

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von S.K. Alexander, R. Arnet, P. Breitschmid, A. Büchler,
H.C. von der Crone, A. Heinemann, H. Heiss, R.M. Hilty, C. Huguenin, D. Jakob,
P. Nobel, W. Portmann, A.K. Schnyder, R. Sethe, H.U. Vogt, R.H. Weber

Flurina Hitz

Das Baurecht als selbstständiges
und dauerndes Recht:
Konstruktion aus dinglichen
und obligatorischen
Rechtspositionen

Inhaltsverzeichnis

Dank	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Literaturverzeichnis	XXV
Materialienverzeichnis	XLII
Einleitung	1
I. Gegenstand und Ziel der Arbeit	1
II. Aufbau der Untersuchung	3
III. Wirtschaftliche Relevanz des Baurechts	3
1. Teil: Das Baurecht im System der subjektiven Rechte	6
§ 1 Gesetzliche Grundlagen des Baurechts	6
I. Das Baurecht im ZGB vom 10. Dezember 1907	6
II. Revision des Baurechts vom 1. Juli 1965	7
III. Teilrevision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts vom 1. Januar 2012	8
IV. Ergebnisse	9
§ 2 Grundzüge der dinglichen und obligatorischen Rechte	10
I. Die subjektiven Rechte	10
A. Begriff und Eigenschaften der subjektiven Rechte	10
B. Einteilung der subjektiven Rechte	11
II. Die dinglichen Rechte	12
A. Struktur der dinglichen Rechte	12
1. Unmittelbarkeit der Sachherrschaft	12
2. Absolute Wirkung <i>erga omnes</i>	13
	XI

3.	Kontroverse in der Lehre	13
B.	Bedeutung der Struktur für den Inhalt der dinglichen Rechte	14
C.	Systematik der dinglichen Rechte	15
1.	Das Eigentum	16
a)	Begriff des Eigentums	16
aa)	Abstraktionstheorie	16
bb)	Immanenztheorie	17
cc)	Stellungnahme	17
b)	Inhalt des Eigentums	18
aa)	Die Verfügungsmacht	18
bb)	Das Ausschliessungsrecht	19
cc)	Schranken des Eigentums	19
dd)	Prinzip der Elastizität des Eigentums	20
2.	Die beschränkten dinglichen Rechte	21
a)	Begriff	21
b)	Verhältnis zum Eigentum	21
III.	Die obligatorischen Rechte	22
A.	Begriffsklärung	22
B.	Relativität der obligatorischen Rechte	23
C.	Inhalt der obligatorischen Rechte	24
D.	Grundsatz der Vertragsfreiheit	24
IV.	Zusammenspiel von dinglichen und obligatorischen Rechten	25
V.	Prinzipien der Ordnung der dinglichen Rechte im Immobiliarsachenrecht	26
A.	Publizitätsprinzip	26
B.	Eintragungsprinzip	27
C.	Prinzip des Numerus clausus	28
D.	Spezialitätsprinzip	30
E.	Akzessionsprinzip	31
1.	Begriff und Funktion	31
2.	Begriff des Bestandteils	32
F.	Prinzip der Alterspriorität	34
VI.	Ergebnisse	35

