 E. 3: *«[…] dass die Begründung eines Baurechts ein bestimmtes Mass an baulicher und funktioneller Eigenständigkeit des Bauwerks voraussetzt; Bestand und Gebrauch dürfen nicht von einer anderen Baute und deren Eigentümer in dem Sinne abhängig sein, dass der Abbruch des Bauwerks notwendigerweise den Einsturz des Nachbarobjektes zur Folge hätte bzw. ohne Einwilligung des Nachbarn nicht durchgeführt werden könnte… offengelassen, ob eine Ausnahme zugelassen werden könnte, wenn das fragliche Stockwerk einen selbständigen, von den gemeinschaftlichen Teilen des Gebäudes getrennten Zugang hat.».*

7. Gegenstand des Baurechts

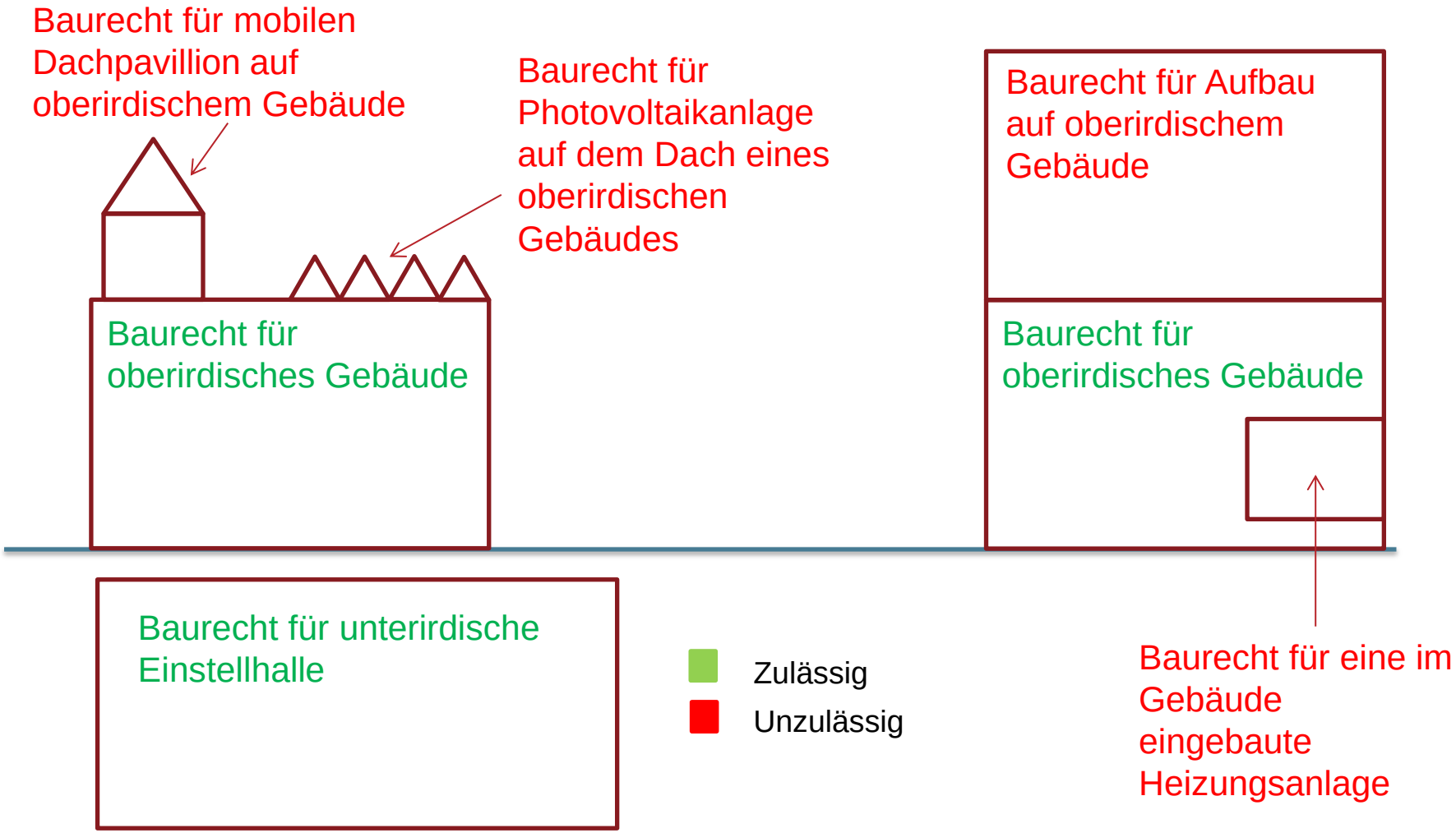
- **Voraussetzungen (2)**
  - Bauliche Unabhängigkeit und funktionelle Selbständigkeit (Forts.)
    - Urteil ZK 14/463 des Obergerichts des Kantons Bern vom 19.11.2014 (Begründung Gesamtbaurecht zu Gunsten ASTRA), E. 6: «*Im Doppelgaragenfall (BGE 111 II 134 ff.) hat das Bundesgericht entschieden, dass Art. 675 Abs. 2 ZGB - entgegen seinem Wortlaut - nicht nur für "einzelne Stockwerke", sondern auch für andere Gebäude-Bestandteile gelte. Es hat sodann ausgeführt, die Einräumung eines Baurechts an der einen Hälfte sei rechtlich unmöglich, wenn die beiden Hälften baulich und funktionell eine Einheit bilden würden.*»
    - Urteil ZK 14/463 des Obergerichts des Kantons Bern vom 19.11.2014 (Begründung Gesamtbaurecht zu Gunsten ASTRA), E. 13: *«Nach Ansicht der Kammer ist dieser Gesichtspunkt jedoch sehr wohl von Bedeutung. Die bundesgerichtliche Auslegung von Art. 675 Abs. 2 ZGB hat gezeigt, was ratio legis dieser Bestimmung ist: Das Verbot der Bestellung eines Baurechts soll zwar nicht auf den Wortlaut der Norm ("einzelne Stockwerke") beschränkt bleiben, sondern generell für Gebäudebestandteile gelten. Sein Zweck besteht aber darin, zu verhindern, dass Zuständigkeiten an einem Bauwerk auseinanderfallen, mit der möglichen Konsequenz einer Beeinträchtigung des ganzen Bauwerks.»*

