Entscheidbesprechungen
Discussions d'arrêts actuels

2. Privatrecht/Droit privé

2.6. Sachenrecht – allgemein/Droits réels – en général

2.6.4. Grundbuch/Registre foncier

BGer 5A_341/2019: Teilung eines selbständigen und dauernden Baurechts

Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_341/2019 vom 19. Oktober 2020 (zur Publikation vorgesehen), Ortsbürgergemeinde U., A. AG und B. AG *gegen* Grundbuchamt V.; Grundbucheintragung.

Stephan Wolf*

I. Wesentlicher Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die Ortsbürgergemeinde U. ist Eigentümerin des Grundstücks X. Sie errichtete daran vier selbständige und dauernde Baurechte, die als Grundstücke in das Grundbuch aufgenommen wurden. Baurechtsberechtigte sind die A. AG, die B. AG, die C. AG und die D. AG. Das selbständige und dauernde Baurecht der A. AG hat eine Laufzeit bis 16. Mai 2038 (A.a.).

Die A. AG verfügte über mehr Fläche, als sie tatsächlich benutzte. Hingegen hatte die B. AG zusätzlichen Platzbedarf. Die beiden Baurechtsnehmerinnen und die Ortsbürgergemeinde einigten sich darauf, in Abänderung der seinerzeitigen Dienstbarkeitsverträge die Fläche der Baurechtsparzelle der A. AG zu verkleinern, aus der frei werdenden Fläche eine neue Baurechtsparzelle zu machen und diese der B. AG zuzuweisen. Das Rechtsgeschäft wurde am 28. November 2017 öffentlich beurkundet (A.b.).

Am 14. Dezember 2017 meldete die Urkundsperson das Rechtsgeschäft zur Eintragung beim Grundbuchamt V., welches die Anmeldung am 19. Dezember 2017 abwies. Das Grundbuchamt begründete seinen Entscheid hauptsächlich damit, selbständige und dauernde Baurechte könnten nicht geteilt werden. Zusätzlich sei unter anderem festzustellen, dass das neue Baurecht bis am 16. Mai 2038 gelten solle, weshalb es weniger als 30 Jahre dauere und folglich die Blattanlage und Pfanderrichtung nicht möglich seien (A.c.).

Die Ortsbürgergemeinde U., die A. AG und die B. AG erhoben gegen die Grundbuchanweisung Beschwerde an das Departement Volkswirtschaft und Inneres (DVI) des Kantons Aargau, welches das Rechtsmittel am 31. Mai 2018 abwies (B.). Daraufhin wandten sich die drei Vertragsparteien an das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, welches deren Beschwerde mit Entscheid vom 27. März 2019 ebenfalls abwies (C.).

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 26. April 2019 gelangten die Ortsbürgergemeinde U., die A. AG und die B. AG an das Bundesgericht. Sie beantragten, den Entscheid des Verwaltungsgerichts aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen; eventualiter sei das Grundbuchamt V. anzuweisen, die öffentliche Urkunde bzw. die Mutation im Grundbuch einzutragen (D.).

II. Wesentliche Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht nimmt vorab Bezug auf den «Kern» der Erwägungen des Verwaltungsgerichts, wonach die Aufteilung eines Baurechtsgrundstücks zur *Errichtung eines weiteren selbständigen und dauernden Rechts* führe und die Aufnahme einer neuen Baurechtsparzelle ins Grundbuch voraussetzen würde, dass die Vertragsparteien für diese eine *Mindestdauer von 30 Jahren* vorsähen. Weil die neu zu errichtende Baurechtsparzelle diese Voraussetzungen nicht erfülle, sei die vereinbarte Aufteilung des Baurechtsgrundstücks nicht eintragungsfähig (E. 2.1).