§ 3	Einordnung des Baurechts als Dienstbarkeit im System der dinglichen Rechte	37
I.	Dienstbarkeiten im Allgemeinen	37
	A. Begriff der Dienstbarkeit	37
	B. Inhalt der Dienstbarkeiten	38
	C. Arten von Dienstbarkeiten	40
III.	Baurecht als Dienstbarkeit	41
	A. Systematische Stellung des Baurechts im ZGB	41
	B. Einordnung des Baurechts unter die Personaldienstbarkeiten	41
	C. Anwendbarkeit der Vorschriften über die Grunddienstbarkeiten auf die Personaldienstbarkeiten	42
	D. Grundsatz der Begrenztheit des Umfangs der Belastung	43
IV.	Die Bedeutung des Baurechts als Dienstbarkeit	44
	A. Für den Inhalt des Baurechts	44
	B. Für das Verhältnis zum Eigentum am belasteten Grundstück	45
	C. Für das Akzessionsprinzip	45
	1. Doppelstellung des Baurechtsberechtigten	46
	2. Stellung des belasteten Grundeigentümers	47
V.	Erscheinungsformen des Baurechts	47
	A. Baurecht als irreguläre Personaldienstbarkeit	48
	B. Das selbstständige und dauernde Baurecht	49
	1. Selbstständigkeit des Rechts	49
	2. Dauerhaftigkeit des Rechts	51
	a) Mindestdauer des Rechts	51
	b) Höchstdauer des selbstständigen und dauernden Baurechts	53
	c) Verlängerung des selbstständigen und dauernden Baurechts	54
	C. Baurecht als «andere Dienstbarkeit» i.S.v. Art. 781 ZGB	54
	D. Baurecht als Grunddienstbarkeit	57
	1. «Gewöhnliches» Baurecht	57
	2. Überbaurecht	59
	E. Eigentümerbaurecht	61
VI.	Ergebnisse	62

2. Teil: Das selbstständige und dauernde Baurecht als Grundstück im Sinne des Gesetzes	63
§ 4 Entstehung des selbstständigen und dauernden Baurechts und Aufnahme als Grundstück im Grundbuch	63
I. Entstehung des Baurechts	63
A. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft	63
B. Die Eintragung im Grundbuch und ihre Voraussetzungen	64
1. Anmeldung durch den Berechtigten	65
2. Einschreibung im Tagebuch	66
3. Prüfung durch den Grundbuchverwalter	66
a) Ausweis über das Verfügungsrecht	67
b) Ausweis über den Rechtsgrund	67
C. Eintragung auf dem Hauptbuchblatt des belasteten Grundstücks	68
D. Wirkung der Eintragung	69
II. Aufnahme als Grundstück im Grundbuch	69
A. Aufnahmegesuch durch den Berechtigten	70
B. Eröffnung eines eigenen Hauptbuchblattes	71
C. Wirkung der Aufnahme als eigenes Grundstück im Grundbuch	71
III. Ergebnisse	72
§ 5 Anwendbarkeit der Bestimmungen über das Grundeigentum auf das selbstständige und dauernde Baurecht	73
I. Der Sachbegriff	73
A. Körperlichkeit	74
B. Abgegrenztheit	74
C. Tatsächliche und rechtliche Beherrschbarkeit	75
D. Unpersönlichkeit	75
E. Einteilung in bewegliche und unbewegliche Sachen	75
II. Begriff des Grundstücks	76
III. Liegenschaften als Grundstücke im eigentlichen Sinne	77
IV. Das selbstständige und dauernde Baurecht als Grundstück <i>im Sinne des Gesetzes</i>	78
A. Formulierung in Art. 655 ZGB	78

B.	Kritik von LIVER am Wortlaut des Gesetzes	79
C.	Analogieschluss oder gesetzliche Fiktion	80
D.	Kritische Bemerkungen zum Analogieschluss	80
E.	Direkte Anwendung infolge gesetzlicher Fiktion	82
F.	Umfang der direkten Anwendung der Bestimmungen über das Grundeigentum auf die selbstständigen und dauernden Baurechte	83
1.	Übertragung des selbstständigen und dauernden Baurechts	84
2.	Belastung des selbstständigen und dauernden Baurechts	85
a)	Belastung mit Grunddienstbarkeiten	85
b)	Belastung mit einem Unterbaurecht	86
c)	Belastung mit Grundpfandrechten	88
3.	Vormerkungen auf dem Baurechtsgrundstück	88
4.	Errichtung von Stockwerkeigentum am Baurechtsgrundstück	88
G.	Grenzen der direkten Anwendung der Bestimmungen über das Grundeigentum auf die selbstständigen und dauernden Baurechte	89
1.	Dienstbarkeitscharakter des Baurechts und fehlende Körperlichkeit	89
2.	Spielraum für eine analoge Anwendung?	92
V.	Ergebnisse	93
3. Teil:	Dingliche und obligatorische Rechtspositionen beim selbstständigen und dauernden Baurecht	95
§ 6	Der Baurechtsvertrag als Rechtsgrundaussweis	95
I.	Funktion des Baurechtsvertrags	95
II.	Baurechtsvertrag als Innominatvertrag	97
A.	Einteilung der Verträge	97
B.	Innominatvertrag <i>sui generis</i>	97
C.	Anwendbare Bestimmungen für Verträge <i>sui generis</i>	98
III.	Einschränkung der Vertragsfreiheit durch den Grundsatz der Typengebundenheit	99
IV.	Öffentliche Beurkundung des Baurechtsvertrags	101
A.	Umfang des Formzwangs	101

B.	Rechtsfolgen bei einem Formmangel	102
V.	Essentialia negotii	103
A.	Objektiv wesentliche Vertragspunkte im Allgemeinen	103
B.	Objektiv wesentliche Punkte des Baurechtsvertrags	104
1.	Willenseinigung über die Begründung eines dinglichen Rechts	105
2.	Bezeichnung des belasteten Grundstücks	105
3.	Bezeichnung des Baurechtsberechtigten	105
4.	Beschreibung des Inhalts und Umfangs der Dienstbarkeit	106
5.	Vereinbarung über den Baurechtszins	107
VI.	Ergebnisse	109
§ 7	Bestimmungen über den Inhalt und Umfang des Baurechts	111
I.	Gesetzlicher Inhalt des Baurechts	111
II.	Vertragliche Bestimmungen über den Inhalt und Umfang des Baurechts i.S.v. Art. 779b Abs. 1 ZGB	112
A.	Wirkung der vertraglichen Bestimmungen über den Inhalt und Umfang des Baurechts	112
B.	Voraussetzungen für die vertraglichen Bestimmungen über den Inhalt und Umfang des Baurechts	114
C.	Anforderungen an die Baute	115
1.	Begriff der Baute, der Bauwerke und der anderen Vorrichtungen	116
2.	Dauernde Verbindung mit dem Boden	117
3.	Direkte Verbindung von Baute und Boden	118
a)	Ansichten der älteren Lehre	118
b)	Kritik von LIVER am Erfordernis der direkten Verbindung	119
c)	Ansichten der neueren Lehre	121
d)	Stellungnahme zum Erfordernis der direkten Verbindung	121
4.	Bauliche und funktionelle Eigenständigkeit	123
a)	Bundesgerichtliche Rechtsprechung	124
b)	Ansichten der Lehre	126
c)	Stellungnahme	126
5.	Zulässigkeit des Gesamtbaurechts	127

a)	Begriff des Gesamtbaurechts	128
b)	Meinungen zugunsten der Zulässigkeit des Gesamtbaurechts	128
c)	Meinungen gegen die Zulässigkeit des Gesamtbaurechts	129
d)	Alternativen zum Gesamtbaurecht	130
e)	Stellungnahme	131
D.	Vertragliche Bestimmungen über die Lage und Ausdehnung der Bauten sowie die Benutzung unüberbauter Flächen i.S.v. Art. 779b Abs. 1 ZGB	132
1.	Objekt des Baurechts	132
2.	Planbeilage und Mutationsurkunde	133
3.	Lage der Baute	134
E.	Vertragliche Bestimmungen über die Gestalt der Bauten i.S.v. Art. 779b Abs. 1 ZGB	135
F.	Vertragliche Bestimmungen über den Zweck der Bauten i.S.v. Art. 779b Abs. 1 ZGB	136
III.	Weitere vertragliche Bestimmungen über den Inhalt und Umfang des Baurechts i.S.v. Art. 779b Abs. 1 ZGB	136
A.	Vereinbarung der Art des Baurechts	137
B.	Vereinbarung einer Übertragungsbeschränkung	137
1.	Problematik der Zulässigkeit von Übertragungsbeschränkungen	137
2.	Zulässigkeit einer Übertragungsbeschränkung in BGE 72 I 233	138
3.	Unzulässigkeit einer Übertragungsbeschränkung in BGE 135 III 103	141
4.	Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	144
5.	Der Stand der Diskussion in der Lehre	145
a)	Übersicht	145
b)	Die Meinung BACHMANNS	146
6.	Stellungnahme	147
a)	Duldungspflicht des Grundeigentümers	147
b)	Beschränkung der Verfügungsmacht des Baurechtsberechtigten	148
c)	Selbstständigkeit als Kern des Rechts	149
d)	Anfängliche rechtliche Unmöglichkeit	149
C.	Vereinbarung einer Beschränkung der Belastbarkeit	150

D.	Vereinbarung der Dauer des Baurechts	151
IV.	Ergebnisse	151
§ 8	Vertragliche Bestimmungen mit obligatorischer Wirkung	153
I.	Kriterien für Vereinbarungen mit obligatorischer Wirkung	153
II.	Vereinbarung über den Baurechtszins	154
III.	Vereinbarung einer Übertragungsbeschränkung mit obligatorischer Wirkung	155
A.	Rechtsprechung des Bundesgerichts	155
B.	Meinungen in der Lehre	155
C.	Stellungnahme	156
IV.	Weitere Bestimmungen mit obligatorischer Wirkung	159
V.	Ergebnisse	161
4. Teil:	Vormerkungen im Baurechtsverhältnis	162
§ 9	Grundzüge der Vormerkungen	163
I.	Gesetzliche Grundlagen	163
II.	Einteilung der Wirkungen der Vormerkungen	164
A.	Typische Wirkung	164
B.	Atypische Wirkung	166
C.	Stellungnahme	166
III.	Grundbuchrechtliche Behandlung der Vormerkungen	167
IV.	Vormerkung persönlicher Rechte nach Art. 959 ZGB	169
A.	Numerus clausus der vormerkbaren persönlichen Rechte	169
B.	Wirkung der Vormerkung persönlicher Rechte	170
1.	Verstärkung der Wirkung	170
2.	Keine Änderung des Charakters des persönlichen Rechts	171
3.	Adressat der verstärkten Wirkung	172
4.	Grenzen der Wirkung der Vormerkung	173
5.	Unterschied der Wirkung der Vormerkung zur Wirkung des beschränkten dinglichen Rechts	174
6.	Begriff und Struktur der Realobligation	175
a)	Konzept von LIVER	175

b)	Übernahme des Konzepts in Lehre und Rechtsprechung	176
c)	Kritik an der Figur der Realobligation	176
d)	Stellungnahme	177
V.	Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung (Art. 960 ZGB)	178
A.	Gesetzliche Grundlagen	178
B.	Wirkung dieser Vormerkung	179
VI.	Vormerkung einer vorläufigen Eintragung (Art. 961 ZGB)	180
A.	Gesetzliche Grundlagen	180
B.	Wirkung dieser Vormerkung	182
C.	Vormerkung von vorläufigen Eintragungen beim Baurecht	182
VII.	Ergebnisse	183
§ 10	Vormerkung vertraglicher Bestimmungen beim selbstständigen und dauernden Baurecht	185
I.	Vormerkung des Ausschlusses oder der Abänderung des gesetzlichen Vorkaufsrechts (Art. 681b Abs. 1 ZGB)	185
II.	Vormerkung des Baurechtszinses (Art. 779a Abs. 2 ZGB)	186
A.	Einordnung im System der Vormerkungen	186
B.	Ausdrückliche gesetzliche Grundlage	187
C.	Überlegung <i>de lege ferenda</i>	188
III.	Vormerkung vertraglicher Bestimmungen nach Art. 779b Abs. 2 ZGB	188
A.	Offene Formulierung von Art. 779b Abs. 2 ZGB	188
B.	Einordnung im System der Vormerkungen	189
C.	Auslegung von Art. 779b Abs. 2 ZGB	190
D.	Vormerkung einer Übertragungsbeschränkung	192
1.	Einordnung im System der Vormerkungen	192
a)	Hinweis auf Art. 960 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB in BGE 135 III 103	193
b)	Einordnung als Vormerkung nach Art. 959 ZGB	194
2.	Zulässigkeit	195
E.	Grundbuchtechnische Behandlung der Vormerkungen nach Art. 779b Abs. 2 ZGB	196

1. Problematik einer Globalverweisung in der Anmeldung	197
2. Stellungnahme	198
IV. Ergebnisse	199
Schlussbetrachtung	201