7. Gegenstand des Baurechts

- **Voraussetzungen(3)**
  - Direkte Verbindung mit dem Boden (auf/unter Bodenfläche), da Durchbrechung des für die Baute geltenden Akzessionsprinzips, siehe Wortlaut des Art 675 Abs. 1 ZGB
  - Keine Fahrnisbauten möglich, da diese nicht fest mit dem Boden verbunden sind und nicht dem Akzessionsprinzip unterstehen (Art. 677 Abs. 1 ZGB), a. M. LIVER, ZBGR 54 (1973), S. 219 m. w. H.
  - Keine Verletzung des Bestandteilsprinzips (Art. 642 Abs. 1 ZGB) durch die Begründung eines Baurechts, etwa bei Heizungsanlagen oder Dachbestandteilen (vgl. JÜRG SCHMID, Ausgewählte Fragen zum Baurecht, Unterbaurecht und zum Überbaurecht, Festschrift 50 Jahre Verband Schweizerischer Grundbuchverwalter, 1998).

7. Gegenstand des Baurechts

- **Zulässigkeit mehrerer (ober- und unterirdischer) Baurechte auf derselben Liegenschaft**
  Es ist zu unterscheiden, ob an einer unterirdischen Einstellhalle, welche ohne Beschädigung der sich darüber befindenden Baute abgerissen werden könnte und umgekehrt, und die einen eigenen Zugang sowie eigene Strom- und Heizungsleitungen besitzt – also eine bauliche und funktionelle Selbständigkeit aufweist – und direkt mit dem Boden verbunden ist, ein Baurecht errichtet wird, oder über einer überirdischen Baute ein «Anbau» im Baurecht errichtet wird (vgl. SCHMID, ZBRG 79 (1998), S. 294 ff.). Während zweites aufgrund von Art. 675 Abs. 2 ZGB - insbesondere als Folge des Fehlens der baulichen und funktionellen Selbständigkeit - ausgeschlossen ist, sollte eine Einstellhalle unter den geschilderten Umständen im Baurecht möglich sein. Sowohl der Wortlaut von Art. 675 Abs. 1 als auch von Art. 779 Abs. 1 ZGB lassen Raum für eine Beschränkung des Akzessionsprinzips auf die Bodenoberfläche oder - unterfläche zu. Aufgrund der Durchbrechung des Akzessionsprinzips können zwar keine mit dem Boden verknüpfte Eigentumsrechte abgeleitet werden (vgl. SCHMID, ZBRG 79 (1998), S. 296) es ist aber fraglich, ob ein Dritter daran Eigentum im Baurecht erwerben kann.


Baurecht für mobilen Dachpavillion auf oberirdischem Gebäude
Baurecht für Photovoltaikanlage auf dem Dach eines oberirdischen Gebäudes
Baurecht für Aufbau auf oberirdischem Gebäude
Baurecht für oberirdisches Gebäude
Baurecht für oberirdisches Gebäude
Baurecht für unterirdische Einstellhalle
Zulässig
Unzulässig
Baurecht für eine im Gebäude eingebaute Heizungsanlage

7. Gegenstand des Baurechts

- **Lehrmeinungen zu Einzelaspekten**
  - Fahrnisbaute: LIVER, ZBGR 1973, S. 204 ff., 219 f.: Die Erstellung von Pavillonbauten im Baurecht auf der Perronplatte des Bahnhofs Bern sei möglich, da Inhalt eines Baurechtes auch die Befugnis sein könne, auf fremdem Boden eine Fahrnisbaute zu erstellen, die dem Akzessionsprinzip nicht unterstehe. Dem entgegnet SCHMID, dass eine Fahrnisbaute von Gesetzes wegen dem Akzessionsprinzip nicht unterstehe und diese deshalb auch ohne Begründung eines Baurechts einen besonderen Eigentümer haben könne(vgl. SCHMID, ZBRG 79 (1998), S. 293 FN 16; SIMONIUS/SUTTER, S. 125 RN 1)
  - Begründung eines Baurechts an einer Fernheizungsanlage kann nicht zulässig sein, da die Fernheizungsanlage regelmässig keine direkte Verbindung zum Boden und keine funktionale Selbständigkeit aufweist (vgl. SCHMID, ZBGR 79 (1998), S. 295)

7. Gegenstand des Baurechts

- **Spezialfall: Fotovoltaikanlagen**
  - Neuer Art. 18a RPG (Raumplanungsgesetz; SR 700) «Solaranlagen», in Kraft seit 1. Mai 2014 und Art. 32a Abs. 1 RPV (Raumplanungsverordnung; SR 700.1) «Bewilligungsfreie Solaranlagen»
  - In der Lehre herrscht Unstimmigkeit, ob eine Fotovoltaikanlage als Baurecht an einem Grundstück im Grundbuch eingetragen werden kann.
    - BGE 98 II 199 ff., 202 E. 3: *«Darin liegt keine Begründung eines Baurechts im Sinne der Art. 779 ff. ZGB; denn ein solches kann nach Art. 675 ZGB nur für Dauerbauten begründet werden, die ohne Baurecht gemäss dem Akzessionsprinzip sonst ins Eigentum des Bodeneigentümers übergingen. Die Ansicht* LEEMANNS *(Art. 679 ZGB N 9), auch eine Fahrnisbaute könne nach dieser Bestimmung Gegenstand eines nicht dauernden Baurechts sein, ist daher abzulehnen. Dagegen ist es ohne weiteres möglich, einer Person das dingliche Recht auf Errichtung einer Fahrnisbaute auf fremdem Grund und Boden einzuräumen und dieses Recht als irreguläre Personaldienstbarkeit im Sinne des Art. 781 ZGB im Grundbuch einzutragen.»*