Die Beschwerdeführerinnen stützten ihre Beschwerdebegründung im Wesentlichen auf Ziff. 3.7 des Handbuchs für den Verkehr mit den Grundbuchämtern und die Grundbuchführung der Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern. Danach können selbständige und dauernde Rechte – insbesondere selbständige und dauernde Baurechte – nicht im eigentlichen Sinn «parzelliert» werden. Demgegenüber lasse sich die *Aufteilung eines selbständigen und dauernden Rechts* – namentlich die flächenmässige Aufteilung eines selbständigen und dauernden Baurechts – im Rahmen einer formgültigen *Abänderung des bisherigen Dienstbarkeitsvertrags* vornehmen. Dies bedürfe im Einzelnen einer entsprechenden Messurkunde mit Situationsplan zur Planänderung und eines öffentlich beurkundeten Vertrags, an dem mindestens die baurechtsbelastete und die baurechtsberechtigte Partei mitwirken. Weiter seien die Einschreibungen auf dem abzuändernden bzw. aufzuteilenden Grundstück wie bei der Aufteilung von Liegenschaften einzeln zu bereinigen. Eine solche «reine» Aufteilung sei als *rangbewahrende Abänderung* zu verstehen; damit liege keine Neubegründung eines selbständigen und dauernden (Bau-)Rechts vor (E. 2.2). Das Bundesamt für Justiz meint dazu, die Ausführungen in Ziff. 3.7 des Handbuchs seien knapp und wenig aufschlussreich (E. 2.3).

* Stephan Wolf, Prof. Dr. iur., Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern.

Auf Anfrage des Bundesgerichts habe die Geschäftsleitung der Grundbuchämter des Kantons Bern zu Ziff. 3.7 des Handbuchs ausgeführt, dass die flächenmässige Aufteilung einer selbständigen und dauernden Baurechtsdienstbarkeit – neben der Beibehaltung des flächenmässig verkleinerten bisherigen Baurechts – zur *Begründung mindestens eines zusätzlichen Baurechts* und damit in der Regel zur Eröffnung eines neuen Hauptbuchblattes führe und dass das *Erfordernis der Mindestdauer von 30 Jahren* für das im Umfang der ausgeschiedenen Fläche neu eröffnete Hauptbuchblatt *nicht erfüllt sein müsse*, weil nach bernischer Praxis *keine Neubegründung* vorliege; diese Bestimmungen gälten aber nur im Fall einer rangbewahrenden Abänderung der Dienstbarkeit, d.h. ausschliesslich dann, wenn der Inhalt der Dienstbarkeit mit Ausnahme der flächenmässigen Aufteilung unverändert bleibe (E. 2.4).

Das Bundesgericht geht anschliessend auf die Grundstücke als Gegenstand des Grundeigentums (Art. 655 Abs. 1 und 2 ZGB) ein (E. 3.1). Es weist auf die durch Art. 655 Abs. 3 und Art. 943 ZGB sowie Art. 22 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 GBV[1] vorgesehene Möglichkeit der Aufnahme eines selbständigen und dauernden Rechts als Dienstbarkeit in das Grundbuch hin (E. 3.2). Weiter hält das höchste Gericht fest, durch Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB stelle der Gesetzgeber die selbständigen und dauernden Rechte bewusst den unbeweglichen Sachen gleich, obwohl sie offensichtlich die Sachqualität nicht erfüllten und folglich nicht Objekte des Eigentums seien (E. 3.4). Der Gesetzgeber bediene sich insofern einer gesetzlichen Fiktion: *Die selbständigen und dauernden Rechte würden als Grundstücke fingiert* und sollten so betrachtet werden, wie wenn sie Grundstücke im eigentlichen Sinne wären (E. 3.5, m.H.).

Auch nach Rechtsprechung und Lehre *sei das selbständige und dauernde Baurecht mit Bezug auf den Rechtsverkehr den Grundstücken im eigentlichen Sinn gleichzustellen*. Dementsprechend könne es rechtsgeschäftlich übertragen und mit Grund- oder Personaldienstbarkeiten sowie mit Grundpfandrechten belastet werden. Weiter möglich seien auch Vormerkungen im Sinne von Art. 959 ff. ZGB. Zudem könne ein im Grundbuch aufgenommenes selbständiges und dauerndes Baurecht als Stammgrundstück für die Begründung von Stockwerkeigentum dienen (Art. 712d Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). Bezüglich der auf dem Baurechtsgrundstück errichteten Bauten habe der Baurechtsberechtigte die Rechte und Pflichten eines Eigentümers (E. 3.6).

Danach führt das Bundesgericht relativierend aus, bei alledem sei den Besonderheiten des Charakters des Baurechts als Dienstbarkeit Rechnung zu tragen. In seiner Rechtsprechung habe es die *Gleichstellung des selbständigen und dauernden Baurechts mit Grundstücken im eigentlichen Sinn dort abgelehnt, wo es auf die Körperlichkeit des Gegenstandes ankommt*. In diesem Sinne sei entschieden worden, ein selbständiges und dauerndes Baurecht könne nicht derelinquiert werden, weil die Aneignung und Dereliktion nur an körperlichen Sachen möglich sei (BGE 118 II 115 E. 2). Weiter sei dem Charakter des Baurechts als Dienstbarkeitsrecht entsprechend seine – vorzeitige – Löschung durch Verzicht des Baurechtsberechtigten nur mit Zustimmung der am Baurecht dinglich Berechtigten möglich (BGE 127 III 300 E. 5a/aa). Das Kriterium der Körperlichkeit sei auch beim Miteigentumsanteil massgebend: So könne ein Miteigentümer, der auf seinen Miteigentumsanteil – der gemäss Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB ebenfalls ein Grundstück darstelle – verzichten, d.h. sein Eigentum daran aufgeben wolle, diesen nicht derelinquieren; vielmehr wachse der von einem Miteigentümer derelinquierte Teil den verbleibenden Miteigentümern an (BGE 129 III 216 E. 3.2) (E. 3.7).

Das Bundesamt für Justiz vertritt in seiner Stellungnahme «die Auffassung, Dienstbarkeiten seien Rechte und als solche nicht teilbar. Sowohl der Dienstbarkeitscharakter als auch die fehlende Körperlichkeit stünden der Teilbarkeit eines Baurechtsgrundstücks entgegen» (E. 4.1).

Nach dem höchsten Gericht hat das selbständige und dauernde Baurecht auf jeden Fall wie eine Liegenschaft eine *räumliche Ausdehnung*, welche sich in Quadratmetern erfassen lasse. Damit sei a priori nicht ersichtlich, inwiefern die fehlende Körperlichkeit eine Teilung des selbständigen und dauernden Baurechts ausschliessen sollte (E. 4.3).

Hinsichtlich der *für das selbständige und dauernde Baurecht vorgeschriebenen Mindestdauer von 30 Jahren* hielten die Beschwerdeführerinnen dafür, diese könne im konkreten Fall kein massgebliches Kriterium sein, denn inhaltlich gehe es nicht um die Begründung einer neuen, sondern nur um eine *Änderung einer bestehenden Dienstbarkeit* (E. 5.1).

Das Bundesgericht hält allgemein fest, dass nach der gesetzlichen Ausgangslage *die Parteien eines Dienstbarkeitsvertrags diesen und damit auch das Recht als solches ändern können*. Es verweist dabei auf die für eine solche Änderung vorgesehene grundbuchliche Vorgehensweise (E. 5.4). Was unter einer Änderung einer Dienstbarkeit zu verstehen sei, definierten allerdings weder das Gesetz noch die Grundbuchverordnung (E. 5.5) und auch die Doktrin befasse sich nur kursorisch mit der Frage (E. 5.6). In casu beabsichtigten die Beschwerdeführerinnen die flächenmässige Aufteilung einer bestehenden Baurechtsdienstbarkeit, die sich auf gleich- und nachrangige Rechte nicht auswirkt.

[1] Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (GBV; SR 211.432.1).

Abgesehen von der flächenmässigen Aufteilung bleibe der Inhalt der Dienstbarkeit unverändert. Bei einer solchen Vorgehensweise erfahre das mit der Baurechtsdienstbarkeit belastete Grundstück weder eine Ent- noch eine zusätzliche Belastung oder Erschwerung; aus der Sicht des Baurechtsgebers stelle sich die Situation unverändert dar. In dieser konkreten Konstellation *liege keine (Neu-)Begründung einer Baurechtsdienstbarkeit vor* (E. 5.7).

Anschliessend widmet sich das Bundesgericht der Frage, welche Rolle die gesetzliche Mindestdauer im vorliegenden Kontext spielt. Diesbezüglich zu prüfen sei, ob die Bestimmungen über die Mindestdauer von selbständigen und dauernden Rechten auch dann gelten, wenn die Vertragsparteien ein bestehendes, im Grundbuch eingetragenes Baurecht flächenmässig aufteilen wollen, dabei aber den Inhalt der Dienstbarkeit im Übrigen unverändert beibehalten und die gleich- und nachrangigen Rechte Dritter wahren (E. 6). Dabei gelangt das höchste Gericht zum Ergebnis, dass dann, wenn ein bestehendes selbständiges und dauerndes Baurecht flächenmässig aufgeteilt wird, der Inhalt der Dienstbarkeit im Übrigen unverändert bleibt und die gleich- und nachrangigen Rechte Dritter gewahrt werden, *das Erfordernis der Mindestdauer von 30 Jahren für das im Umfang der ausgeschiedenen Fläche neu zu eröffnende Hauptbuchblatt nicht erfüllt zu sein brauche*. Eine gegenteilige Entscheidung würde die gesetzliche Mindestdauer zum Selbstzweck verkommen lassen (E. 6.6).

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und hebt das angefochtene Urteil auf. Die Sache wird zu neuem Entscheid an das Verwaltungsgericht zurückgewiesen (E. 7).

III. Bemerkungen

A. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB als materiell-immobiliarsachenrechtliche Bestimmung zählt die in das Grundbuch aufgenommenen *selbständigen und dauernden Rechte* zu den Grundstücken im Sinne des Gesetzes. Die grundbuchrechtliche Parallelnorm von Art. 943 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB ergänzt diesbezüglich, dass die selbständigen und dauernden Rechte *an Grundstücken* in das Grundbuch aufgenommen werden. Demnach können selbständige und dauernde Rechte sowohl an Liegenschaften als auch an ihrerseits in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechten – etwa als Unterbaurecht an einem selbständigen und dauernden Baurecht – als eigene Grundstücke in das Grundbuch aufgenommen werden.[2] Für die Aufnahme in das Grundbuch bestehen *mehrere Voraussetzungen* materieller und formeller Natur. In *materieller Hinsicht* muss das in das Grundbuch aufzunehmende Recht als Dienstbarkeit begründet oder als Konzession verliehen worden oder gemäss den Vorschriften des Bundesrechts oder des kantonalen Rechts entstanden sein.[3] Eine *Dienstbarkeit* kann dann als selbständiges und dauerndes Recht an einem Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden, wenn sie auf dem Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks *eingetragen* ist.[4] Weiter darf die Dienstbarkeit weder zugunsten eines berechtigten Grundstücks noch ausschliesslich zugunsten einer bestimmten Person errichtet werden und muss auf wenigstens 30 Jahre oder auf unbestimmte Zeit begründet sein (Art. 655 Abs. 3 ZGB; Art. 22 Abs. 1 lit. a GBV); damit statuiert das Gesetz die Erfordernisse der *Selbständigkeit* und der *Dauer*. Im Weiteren bedarf die Aufnahme von selbständigen und dauernden Rechten in das Grundbuch als *formelle Voraussetzung* eines *schriftlichen Begehrens* der berechtigten Person (Art. 22 Abs. 1 GBV).[5] Liegen alle erwähnten Voraussetzungen vor, so geschieht die Aufnahme in das Grundbuch durch Eröffnung eines Hauptbuchblatts und durch eine Grundstückbeschreibung, unter Angabe der Bezeichnung des belasteten Grundstücks und gegebenenfalls der Dauer des Rechts (Art. 22 Abs. 2 GBV).

B. Von den aufgrund des Privatrechts als Grundstücke in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechten *praktisch am bedeutendsten ist das Baurecht* (Art. 675 und 779 ff. ZGB).[6] Dieses bildete hinsichtlich seiner Teilung denn auch Gegenstand des vorliegend zu besprechenden Bundesgerichtsentscheids.

C. Mit seiner Aufnahme als selbständiges und dauerndes Recht in das Grundbuch wird das Baurecht als Grundstück im Sinne des ZGB bezeichnet (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 und Art. 943 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) und als solches behandelt, dies obwohl ihm Körperlichkeit und damit Sachqualität fehlen.[7] Mithin *wird das in das Grundbuch*

---

2 Aron Pfammatter, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZGB, 3. A., Zürich 2016 (zit. OFK-Verfasser), Art. 943 ZGB N 3; CR CC-Mooser, in: Pascal Pichonnaz/Foëx Bénédict/Denis Piotet (Hrsg.), Commentaire romand, Code civil II, Art. 457–977 CC, Art. 1–61 Tit. fin. CC, Basel 2012 (zit. CR CC-Verfasser), Art. 943 ZGB N 8; vgl. auch BSK ZGB II-Schmid, Art. 943 ZGB N 5, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-Verfasser).

3 BSK ZGB II-Schmid (FN 2), Art. 943 ZGB N 14.

4 BGE 135 III 496 E. 4.1.

5 Zum Ganzen OFK-Kernen (FN 2), Art. 655 ZGB N 3, m.w.H.; weiter Jörg Schmid/Bettina Hürlimann Kaup, Sachenrecht, 5. A., Zürich 2017, N 1331.

6 Siehe in diese Richtung auch BSK ZGB II-Schmid (FN 2), Art. 943 N 6, und CR CC-Mooser (FN 2), Art. 943 ZGB N 7.

7 Dazu E. 3.4 und 3.7 des Entscheides.

aufgenommene selbständige und dauernde Baurecht funktionell zu einer unbeweglichen Sache und unterliegt in der Folge den für diese geltenden Regeln, sofern und soweit das möglich ist.[8] Innerhalb dieser Schranken wird das selbständige und dauernde Baurecht im Rechtsverkehr behandelt wie ein Grundstück im eigentlichen Sinne, d.h. wie eine Liegenschaft. Es kann rechtsgeschäftlich – etwa durch Kauf, Tausch oder Schenkung – übertragen sowie mit beschränkten dinglichen Rechten – Dienstbarkeiten, auch etwa einem Unterbaurecht, und Grundpfandrechten – belastet werden oder auch als Stammgrundstück für die Begründung von Stockwerkeigentum dienen (Art. 712d Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). *Der Baurechtsberechtigte hat in dieser Hinsicht die Stellung eines Eigentümers* mit den diesem zukommenden Rechten und Pflichten.[9]

D. Trotz seiner weitgehenden funktionalen Behandlung als unbewegliche Sache *bleibt aber der Inhalt des selbständigen und dauernden Baurechts eine Dienstbarkeit und mithin ein Recht*.[10] Als solches folgt es in Bezug auf seinen Inhalt und seinen Umfang weiterhin seinen eigenen Regeln.[11] Letztlich bleibt also der Baurechtsberechtigte als Dienstbarkeitsberechtigter Träger eines beschränkten dinglichen Rechts. Richtigerweise hält das Bundesgericht deshalb diesbezüglich fest, es sei «den Besonderheiten des Charakters des Baurechts als Dienstbarkeit Rechnung zu tragen».[12] So kann ein selbständiges und dauerndes Baurecht – im Gegensatz zu Liegenschaften – *nicht derelinquiert* werden, weil die Dereliktion und Aneignung nur bei körperlichen Sachen möglich ist.[13] Weiter ist eine vorzeitige Löschung des selbständigen und dauernden Baurechts durch *Verzicht des Baurechtsberechtigten nur mit Zustimmung der Träger von am Baurecht bestehenden beschränkten dinglichen Rechten* möglich.[14] Das weitere vom Bundesgericht erwähnte Beispiel des *Miteigentumsanteils* steht zwar ausserhalb des in casu zu behandelnden Baurechts, es ist aber in diesem Kontext dennoch passend, weil auch der Miteigentumsanteil gemäss Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB *als Grundstück behandelt wird, inhaltlich aber* – wie das selbständige und dauernde Baurecht – *ein Recht darstellt*. Dementsprechend kann der einzelne Miteigentümer seinen Miteigentumsanteil durch Verzicht auf das Eigentum ebenfalls *nicht derelinquieren*, denn der Teil, auf den er verzichtet hat, wächst den verbleibenden Miteigentümern an.[15]

E. Die im vorliegenden Entscheid zu beantwortende *Kernfrage* war, *ob das in das Grundbuch aufgenommene selbständige und dauernde Baurecht geteilt werden kann*. Dabei geht es nach dem soeben Dargelegten um die *Teilung eines Rechts* und nicht um die Teilung eines Grundstücks im eigentlichen Sinne als unbewegliche Sache.

F. In seinen Erwägungen zu dieser Kernfrage fokussiert das Bundesgericht einzig auf die Analogie zu körperlichen unbeweglichen Sachen bzw. Liegenschaften. Das Gericht führt aus, es sei «*a priori* nicht ersichtlich, inwiefern […] die fehlende Körperlichkeit des Gegenstandes eine Teilung des selbständigen und dauernden Baurechts ausschliessen solle bzw. weshalb das selbständige und dauernde Baurecht nicht auch hinsichtlich der Teilung einer Liegenschaft im Sinne von Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB solle gleichgestellt werden können».[16]

G. Aus der Sicht des Schreibenden ist der vom Bundesgericht gewählte freilich nicht der wirklich zutreffende Ansatz zur Beurteilung der Frage der Teilung eines selbständigen und dauernden Baurechts. Statt eine Prüfung vorzunehmen, ob die fehlende Körperlichkeit des Gegenstandes und damit dessen nicht gegebene Sachqualität der Teilung des Baurechts entgegenstehe, *wäre im Grunde vielmehr die Frage zu klären gewesen, ob das selbständige und dauernde Baurecht als Dienstbarkeit und damit als Recht einer Teilung zugänglich sei*. Diese Frage ist grundsätzlich zu bejahen. Im Privatrecht ganz allgemein können Rechte grundsätzlich geteilt werden. So ist an sich auch etwa ein Miteigentumsanteil weiter aufteilbar; es kann also z.B. ein Miteigentümer mit einem Anteil von ¼ diesen aufteilen in zwei Anteile an je ⅛. Ebenso ist eine Forderung grundsätzlich teilbar; so kann der Gläubiger einer Forderung über CHF 10'000 diese teilweise, etwa zu CHF 5'000, abtreten an den Zessionar, und sie im Umfang von CHF 5'000 für sich behalten.[17] Weiter kann der Gläubiger beispielsweise eine Teilzahlung oder allgemeiner eine Teilleistung

---

8 Vgl. BSK ZGB II-Wolf/Wiegand (FN 2), vor Art. 641 ff. N 15. Es lässt sich insofern auch von einer Ausdehnung des Sachbegriffs sprechen; so BSK ZGB II-Wolf/Wiegand (FN 2), vor Art. 641 ff. N 13a, Überschrift.

9 Zu alledem E. 3.6 des Entscheides.

10 Siehe auch Schmid/Hürlimann-Kaup (FN 5), N 1333.

11 Vgl. so ebenfalls Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, Tome II, Propriété foncière/Propriété mobilière/Généralités sur les droits réels limités/Servitudes foncières, 5. A., Bern 2020, N 2026.

12 E. 3.7 m.H. auf BGE 118 II 115 E. 2.

13 E. 3.7 m.H. auf BGE 118 II 115 E. 2.

14 E. 3.7 m.H. auf BGE 127 III 300 E. 5a/aa.

15 E. 3.7 m.H. auf BGE 129 III 216 E. 3.2.

16 E. 4.3 (Kursivschrift im Original).

17 Vgl. zur Teilabtretung oder Teilzession etwa Andreas von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. A., Zürich 1974, S. 353 f.

annehmen (Art. 69 Abs. 2 OR), was die Teilbarkeit der Leistung voraussetzt.[18] Dass Forderungen teilbar sind, lässt sich weiter – e contrario – auch etwa dem den Sonderfall der unteilbaren Leistung betreffenden Art. 70 OR entnehmen.[19] Allgemein sind Leistungen dann teilbar, wenn sie ohne Wertverminderung zerlegbar sind.[20] Im Ergebnis lässt sich damit festhalten, dass *Rechte grundsätzlich teilbar sind*.[21] Vorbehalten bleiben Konstellationen, in denen das Gesetz, die Natur der Sache oder eine Parteivereinbarung der Teilung entgegenstehen oder in denen sich aus der Teilung des Rechts Nachteile für andere berechtigte Personen ergeben. Auf diesen letzterwähnten Umstand stellt denn auch das Bundesgericht im hier rezensierten Entscheid wiederum zu Recht mitentscheidend ab.[22]

H. Im Lichte der angestellten Betrachtungen[23] setzt die Zulassung der Teilung des selbständigen und dauernden Baurechts voraus, dass erstens dieses zwar neu in zwei Rechtspositionen, die in ihrem Umfang als Teile des ursprünglich einheitlichen Ganzen kleiner sind als das bisherige Recht, zusammen aber diesem umfangmässig entsprechen, fortbesteht, und dass zweitens die zwei neu geschaffenen Rechtspositionen in ihrem Inhalt vollumfänglich dem ursprünglichen einzigen Recht entsprechen. Das Vorgehen bei der *Teilung darf* m.a.W. *zu keiner Begründung eines neuen Rechts und* damit einhergehend *auch nicht zu einer Verminderung der Rechtslage von aussenstehenden Drittberechtigten führen*. Im letzterwähnten Kontext ist im Sachenrecht besonders auch die *Rangordnung der dinglichen Rechte zu wahren*. Darauf stellt denn in casu auch das Bundesgericht zu Recht ab, wenn es ausführt, mit dem Vorgehen einer flächenmässigen Aufteilung einer bestehenden Baurechtsdienstbarkeit, die sich auf gleich- und nachrangige Rechte nicht auswirkt und dem mit Ausnahme der flächenmässigen Aufteilung unverändert bleibenden Inhalt der Dienstbarkeit erfahre das belastete Grundstück weder eine Entlastung noch eine zusätzliche Belastung oder Erschwerung, vielmehr stellte sich die Situation aus der Sicht des belasteten Baurechtsgebers unverändert dar, so dass damit *keine Neubegründung einer Baurechtsdienstbarkeit* vorliege.[24]

I. Wird anlässlich der Teilung das selbständige und dauernde Baurecht in der umschriebenen Weise[25] in seinem Umfang und Inhalt unverändert beibehalten und zieht dessen Teilung keinerlei Auswirkungen auf die Stellung von Trägern gleich- oder nachrangiger Rechte nach sich, so erweist sich die in casu unter den Parteien ebenfalls strittige *Frage nach der Einhaltung der gesetzlichen Mindestdauer von 30 Jahren* (Art. 655 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB) als blosser Nebenpunkt, dem keinerlei entscheidrelevante Bedeutung mehr zukommt. Die wie umschrieben vorzunehmende Teilung des Baurechts verlangt ja danach, dass dessen ursprüngliche Dauer unverändert bleibt, denn andernfalls würde die Rechtsstellung des Eigentümers des baurechtsbelasteten Grundstücks und auch diejenige der Träger von beschränkten dinglichen Rechten am Baurechtsgrundstück gerade verändert. Die die Rechte allseits gleich belassende, insofern *reine Teilung setzt mithin gerade auch die unverändert bleibende Dauer des selbständigen und dauernden Baurechts voraus*. Das Bundesgericht hält dazu fest, bei der vorliegend gegebenen Konstellation müsse «das Erfordernis der Mindestdauer von 30 Jahren für das im Umfang der ausgeschiedenen Fläche neu zu eröffnende Hauptbuchblatt nicht erfüllt sein. Anders zu entscheiden liesse die gesetzliche Mindestdauer zum Selbstzweck verkommen.»[26] Dem Gericht ist in diesem Ergebnis ohne weiteres zuzustimmen. Präzisieren liesse sich allerdings, dass der diskutierten Mindestdauer im Grunde nicht einmal ein «Selbstzweck» zuzukommen vermag, sondern dass das Fortbestehen der ursprünglichen Dauer des Baurechts und damit die nunmehr für die abgetrennte, das neue Baurecht bildende Fläche sich ergebende Unterschreitung der Mindestdauer gerade eine Voraussetzung dafür darstellt, dass sich in casu die Zulässigkeit der Teilung des selbständigen und dauernden Baurechts bejahen lässt.

J. Dem detailliert und durchaus gut begründeten Entscheid des Bundesgerichts *ist im Ergebnis vollumfänglich zuzustimmen*. Die einschlägigen Erwägungen zur Teilung des selbständigen und dauernden Baurechts hätten indessen aus der Optik des Rezensenten das Gewicht nicht vorab auf die Frage der analogen Anwendbarkeit der

[18] Peter Gauch/Walter R. Schluep/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11. A., Zürich 2020, N 2367 und 2371. Siehe zur Teilleistung auch Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, 382.

[19] Dazu etwa Bucher (FN 188), 489 f.

[20] Bucher (FN 18), 382, FN 216.

[21] Warum das Bundesamt für Justiz in seiner Stellungnahme zum gegenteiligen Schluss gelangt, dass «Rechte […] als solche nicht teilbar» seien (E. 4.1 des Entscheides; vgl. auch oben II., siebter Abschnitt), bleibt nicht nachvollziehbar.

[22] E. 5.7.

[23] Oben III.G.

[24] E. 5.7.

[25] Oben III.H.

[26] E. 6.6., vgl. oben II. a.E.

Bestimmungen über die Grundstücke im eigentlichen Sinne auf das Baurecht sowie deren Grenzen legen dürfen. Stattdessen *wäre die wirklich beurteilungsrelevante Hauptfrage nach der Teilung des selbständigen und dauernden Baurechts als eines im Privatrecht begründeten Rechts in das Zentrum der Überlegungen zu stellen gewesen*. Auch bei diesem etwas veränderten Fokus wären die Argumentationslinien dieselben geblieben, wie sie das Bundesgericht aufgestellt hat. Der Entscheid ist denn – wie erwähnt – auch vollumfänglich richtig ausgefallen. Mit ihm wird zu Recht – das festzuhalten mag hier dem Schreibenden auch als einem Berner gestattet werden – die Grundbuchpraxis des Kantons Bern[27] gutgeheissen, und es wird diese damit vom Bundesgericht begrüssenswerterweise für die ganze Schweiz vereinheitlicht.[28]

[27] Dazu das im Entscheid mehrfach zitierte Handbuch für den Verkehr mit den Grundbuchämtern und die Grundbuchführung der Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern (Internet: https://www.jgk.be.ch/jgk/de/index/direktion/organisation/gba/handbuch.assetref/dam/documents/JGK/GBA/de/GBA_Handbuch_de.pdf [Abruf 12.3.2021]), Ziff. 3.7.

[28] Siehe so auch Philipp Eberhard, Teilbarkeit von selbständigen und dauernden Baurechten, in: dRSK, 28. Januar 2021, m.H.