7. Gegenstand des Baurechts

- **Lehre und Praxis des Kantons Bern**
  - Weisung betreffend dingliche Sicherung von Solarstromanlagen (z. B. auf Hausdächern) durch Begründung von SDR vom 4. Februar 2014:
    - Anlage darf keine Fahrnisbaute sein
    - Bauliche und wirtschaftlich-funktionale Eigenständigkeit
    - Unabhängigkeit vom übrigen Gebäude (insbesondere keine Indachmontage, da diese Teil des Gebäudes ist)
    - Entfernung ohne Zerstörung des übrigen Gebäudes
    - Vereinbarung zwischen den Parteien bezüglich Risiko einer Schädigung der Baute bei einer Entfernung

7. Gegenstand des Baurechts

- **Praxis Kanton Basel-Stadt**
  - Bauliche und funktionelle Selbständigkeit sind nicht gegeben.
  - Das Vorgehen des Kantons Bern ist nach Meinung des Grundbuchs Basel-Stadt unzulässig aufgrund der Verletzung des Akzessions- und des Bestandteilprinzips und der fehlenden baulichen und funktionellen Selbständigkeit.
  - Eintragung von Fotovoltaikanlagen als SDR (selbständiges und dauerndes Recht) «andere Dienstbarkeiten» gemäss Art. 781 ZGB
    - Als Fläche wird die ganze Liegenschaftsparzelle definiert
    - Die Parzellennummer wird in Klammern dargestellt (analog Baurechte)
  - Die Anlage selbst ist nicht Haftungssubstrat (im Unterschied zum Baurecht)

7. Gegenstand des Baurechts

- **Motion «Dienstbarkeit für Solaranlagen» vom 27.11.2014**

  «Der Bundesrat wird beauftragt, eine Vorlage zu erarbeiten, welche im Sachenrecht eine neue Dienstbarkeit für Solaranlagen vorsieht. Dies mit dem Ziel, im Sinne der Energiewende die erforderliche Verbreitung der Solarenergie durch die nötigen rechtlichen Instrumente zu ermöglichen.»

- **Stellungnahme des Bundesrates/Antrag zur Ablehnung vom 18.02.2015**
  - Ablehnung Änderung bestehender rechtlicher Grundlagen, da bereits für alternative Energien – wie Solaranlagen – rechtliche Hürden abgebaut wurden, wobei sachenrechtliche Hindernisse keine Priorität hatten
  - Sachenrechtliche Fragen betreffen nicht nur Solaranlagen, sondern allgemein technische Anlagen/Gebäude
  - Empfehlung bspw. durch Mustersammlungen die Errichtung von Dienstbarkeiten zu erleichtern
  - Geltendes Recht sieht bereits genügend Drittfinanzierungsmöglichkeiten für Solaranlagen vor

→ Vorstoss zurückgezogen am 27.09.2016

8. Bewilligungen, Gebühren und Steuern

- **Zu beachtende Bewilligungen/Zustimmungen**
  - «Lex Koller» (Erwerb, Art. 4 Abs. 1 lit. a BewG)
  - Amt für Umwelt und Energie (Begründung und Veräusserung/Übertragung eines selbständigen oder unselbständigen Baurechts). Problematisch ist die Zession, da lediglich deklaratorischer Grundbucheintrag
  - Art. 169 ZGB, Familienwohnung (Zustimmung Ehegatte zur Begründung und Veräusserung)
  - BGBB (Bewilligung einer Ausnahme vom Realteilungs- und Zerstückelungsverbot, wenn auf dem abzutrennenden Teil ein Baurecht z. G. des Pächters errichtet werden soll)
  - Handänderungssteuer-Visum (§ 3. Abs. 3 lit a) Handänderungssteuergesetz Basel-Stadt)
  - Gegebenenfalls Zustimmung von Regierungsrat/Grosser Rat/etc. bei Baurechtsgeschäften des Kantons Basel-Stadt und der Einwohnergemeinde der Stadt Basel (siehe Kompetenzregelung gemäss RRB vom 13. August 2013, in Kraft seit 1. September 2013)

8. Bewilligungen, Gebühren und Steuern

- **Grundbuchgebühren**
  - Sämtliche Baurechte: 0.25 ‰ vom Landwert, 1‰ vom Gebäudewert (vgl. § 51. Ziff. 4 lit. a) VOEGZGB «Selbständige und dauernde Rechte sowie unselbständige Baurechte»)
  - Überbaurecht: CHF 100.– (korrekterweise müsste die Gebühr gemäss § 51. Ziff. 4 lit. a) VOEGZGB erhoben werden)
  - Gebühr Amtliche Vermessung: Errichtung SDR mit eigenem Grundbuchblatt auf ganzer Liegenschaft: CHF 528.--
  - Errichtung «Andere Dienstbarkeiten»: CHF 100.--
  - Übertragung eines Baurechts: 1 ‰ des Übertragungswerts (mindestens Steuerwert)
  - Baurechtsänderung: CHF 100.-- zuzüglich allfällige Änderungen der zugehörigen Vormerkungen, Pfandrechte etc.
  - Löschung: Grundsätzlich kostenlos, evtl. Gebühr für den Arbeitsaufwand
  - «Auslochungen»: 0.25 ‰ vom Landwert, Verzicht auf den Gebäudewert
  - Eröffnung Grundbuchblatt für SDR: CHF 100.--; Schliessung CHF 50.--

8. Bewilligungen, Gebühren und Steuern

- **Handänderungssteuerfreies Grundbuchgeschäft (Praxis Steuerverwaltung BS), das sich nicht klar aus dem Gesetzeswortlaut ergibt:**
  - Begründung eines Baurechts ohne Gebäude (d. h. lastend auf einer unbebauten Parzelle) oder mit einem sich im Bau befindenden Gebäude ist steuerfrei

§ 3. Steuerobjekt

[1] Besteuert wird der Erwerb eines Grundstückes.

[2] Als Erwerb eines Grundstückes gilt jeder Abschluss eines Vertrages, der den Erwerbern oder Erwerberinnen zusichert, ihnen Eigentumsrechte an einem Grundstück zu übertragen, sowie der Erwerb an einer freiwilligen oder amtlichen Gant.

[3] Dem Erwerb eines Grundstücks gleichgestellt ist

a) der Erwerb eines selbständigen und dauernden Baurechts, welches Grundeigentümer oder Grundeigentümerinnen zugunsten der Erwerber oder Erwerberinnen bestellen;
b) das Ausüben eines Kaufs- oder Rückkaufsrechts über ein Grundstück;
c) das Abtreten eines vorgemerkten Kaufs- oder Rückkaufsrechts über ein Grundstück;
d) der entgeltliche Verzicht auf ein vorgemerktes Kaufs- oder Rückkaufsrecht;
e) der Eintritt in die Rechte der ursprünglichen Erwerber oder Erwerberinnen aus einem steuerbaren Erwerbsgeschäft, auch wenn diese damals den Vertrag wahlweise für sich oder noch zu bestimmende Dritte abgeschlossen haben;
f) der Erwerb von Anteilsrechten an einer Immobiliengesellschaft.

Der betreffende Errichtungsakt des Baurechts muss für die Eintragung im Grundbuch dennoch das Visum der Steuerverwaltung aufweisen.

Haben Sie noch Fragen?

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit