

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	22 (1903)
Artikel:	Das Baurecht (droit de superficie) im Vorentwurf eines schweizerischen Civilgesetzbuchs
Autor:	Hitzig, H.F.
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896589

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 08.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Das Baurecht (droit de superficie) im Vor- entwurf eines schweizerischen Civilgesetzbuchs.

Von Prof. Dr. H. F. HITZIG in ZÜRICH.

Zu den eigenartigsten Bestimmungen des Entwurfs gehören diejenigen über das „Baurecht“; sie finden sich in den Artikeln 676, 773, 985; dazu jetzt die Erläuterungen S. 86 ff. Von der Kritik sind diese Bestimmungen bis jetzt wenig beachtet worden; nur Rümelin hat in einer kurzen Anmerkung (S. 344) erklärt, die materielle Regelung sei nicht zu beanstanden, die Ausdrucksweise jedoch in hohem Grade verbessерungsbedürftig.

Das „Baurecht,“ im französischen Text „droit de superficie“ genannt, bedeutet eine Modifikation des sonst geltenden Prinzips superficies cedit solo: ausnahmsweise soll der Bauende, trotz Art. 669, Abs. 2 und 673, Abs. 1 das Eigentum an der mit fremden Boden dauernd verbundenen Sache behalten, und zwar als Immobiliareigentum.

Die einschlägigen Bestimmungen lauten:

Art. 676.

„Bauten und andere Vorrichtungen, die auf fremdem Boden eingegraben, aufgemauert oder sonstwie dauernd mit dem Grundstück verbunden sind, können einen besonderen Eigentümer haben, wenn ihr Bestand als Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen ist.“

Art. 773.

„Ein Grundstück kann derart belastet werden, dass jemand das Recht erhält, auf oder unter dessen Boden ein Bauwerk zu errichten und zu erhalten.“

Dieses Recht ist, wenn es nicht anders bestimmt wird, veräußerlich und vererblich.

Es wird als Dienstbarkeit auf das belastete Grundstück gelegt, kann aber zugleich als unbewegliche Sache in das Grundbuch aufgenommen werden.“

Art. 985 (vergl. 658).

„Als Grundstücke werden in das Grundbuch aufgenommen:
Die Liegenschaften.

Die selbständigen und dauernden Rechte, wie die Wasserrechte und Baurechte.

Die Bergwerke.

Ueber die Art der Aufnahme der selbständigen und dauernden Rechte und der Bergwerke wird eine Verordnung des Bundesrates das Nähere festsetzen.“ —

Für die Kritik erwächst zunächst die Aufgabe, zu untersuchen, wie das Institut des Baurechts nach diesen besonderen und nach den allgemeineren Bestimmungen des Entwurfs in praxi funktionieren würde; weiter, ob sich diese Funktion mit den Interessen des Verkehrs verträgt. Ergibt sich, dass die Neuerungen des Entwurfs praktisch brauchbar sind, dass sie einem Bedürfnis entgegenkommen und den Rechtsanschauungen des Volkes nicht widersprechen, so werden sie — immerhin unter dem Vorbehalte präziserer Redaktion — auch dann anzunehmen sein, wenn sie prima facie einen Verstoss gegen überlieferte Lehrmeinung und bisherige Gesetzgebung bedeuten.

I. Das Geltungsgebiet des Satzes „superficies cedit solo“.

Die Bestimmungen über das Baurecht enthalten eine Modifikation des Satzes „superficies cedit solo“. Es frägt sich zunächst, in welchem Umfang dieser Satz überhaupt nach dem Entwurf gilt.

Eine allgemeine Bestimmung fehlt im Abschnitt über den Eigentumserwerb. Der Artikel über die Bestandteile (645) regelt die Sache nicht, denn er bestimmt nichts besonderes über die Frage, was bei Grundstücken als Bestandteil zu

gelten habe; die allgemeine Formel dieses Artikels ist eng gefasst, da man regelmässig nicht wird sagen können, dass durch Wegnahme der eingefügten beweglichen Sache das Grundstück zerstört, beschädigt oder verändert werde. Ausdrücklich wird der Satz „superficies cedit solo“ nur aufgestellt für Bauten und Pflanzungen, s. Art. 669, 673, 678; für die Bauten¹⁾ soll er überdies nach Art. 677 nicht gelten, wenn sie ohne Absicht bleibender Verbindung auf fremdem Boden aufgerichtet sind (Fahrnisbauten).²⁾

Damit bleiben aber einige Fragen ungelöst. Was ist „bauen“³⁾ im Sinn von Art. 669 und 673? Bezieht sich das nur auf Gebäude und gebäudeähnliche Anlagen, oder auch auf andere dauernde und auf die Dauer berechnete mechanische Verbindungen? Was gilt z. B. von Gas- und Wasserleitungsrohren? von Laternen und Reklametafeln? von Installationen zu Weiterleitung elektrischer Kraft? von Eisenbahnschienen? werden diese, wenn sie in fremden Boden gelegt werden, Bestandteile des Bodens, so dass sie aus dem Eigentum ihres bisherigen Eigentümers ausscheiden?

Diese Fragen sind im Entwurf nicht mit genügender Klarheit beantwortet; nicht in Art. 645 (s. o.); nicht in Art. 677, denn dieser kann nicht auf dauernde Kohärentien bezogen werden; auch nicht in Art. 689. Dieser letzte Artikel erwähnt freilich die Durchleitungen (Brunnen, Dränierröhren, ober- und unterirdische elektrische Leitungen),⁴⁾ er statuiert eine

¹⁾ Das gleiche wird nach Art. 678 auch für Fahrnispflanzungen zu gelten haben, s. Erläuterungen S. 588.

²⁾ Der Artikel sagt nur, dass diese Fahrnisbauten ihren Eigentümer behalten; nach den Motiven ist dieses Eigentum durchaus als bewegliches Eigentum zu behandeln; gilt dies nur für die Anwendung der sachenrechtlichen Grundsätze oder allgemein? ist z. B. für die Miete von Fahrnisbauten Schriftlichkeit nach Art. 275 Abs. 2 O. R. erforderlich oder nicht? Im deutschen Recht ist die Frage bestritten.

³⁾ Im französischen Text ist jeweilen von „constructions“ die Rede.

⁴⁾ Das in der Volksabstimmung vom 15. Dezember 1901 angenommene zürcherische Wasserbaugesetz erwähnt in § 31 auch die Anlagen zur Uebertragung zürcherischer oder auswärtiger Wasserkräfte auf elektrischem oder anderem Wege; auch für diese Anlagen wird ein „Expropriationsrecht“ gewährt, falls die

Rechtspflicht, die Leitung gegen volle Entschädigung zu dulden, giebt aber keine Auskunft über die Eigentumsverhältnisse.

In der modernen Gesetzgebung¹⁾ ist der Satz „superficies cedit solo“ nicht überall in demselben Umfang anerkannt; es kommt vor, dass er ausdrücklich auf Gebäude und gebäudeähnliche Anlagen beschränkt oder dass ihm nur dispositive Bedeutung beigemessen wird; auch da, wo die Gesetzgebung den Satz allgemein und als zwingendes Recht aufstellt, stösst man bei der Durchführung des Satzes auf Schwierigkeiten, da der Laie daran gewöhnt ist, z. B. die Wasserversorgungsgesellschaft als Eigentümerin des Röhrennetzes anzusehen,²⁾ die Elektrizitätsgesellschaft als Eigentümerin ihrer Installationen, die Bahn als Eigentümerin des Schienenstranges; besonders in den beiden letzten Fällen, wo die ständige Benutzung, Kontrollierung, Ausbesserung sichtbar ist, liegt für den Laien die Annahme des Eigentums sehr nahe.

Ich verweise auf einige Fälle aus der zürcherischen Praxis.

Auf elektrische Installationen bezieht sich ein Urteil der Appellationskammer vom 28. März 1893, abgedruckt in den Blättern für handelsrechtliche Entscheidungen XII, S. 90 ff. Eine Elektrizitätsgesellschaft besitzt in Schachen (dreiviertel Stunden von Bülach entfernt) auf eigenem Grundstück eine Turbine zur Erzeugung elektrischer Kraft (Primärstation); von hier führt sie die Kraft in hochgespanntem Strom in Drähten über fremde Liegenschaften in die Centralanlage in Bülach, wo sich ebenfalls auf fremdem Grund und Boden, in gemieteten Gebäuden, weitere Maschinen und Apparate befinden, um die Kraft teils zu öffentlicher Beleuchtungsanlage der

Kräfte im Kanton verwendet werden; die auf das Grundstück so gelegte Last (Dulden der Anlage) wird in Absatz 2 des Art. 31 eine Servitut genannt; bei Veränderung der Benützungsweise des belasteten Grundstückes muss der Berechtigte auf seine Kosten verlegen, nötigenfalls vom Grundstück weg; im letzteren Fall kommt es zu einer Rückvergütung der bezogenen Expropriationsentschädigung.

¹⁾ S. hierüber Biermann, *superficies cedit solo*, in Jherings Jahrb. f. Dogm. XXXIV (N. F. XXII), 1895, S. 169 ff.

²⁾ Abgesehen natürlich von dem Fall, wo durch besondere Vereinbarung ausdrücklich der Eigentumsübergang auf den Bodeneigentümer statuiert war.

Gemeinde Bülach, teils für private Zwecke abzugeben. In einem Schuldbrief wurden nun neben dem Grundstück in Schachen als Pfänder verschrieben: die Turbinenanlage in Schachen, die Kupferdrahtleitung nach Bülach, die ganze elektrische Beleuchtungs- und Kraftanlage in der Sekundärstation Bülach, Maschinen und Getriebe in der Turbinenanlage und in der Centralanlage, ein Telephon mit Drahtleitung auf die Sekundärstation in Bülach. Bei der Visitation der Notariatskanzlei nahm das Bezirksgericht an dieser Verpfändung Anstoss und schliesslich wies das Obergericht die Notariatskanzlei an, alle Pfandobjekte zu streichen, welche sich nicht auf, an, oder in der verpfändeten Liegenschaft befinden. In den Erwägungen wurde u. a. ausgeführt: Leitungen und Maschinen, die mit fremdem Boden fest verbunden seien, werden gemäss § 49 P.G.B. Teil dieses Bodens und können nur mit diesem Boden und nur vom Eigentümer des Bodens verpfändet werden. Die Gesellschaft könne sie auch nicht als Zubehörde (§§ 50 ff.) ihres eigenen Grundstückes (in Schachen) verpfänden, da diese Objekte nicht lediglich diesem Grundstück dienen und sich jedenfalls nicht „auf, an oder in der betreffenden Liegenschaft“ befinden (§ 51). Am Schluss seiner Erwägungen sagt das Gericht: Es ist nicht zu verkennen, dass dieser Rechtszustand den Bedürfnissen der Neuzeit nicht Genüge leistet; denn mit der technischen Ermöglichung von Kraftleitungen, welche kostspielige Anlagen erheischen, ist auch das wirtschaftliche Bedürfnis eingetreten, die letzteren mittelst Verpfändung der Kreditgewährung zu erschliessen. Auf Grund des gegenwärtigen Gesetzes erscheint letzteres aber als unmöglich.

Mit den Wasserleitungsröhren hatten sich die zürcherischen Instanzen vor kurzem zu beschäftigen. Ueber ein Wasserversorgungswerk war ein Kaufvertrag geschlossen worden; die kantonale Finanzdirektion wollte die Fertigungsgebühr auch bezüglich der im Lande von Drittpersonen liegenden Leitungsröhren berechnen. Die oberen Instanzen (Appellationskammer und Kassationsgericht, letzteres mit Urteil vom 2. Februar 1902) entschieden aber, dass eine solche Berech-

nung unzulässig sei, da die Leitungsrohren Bestandteil der Grundstücke seien, in denen sie liegen, und sich nicht mehr im Eigentum der Wasserversorgungsgesellschaft befinden. Für die Teileigenschaft gemäss § 49 PGB sei nur die Tatsache der Inkorporation wesentlich, und nicht erforderlich, dass der Teil den Zwecken des Ganzen diene. Zubehörden des Grundstücks, von dem das Wasser kommt, seien die Röhren auch nicht, da Mobilien Zubehörden eines bestimmten Grundstücks nach § 51 nur dann sein können, wenn sie in, auf oder an diesem Grundstück sich befinden. Dem ursprünglichen Röhreneigentümer wurde nur ein jus tollendi zuerkannt. Ausdrücklich wurde bemerkt, dass im geltenden Recht eine dem Art. 676 des Entwurfs entsprechende Bestimmung fehle; überdies wurde auf das oben erwähnte Urteil in Sachen Elektrizitätsgesellschaft Bülach als ein Präjudiz verwiesen.

Noch unsicherer sind die Rechtsverhältnisse bei den Eisenbahnschienen.¹⁾ Da, wo der Bahnground im Eigentum der Bahngesellschaft steht, ergiebt sich keine Schwierigkeit; anders da, wo die Schienen in fremden Boden gelegt sind, wie dies besonders bei Strassenbahnen, die öffentlichen Grund benutzen, vorkommt. Einschlägige Entscheidungen schweizerischer Gerichte sind mir nicht bekannt, aber es ergibt sich aus den Konzessionen derartiger Bahnen, dass

¹⁾ S. dazu Biermann a. a. O. S. 196 ff., 237 ff.; er nimmt für das gemeine Recht Eigentum der Bahngesellschaft am Schienenwege an; interessant ist der von ihm S. 238 erwähnte Rechtsfall: eine französische Tramwaygesellschaft erhält Konzession für ein Schienennetz in den öffentlichen Strassen von Genua; eine ligurische Gesellschaft behauptet, kraft des Accessionsprinzips seien auch die Schienen wie der Boden dem usus publicus unterstellt; sie baut Wagen, die auf die Schienen passen und fährt auf den Schienen der Konkurrenzgesellschaft; das Landgericht von Genua erklärte dies als zulässig, Appellhof und Kassationshof als unzulässig. Die letzteren Instanzen verworfen das Accessionsprinzip. Die im Text erwähnte stadt-zürcherische Konzession der centralen Zürichbergbahn spricht allerdings in Art. 2 von einem usus publicus an den Schienen, aber Art. 35 (s. 7 Anm.) zeigt, dass damit nicht ein gewerbsmässiges Befahren mit angepassten Wagen gemeint ist.

über die Eigentumsverhältnisse Unklarheit herrscht. Ich wähle als Beispiel die centrale Zürichbergbahn; ihre Rechtsverhältnisse sind geregelt durch die Bundeskonzession vom 29. März 1893, die Konzession des Stadtrates Zürich vom 3. März 1894 und die Konzession des Regierungsrats vom 7. Februar 1895. Für die hier zu erörternde Eigentumsfrage ist massgebend die städtische Konzession Art. 2 (im wesentlichen gleichlautend kantonale Konzession Art. 6).

„Durch das Einlegen der Geleise und die Drahtleitung im öffentlichen Grund und durch den Betrieb der Strassenbahn durch die Konzessionärin werden weder Eigentumsverhältnisse noch Hoheitsrechte der Stadt in weitergehendem Sinn verändert, als durch die vorliegende Konzession ausdrücklich zugestanden ist. Demgemäß dürfen die vom Unternehmer gelegten Schienen und der ihm zur Benutzung dienende Strassengrund, soweit es mit dem Betrieb der Strassenbahn vereinbar ist, auch für den anderweiten Wagen- und den Fussgängerverkehr benutzt werden und erwachsen aus der Ausübung dieses Rechts keinerlei Entschädigungsforderungen der Konzessionärin.

Die Geleiseanlagen und Drahtleitungen, sowie das davon berührte Grundeigentum dürfen nicht zu Gunsten Dritter verpfändet werden.“¹⁾

¹⁾ Von den übrigen Bestimmungen der städtischen Konzession kommen etwa noch in Betracht: Bei der Auswahl und Verwendung des Materials für Geleise und Leitung soll grösstmögliche Beschränkung der Reparaturen und damit des Aufbrechens der Strassenfläche angestrebt werden (Art. 10); bei Einlegung der Geleise muss eine bestimmte Strassenwölbung innegehalten werden (Art. 11). Der Bahngesellschaft liegt Unterhalt und Reinhaltung der Geleise ob, ebenso der Schneebruch auf der Bahn, der so erfolgen soll, dass dadurch der Strassenverkehr so wenig als möglich gehemmt wird (Art. 27). Die Stadt ist berechtigt, die Strassenbahn ausserhalb der regelmässigen Betriebszeit für städtische Zwecke zu benützen, sei es unter Anwendung eigener Motorwagen, oder derjenigen der Konzessionärin, sei es unter Lieferung des Stromes durch die Stadt selbst, oder Benützung der elektrischen Kraft der Konzessionärin; für die Benützung der Geleise und der Leitung zahlt in solchen Fällen die Stadt keine Entschädigung, wohl aber für die Benützung von Kraft und Wagen (Art. 35).

Mit dem letzteren Passus wäre zusammenzuhalten, dass bei Verpfändung der Eisenbahn nur die „Kraftstation und die darin enthaltenen Betriebseinrichtungen“ als Pfandobjekt aufgeführt wurden, nicht auch die Leitungsanlage.¹⁾

Es scheint also, dass hier die beteiligten Instanzen davon ausgingen, dass die in öffentlichen Boden eingelagerten Schienen aus dem Eigentum der Gesellschaft ausscheiden und von dieser jedenfalls nicht mehr als Kreditobjekte verwendet werden können; — auf der andern Seite werden aber — wenigstens nach dem Beschluss des Regierungsrates — die Schienen auch nicht Eigentum der Stadt, denn nach Art. 40 der Konzession sollen erst wenn die Konzession verwirkt erklärt ist, „die Bauten und die übrigen Bestandteile der Bahn, soweit dieselben auf öffentlichem Grunde liegen, sofort ohne Entschädigung in das Eigentum der Stadt übergehen.“²⁾ So wenig klar dies alles ist, entscheidend ist, dass die Gesellschaft die inkorporierten Objekte nicht mehr als Kreditobjekte verwenden kann.³⁾ Es muss freilich hinzugefügt werden, dass bei andern Verpfändungsbewilligungen, soweit die Bahn öffentlichen Grund befährt, zwar nicht dieser Boden selbst, wohl aber das Recht zur Benutzung des öffentlichen Grundes und die Oberbaueinrichtungen als Pfandobjekte erscheinen; neben den Oberbaueinrichtungen werden auch besonders elektrische Leitungen erwähnt.⁴⁾

Das Gesagte ergiebt, dass der Gesetzgeber alle Veranlassung hat, sich deutlich über das Geltungsgebiet des Satzes

¹⁾ S. Bundesblatt 1896. IV, S. 107.

²⁾ Der Artikel fährt fort: Sie (die Bauten und Bestandteile) sind von dieser (der Stadt) jedoch einem etwaigen andern Unternehmer, dem die betreffende Konzession erteilt worden ist, unentgeltlich zur Verfügung zu stellen.

³⁾ Die nicht auf öffentlichem Grund befindlichen baulichen Anlagen des Unternehmers, sowie die beweglichen Sachen mit Einschluss der Wagen, Maschinen u. s. f. bleiben nach Art. 38 Abs. 2 Eigentum des Unternehmers. Hier scheint also das Accessionsprinzip ganz aufgegeben zu werden. Die städtische Konzession sagt darüber nichts.

⁴⁾ Vergl. Vollenweider, Zwangsliquidation der Eisenbahn (1901) S. 36, und neuerdings die Bewilligungen im Bundesblatt 1901 I, S. 184, 1901 III, S. 946, 1902 II, S. 1043.

superficies cedit solo auszusprechen. Wird nichts näheres gesagt, wird im besondern der Bestandteilsbegriff so eng gefasst wie in Art. 645, so werden die eben erwähnten Sachen nicht inkorporiert, aber auch nicht derart immobilisiert, dass sie nach den für Immobilien geltenden Rechtssätzen behandelt (veräussert, verpfändet) werden könnten.

Was der Entwurf hier eigentlich will, scheint sich mir aus Art. 676 zu ergeben; wenn hier das Baurecht zugelassen wird nicht nur bei Bauten, sondern auch bei „andern Vorrichtungen, die auf fremden Boden eingegraben, aufgemauert oder sonstwie dauernd mit dem Boden verbunden sind.“¹⁾ so scheint mir damit implicite gesagt zu sein, dass alle diese Vorrichtungen an sich, wie die Bauten stricto sensu, nach Art. 669 und 673 zu behandeln wären, dass aber wie bei jenen, durch besondere Vorkehrungen (Begründung eines Baurechts) der Eigentumsübergang verhindert und trotzdem die Immobilisierung herbeigeführt werden kann. Wenn demnach der Satz superficies cedit solo ein weiteres Anwendungsbereich erhält, als nach dem Wortlaut der Art. 669, 673, 678 anzunehmen wäre, so sollte dieser Satz irgendwo ausdrücklich aufgestellt und genau formuliert und nicht in die Formulierung des Art. 676 hinein versteckt werden. Es könnte dies am ehesten in der Weise geschehen, dass in Art. 669 die Formulierung des Art. 676 aufgenommen würde so dass statt „gepflanzt oder gebaut“ gesagt würde „durch bauen, pflanzen, einmauern, eingraben oder in anderer Weise dauernd mit dem Boden verbunden ist.“²⁾

Als Resultat würde sich dann ergeben: es müssen zwei Fälle unterschieden werden:

¹⁾ Der französische Text enthält statt der Aufzählung das allgemeine „ouvrage faisant corps avec un fonds“; das ist zu wenig, wenn damit auf Art. 645 verwiesen werden soll, und zu viel, wenn es die Verbindung zu einem Ganzen überhaupt bedeutet, da das Moment der Dauer nicht betont ist.

²⁾ Eine andere Lösung wäre folgende: Besondere Bestimmung über Bestandteile der Grundstücke in 645 und Verweisung hierauf in Art. 669, vergl. deutsches B. G. B. 946.

1. Die Sache ist fest und dauernd mit dem Boden verbunden; dann wird sie immobilisiert; sie fällt in das Eigentum des Bodeneigentümers (Fall *a*), sofern nicht ein Baurecht begründet ist (Fall *b*).

2. Die Sache ist nicht fest oder nicht dauernd verbunden; dann wird sie nicht immobilisiert; sie verbleibt im Eigentum des bisherigen Eigentümers.

Der grosse Unterschied zwischen Fall 1 *b* und 2 liegt darin, dass im ersten Fall die Grundsätze des Immobiliareigentums, im zweiten diejenigen des Mobiliareigentums zur Anwendung gelangen; Getrenntheit des Eigentums (am Boden und an der verbundenen Sache) existiert in beiden Fällen.¹⁾

II. Die Bestimmungen über den Bau auf fremdem Boden und den Bau mit fremdem Material (Art. 673, 674).

Der Entwurf hält diese beiden Fälle zusammen, auch in der Formulierung; das Verständnis wird hierdurch nicht erleichtert. Gedacht ist hier zunächst an ein Bauen ohne Baurecht (Art. 773). Im einzelnen scheint mir verschiedenes nicht einwandfrei zu sein.

a) In Art. 673 Abs. 2 giebt der Entwurf allgemein dem nichtwissenden Gegner des Bauenden das Recht, Wegnahme des Materials auf Kosten des Bauenden zu verlangen, sofern dies ohne unverhältnismässige Schädigung möglich ist. Das geht nun aber, wenn der Bauende in bona fide war, entschieden zu weit und stimmt auch schlecht zu der Berücksichtigung der Frage des Glaubens in Art. 674 und zu der

¹⁾ Es kann sich fragen, ob nicht einzelne Fälle, in denen jetzt nur nach Schema 1 *b* (Eintragung des Baurechts) die Eigentumstrennung herbeigeführt werden kann, nicht nach Schema 2 behandelt werden sollten; Fälle, in denen der Verkehr ohne weiteres getrenntes Eigentum (Mobiliareigentum) annimmt und wo ein Bedürfnis, die Sätze des Immobiliarsachenrechts verwenden zu können, für den Eigentümer deswegen nicht besteht, weil diese Sachen wegen ihrer Geringwertigkeit kaum je als Kreditobjekte in Frage kommen werden, z. B. Aufstellen von Reklametafeln auf fremdem Boden. Die Praxis wird sich in solchen Fällen wohl damit helfen, dass sie den Begriff der Fahrniusbauten anwendet und die Vorrichtung als nicht dauernd erklärt.

für den Bauenden so günstigen Regelung des Ueberbaus in Art. 675. Auch die kantonalen Gesetze gehen regelmässig¹⁾ nicht soweit, die Trennungspflicht allgemein in erste Linie zu rücken. Hat der Materialeigentümer bona fide gebaut, so genügt es, wenn ihm ein Trennungsrecht zugebilligt wird, das jetzt in Art. 673 und 674 gar nicht erwähnt ist, aber wohl aus Art. 981 gefolgert werden kann.

b) Art. 674 Abs. 1 lässt im Prinzip den Grundeigentümer „für das Material nach Ermessen des Richters“ Ersatz leisten. Das erfährt in Abs. 2 nähere Ausführung für den Fall der mala fides des Bauenden. Man sollte hiernach meinen, dass der bona fide Bauende immer nur für das Material und nie für die Arbeit entschädigt werde. Das ginge aber zu weit; es wäre wohl einfacher, statt „für das Material“ zu sagen „dem Materialeigentümer.“²⁾

c) In Art. 674 Abs. 3 ist nicht klar, wem das Recht, Herstellung des Miteigentums u.s.w. zu verlangen, zusteht; man könnte glauben, dass das Recht immer nur einer Partei zustehen könne. Wie ist es, wenn der Materialeigentümer bona fide gebaut hat und der Bodeneigentümer nichts davon wusste? kann dann nur der Materialeigentümer oder kann auch der Bodeneigentümer die Herstellung des Miteigentums verlangen? Beide können ein Interesse daran haben und beiden sollte das Recht

¹⁾ Freilich begegnet solch strenge Regelung in Aargau, Luzern, Solothurn, s. Huber, schweiz. Privatrecht II, S. 180 ff.; Unterscheidung nach dem Glauben des Bauenden besonders im französischen Recht, siehe (ausführlich) Planiol, Droit civil I, S. 450 ff. — Das zürcherische Recht giebt dem Grundeigentümer ein Wahlrecht: er kann entweder die Wegnahme gestatten oder Entschädigung verlangen (§ 132). Das Obergericht hat (s. Rechenschaftsbericht 1898 N. 22) diesen Paragraphen so ausgelegt, dass der Grundeigentümer immer auch das Recht habe, die Beseitigung zu verlangen; der Paragraph beschreibe nur die Pflichten des Grundeigentümers, sein Recht, die Beseitigung zu verlangen, ergebe sich aus § 108; das ist kaum zutreffend, da die Paragraphen 130 ff. allgemein „die Verbindung mit dem Grundstück“ regeln.

²⁾ Man kann nicht sagen „für Material und Arbeit“, da ja auch der Fall des bauenden Bodeneigentümers geregelt wird; dieser muss natürlich nur die Materialien ersetzen.

zustehen; dies wird deutlich, wenn gesagt wird: jede Partei, sofern sie in gutem Glauben war.

d) Art. 674 Abs. 3 redet nur von Herstellung des Miteigentums und von Auseinandersetzung nach den Vorschriften über das Miteigentum. Sollte hier nicht auch die Möglichkeit der Errichtung eines Baurechts nach Art. 676 vorgesehen werden? Damit ist unter Umständen den Interessen der Beteiligten viel besser gedient als mit einem Miteigentum.

III. Die Errichtung des Baurechts.

Für die Errichtung eines Baurechts im Sinn des Art. 676 ist erforderlich:

1. Belastung des Bodens mit einer Dienstbarkeit.
2. Ein Bauwerk. Dauernde Verbindung des Baues mit dem Boden.
3. Selbständigkeit des Baues.

1. Belastung des Bodens mit einer Dienstbarkeit.

Das Grundstück, mit dem das Bauwerk verbunden wird, wird belastet mit der Dienstbarkeit, diesen Bau zu dulden. Die Dienstbarkeit wird auf dem Blatt dieses Grundstücks eingetragen; sie ist eine servitus in patiendo. Der Belastung des Bodeneigentümers entspricht das Recht des Anderen, „auf oder unter dessen Boden ein Bauwerk zu errichten und zu erhalten“ (Art. 773).

Die Konstituierung der Dienstbarkeit geht gemäss Art. 773 der Errichtung des Baues voraus; sie kann selbständig erfolgen oder in Zusammenhang mit einem andern über das Grundstück abgeschlossenen Geschäft. Baut der Berechtigte, so wirkt die Dienstbarkeit in dem Sinn, dass das Gebäude nicht in das Eigentum des Bodeneigentümers (gemäss 669, 673) fällt, sondern im Eigentum des Bauenden verbleibt: der Bodeneigentümer muss auf seinem Boden das fremde Gebäude dulden.

In der Formulierung der einschlägigen Paragraphen kommt dieser Grundgedanke deswegen nicht ganz deutlich zum Aus-

druck, weil der Inhalt des Eintrages verschieden bezeichnet wird; nach Art. 676 wird der „Bestand des Baues als Dienstbarkeit eingetragen,“ nach Art. 773 „das Recht — ein Bauwerk zu errichten und zu erhalten als Dienstbarkeit auf das belastete Grundstück gelegt.“ Die Sache würde klarer, wenn Art. 676 auf Art. 773 verweisen und sagen würde, dass getrenntes Eigentum dann entstehe, wenn der Bauende kraft eines ihm zustehenden Baurechts, vergl. Art. 773, gebaut habe.

Mit dieser Regelung stellt sich der Entwurf zwischen das gemeinrechtliche und das französische System; der Satz superficies cedit solo soll nicht schlechthin zwingend sein, aber auch nicht eine blosse Rechtsvermutung. Er kann nicht durch einfache Parteiberedung, wohl aber durch eine im Grundbuch vorgemerkte Vereinbarung ausgeschlossen werden.

Der Entwurf sieht nur eine vertragliche Entstehung des Baurechts voraus; eine andere Möglichkeit der Entstehung ist oben bei Besprechung des Art. 674 Abs. 3 angedeutet worden. — Gleichgültig ist, ob das Baurecht gegen Entgelt oder ohne Entgelt eingeräumt wird; da der Bau als Immobile belastet werden kann, erscheint es zulässig, eine Entschädigung in Form der Grundlast auf den Bau zu legen.

Nicht ausdrücklich entschieden ist in Art. 676 die Frage, ob auch an bereits bestehenden Gebäuden ein Baurecht errichtet und so ex post facto eine Trennung von Bodeneigentum und Gebäudeeigentum herbeigeführt werden kann; Art. 773 Abs. 1 scheint eine solche Vereinbarung auszuschließen. Das Anwendungsgebiet des Instituts wird dadurch erheblich eingeengt.

2. Das Baurecht setzt ein Bauwerk (773) voraus.

Das „Bauwerk“ befindet sich „auf oder unter dem Boden“ des Grundeigentümers. Ueber die Frage, was unter „bauen“ hierbei zu verstehen sei, siehe oben.

Der Entwurf sagt ausdrücklich, dass bei Pflanzungen eine dem Baurecht entsprechende Dienstbarkeit nicht begründet werden könne. Die sogen. Pflanzungssuperficies wird nicht zugelassen, s. Art. 678 Abs. 2; im Einführungs-

gesetz sollen die überlieferten Eigentumsrechte an Bäumen auf fremdem Boden besonders anerkannt und deren Ordnung den Kantonen zugewiesen werden (S. 252, vgl. S. 258).

Dem geltenden kantonalen Recht ist die Möglichkeit getrennten Eigentums an Pflanzungen bekannt. Glarus und Zug reden in ihren Gesetzbüchern ausdrücklich davon und stellen hierin Gebäude und Pflanzungen gleich; ebenso der Code civil. In andern Kantonen hat die Praxis ein solches getrenntes Eigentum zugelassen, siehe die Entscheidungen bei E. Huber, Schweizerisches Privatrecht, II, S. 241 und dazu jetzt noch den bernischen Entscheid¹⁾ über die „nature juridique du droit de bois crû et à croître sur le fonds d'un tiers.“

Gegen das Institut der Pflanzungssuperficies wird namentlich geltend gemacht, dass es eine Fixierung der Kulturart bedeuten würde; einzelne Kantone haben bereits mit der Ablösung solcher Rechte begonnen. Die Mitteilungen des schweizerischen Bauernsekretariats über den ersten Teil des Sachenrechts erklären ausdrücklich, dass die Landwirte mit der Nichtzulassung eines dem Baurecht entsprechenden Pflanzrechts jedenfalls durchaus einverstanden seien, „solche Zustände sind der Erhaltung sicherlich nicht wert.“²⁾

Es sei hier nur noch darauf verwiesen, dass über die hier erörterte Frage vor nicht langer Zeit bei Beratung des Forstpolizeigesetzes auch in der Bundesversammlung diskutiert wurde. Der Entwurf des Bundesrates vom 26. Juni 1899 enthielt einen Artikel (18), nach welchem „Dienstbarkeiten und Eigentumsrechte“ mit denen Schutzwaldungen belastet sind, für den Fall, dass sie einer geordneten Waldwirtschaft hinderlich seien, „abgelöst beziehungsweise aufgehoben werden können.“ Bei der Beratung erklärte u. a. Curti³⁾ im National-

¹⁾ Zeitschrift des bern. Jur.-Ver. XXXV, S. 124 ff. Zeitschrift für schweiz. Recht N. F. XIX, S. 140 ff.

²⁾ Ueber die bisherigen Wandlungen des Entwurfs s. Erläuterungen, S. 88; der Entwurf wollte ursprünglich die Pflanzungssuperficies zulassen, aber den Kantonen das Recht geben, Bestimmungen über die Ablösung aufzustellen.

³⁾ Amtl. stenogr. Bulletin, S. 77.

rat, es komme in mehreren Kantonen die Erscheinung vor, dass Grund und Boden dem einen als Weide zu Eigentum gehöre, während einem andern der auf demselben Boden stehende Wald gehöre. Hier sei der Wald sozusagen eine Servitut auf der Weide, es sei das der Fall, den die römischen Juristen als Emphyteusis bezeichnen. Das Weideeigentum sei in diesem Fall für den Wald ebenso schädlich, wie sonst eine gewöhnliche Weideservitut und sollte wie diese abgelöst werden können. Von anderer Seite (Forrer)¹⁾ wurde bezweifelt, dass bei öffentlichen Waldungen eine derartige Emphyteusis vorkomme; man hielt es auch für gefährlich, von Ablösung oder Aufhebung von Eigentumsrechten zu reden. Eine Rückweisung an die Kommission hatte zur Folge, dass der Ausdruck „Eigentumsrechte“ getilgt wurde.²⁾

3. Das Gebäude muss ein selbständiges Bauwerk sein; vom „Baurecht“ des Art. 676 ist das „Recht auf den Ueberbau“ des Art. 675 zu unterscheiden.³⁾ Ragt ein Bau von einem Grundstück hinüber auf ein anderes, und wird hier ein Recht auf den Ueberbau konstituiert, so wird zwar — wie bei dem Baurecht — ein Grundstück belastet mit der Dienstbarkeit einen fremden Bau zu dulden, aber der überragende Bau bekommt nicht einen „besonderen Eigentümer“, sondern er wird Bestandteil des Grundstücks, von dem aus das Ueberragen stattfindet, und hat zum Eigentümer den Eigentümer dieses Grundstückes. Hier kommt es zu einer wahren Grunddienstbarkeit mit einem herrschenden und einem dienenden Grundstück; wird die Entschädigung gemäss Abs. 3 in Form der Rente festgesetzt, so liegt der Fall einer Grundlast (Art. 775 ff.) vor.

Die Abgrenzung von Ueberbau und selbständigem Bau kann unter Umständen Schwierigkeiten bereiten; wie steht es mit Bauten, die durch Leitungsapparate mit einem Hauptbau verbunden, etwa von diesem aus mit Kraft versehen

¹⁾ Ebenda S. 78.

²⁾ Ebenda S. 88 ff.; vergl. Dezembersession 1901, S. 610 (Ständerat), Junisession 1902, S. 148 (Nationalrat).

³⁾ s. Erläuterungen S. 87 unten.

werden? solche Bauten können nicht als Fälle blossen Ueberragens behandelt werden; man wird für den Begriff des Ueberbaus die körperliche Kohärenz fordern müssen, die durch das blosse wirtschaftliche Zusammengehören nicht ersetzt wird.

Die Regelung des Ueberbaus (empiètement), für die aus den kantonalen Rechten namentlich das Recht von Wallis ein Vorbild gab,¹⁾ erscheint in der Hauptsache zweckentsprechend geordnet.

Von dem deutschen Gesetzbuch (§§ 912 ff.)²⁾ unterscheidet sich der Entwurf hier wie in anderen Materien durch das grössere Mass von Bewegungsfreiheit, das er dem Richter gewährt. Hier sei nur auf zwei Punkte aufmerksam gemacht. Sollte nicht dem Richter gestattet sein, „wenn die Umstände es rechtfertigen,“ die Zuweisung des Bodeneigentums auch dann vorzunehmen, wenn sie nicht vom Ueberbauenden, sondern vom Bodeneigentümer beantragt wird? Durch die Worte „dem Ueberbauenden auf sein Verlangen“ scheint ein solches „Recht auf Grundabnahme“ (Wolff) ausgeschlossen zu werden; es sollte dem Grundeigentümer, der ohnehin unter dem Ueberbau zu leiden hat, dieses Recht vorbehalten sein.³⁾ Eine andere Frage wird weniger durch den Entwurf selbst, als durch die Erläuterungen nahegelegt. Der Entwurf gibt in Abs. 3 schlechthin das Recht auf den Ueberbau, wenn gegen den unberechtigten Ueberbau nicht sofort bei Beginn des Baues Einsprache erhoben wird; die Erläuterungen S. 85 exemplifizieren mit einem Fall, in dem der Bodeneigentümer trotz Kenntnis absichtlich sich nicht gegen den Ueberbau gewehrt hat. Die moderne Gesetzgebung zeigt in der Beantwortung dieser Frage (Relevanz des subjektiven Moments) verschiedene Lösungen; Wallis fordert gleichzeitig Nichtwissen

¹⁾ s. Huber, Schweiz. Privatrecht II, S. 180.

²⁾ S. hierüber M. Wolff, der Bau auf fremdem Boden, im besonders der Grenzüberbau, in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Prozess VI (1900).

³⁾ Das deutsche Gesetz (916) kennt nur ein Recht des Bodeneigentümers auf Grundabnahme, kein Recht des Ueberbauenden auf Grundabgabe.

des Bodeneigentümers und bona fides des Bauenden, während nach deutschem Recht die objektive Thatsache der Unterlassung einer Einsprache ohne Rücksicht auf das Wissen des Einspracheberechtigten genügt.¹⁾ Wahrscheinlich ist die Meinung des Entwurfs die, dass die Berücksichtigung des subjektiven Moments eingeschlossen ist in der Verweisung auf die „Umstände“ (wenn die Umstände es rechtfertigen); aber dann ist schliesslich alles in dieser Materie in das Ermessen des Richters gestellt.

Durch das Requisit der Selbständigkeit des Bauwerks wird auch das gesonderte Eigentum an einzelnen Stockwerken eines und desselben Hauses ausgeschlossen²⁾ (sogen. Stockwerks- oder Geschosseigentum); Uebergangsbestimmungen siehe Entwurf S. 258.

IV. Der Inhalt des Baurechts.

1. Der Entwurf geht davon aus, dass das Baurecht eine Dienstbarkeit sei; er behandelt das Institut im Abschnitt „Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten“ und trifft innerhalb dieses Titels folgende Anordnung: 1. Nutzniessung, 2. Wohnrecht, 3. Baurecht, 4. andere Gebrauchsrechte. Von den Grunddienstbarkeiten unterscheidet sich das Baurecht dadurch, dass es kein herrschendes Grundstück fordert,³⁾ von den persönlichen Dienstbarkeiten (Nutzniessung und Wohnrecht) durch die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit.

Das Baurecht wird zu gunsten einer bestimmten Person begründet, es ist aber — entgegenstehende Parteiberedung vorbehalten — nicht an diese Person gebunden, nicht höchstpersönlich, sondern vererblich und veräußerlich. Es frägt

¹⁾ Gut ausgeführt bei Wolff, der namentlich auf die geschichtliche Entwicklung der Lehre verweist.

²⁾ S. dazu die Erläuterungen S. 88 und meine Bemerkungen in dieser Zeitschrift, N. F. XIX, S. 357.

³⁾ Darin nähert sich das Baurecht den „andern Gebrauchsrechten (autres droits d'usage)“ des Art. 774. Die Ausstellungen, die ich bezüglich dieser Rechte in dieser Zeitschrift, N. F. XIX, S. 358 ff., gemacht habe, haben in der jetzt vorliegenden Redaktion Berücksichtigung gefunden.

sich, ob das Recht von Anfang an subjektiv dinglich errichtet werden kann, zu gunsten des jedesmaligen Eigentümers eines Grundstücks. Man setze folgenden Fall: Der Grundeigentümer hat auf seinem Boden ein Hauptgebäude, er will auf fremdem Boden ein für den Betrieb des Gewerbes im Hauptgebäude erforderliches Nebengebäude erstellen, das er durch Leitungen mit dem Hauptgebäude in Verbindung bringt¹⁾; kann nun ein Baurecht derart errichtet werden, dass der jeweilige Eigentümer des Hauptgebäudes den Bau auf dem anderen Grundstück haben dürfe? Hier würde eine wahre Grunddienstbarkeit vorliegen, mit einem herrschenden und einem dienenden Grundstück. Derartige Verhältnisse müssten wohl einfach als Grunddienstbarkeiten behandelt werden; die eigenartige Verselbständigung des Baues zu einem besonderen Immobile (Baurecht) bereitet hier wegen der Technik des Grundbuchs Schwierigkeiten, da die Bezeichnung des Eigentümers dieses Immobile immer nur durch die Verweisung auf ein anderes Grundbuchblatt erfolgen könnte.

2. Nach dem Entwurf äussert sich die Dienstbarkeit an dem Grundstück darin, dass kraft der Dienstbarkeit der Bauberechtigte Eigentümer des auf dem Grundstück errichteten Baues wird; nach der Formulierung des Art. 676 ist anzunehmen, dass dieser Effekt bereits durch die Eintragung der Dienstbarkeit und nicht erst durch die Anlegung eines besonderen Grundbuchblattes erzielt wird.

Der Satz, dass der Bauberechtigte kraft seiner Dienstbarkeit Eigentümer werde, hat auf den ersten Blick etwas auffälliges, auch dann, wenn man sich gegenwärtig hält, dass die beiden Rechte verschiedene Objekte haben (Boden, Gebäude). Das auffällige verschwindet aber, wenn man berücksichtigt, dass auch andere Rechte in dieser Materie dieselbe Rechtsauffassung zeigen und dass verwandte Erscheinungen auch sonst nachzuweisen sind. Der Satz, dass der Bauberechtigte (Superfiziär) kraft seines Rechts am Boden (jus in

¹⁾ Es ist oben bemerkt worden, dass derartige Verhältnisse nicht als Ueberbauten behandelt werden können.

re aliena) Eigentümer des Gebäudes (*jus in re propria*) werde, findet sich im französischen Recht.¹⁾ Und ähnliches findet sich auch sonst im Sachenrecht; man denke etwa an das Pfandrecht an Forderungen (O. R. 215); hier führt — man mag die Sache im übrigen konstruieren, wie man will — das dingliche Recht des Pfandgläubigers auch dazu, dass er kraft seines dinglichen Rechts ein dem Recht des Verpfänders wesensgleiches Recht erwirbt: er wird selbstforderungsberechtigt. Wie hier kraft des dinglichen Rechtes eines andern (Pfandgläubiger) gewisse Aeusserungen des Gläubigerrechts vom Gläubiger (Verpfänder) abgehoben und auf den dinglich Berechtigten übertragen werden, so werden auch bei dem Baurecht kraft der Dienstbarkeit eines andern gewisse Aeusserungen des Bodeneigentums (*superficies cedit solo*) vom Eigentümer abgehoben und dem dinglich Berechtigten zugewiesen.²⁾

Kraft seines Eigentums am Bauwerk kann der Bauberechtigte über dieses frei verfügen; der Satz, dass der Dienstbarkeitsberechtigte sein Recht in möglichst schonender Weise ausüben soll (Art. 730), findet dabei analoge Anwendung. Im übrigen kann der Bauberechtigte kraft seines Eigentums das Bauwerk veräussern und vermieten, ganz oder parzellenweise,

¹⁾ S. z. B. *Zachariae-Crome I*, S. 487 ff., 557 ff.; eine strengere Ansicht nimmt an, dass zur Einräumung der Baubefugnis noch ein ausdrücklicher Verzicht des Grundeigentümers auf das Accessionsrecht hinzutreten müsse, s. die Nachweise aus Judikatur und Litteratur bei Biermann, *Jherings Jahrb. f. Dogm.* XXXIV (N. F. XXII), S. 237 und die Ausführungen des oben, S. 14, Anm. 1, erwähnten bernischen Urteils.

²⁾ Eine besonders interessante Erscheinung bildet der *bail à domaine congéable* in der Basse-Bretagne (Gesetze vom 7. Juni 1791 und 8. Februar 1897). Hier ist der Pächter Eigentümer der von ihm errichteten Gebäude und Pflanzungen; er heisst darum auch domanier, der Bodeneigentümer (Verpächter) foncier; das Eigentum des Pächters wird im allgemeinen als Immobiliareigentum, im Verhältnis zum Verpächter als Mobiliareigentum behandelt. Macht der letztere vom Recht des *congément* Gebrauch, so muss er dem Pächter den Wert der *édifices et surfaces* ersetzen. Näheres über dieses eigenartige Institut und das neue Gesetz von 1897 s. Planiol, *droit civil I*, S. 448. 546. 655.

er kann es verändern oder auch abreissen; im letztern Fall erhält sich das Baurecht an der area; er kann einen neuen Bau errichten, wenn nicht ausdrücklich das Baurecht auf die Dauer des ursprünglichen Baues beschränkt worden ist; dasselbe gilt für den Fall des zufälligen Untergangs des Bauwerks.

3. Schliesslich ist vorgesehen, dass für das Baurecht ein besonderes Grundbuchblatt angelegt werden kann. Dadurch wird der Berechtigte in die Lage versetzt, sein Recht zu einem selbständigen Objekt des sachenrechtlichen Verkehrs zu machen und dasselbe nach den Grundsätzen des Immobiliarsachenrechts zu behandeln, also z. B. zu veräussern, zu verpfänden ohne Besitzübertragung.

Man kann sich fragen, wann und wozu die Anlegung eines Grundbuchblattes erforderlich sei. Nach Art. 676 muss angenommen werden, dass die Ausserkraftsetzung des Satzes superficies cedit solo schon durch die Eintragung der Dienstbarkeit herbeigeführt wird und dass die Anlegung eines besondern Blattes erst nötig wird, wenn der Bauberechtigte über sein Recht zu Grundbuch verfügen will.¹⁾

Nach Art. 773 besteht der Eintrag darin, dass das Baurecht als unbewegliche Sache in das Grundbuch aufgenommen wird; damit ebenso wird nach Art. 985 das Baurecht als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen; nach Art. 658 ist das eingetragene Baurecht eine unbewegliche Sache. Die Anlegung eines besonderen Blattes sieht auch das deutsche Recht vor,²⁾ ohne das Baurecht selbst als Grundstück zu bezeichnen.

¹⁾ Es ist wohl auch nicht anders gemeint, wenn die Erläuterungen S. 86 sagen, dass das Baurecht zu einem eigenen Eigentumsobjekt dadurch werden könne, dass es mit eigenem Folium in das Grundbuch aufgenommen werde.

²⁾ Grundbuchordnung § 7: Ist auf dem Blatte eines Grundstücks ein Erbbaurecht eingetragen, so ist auf Antrag für dieses Recht ein besonderes Grundbuchblatt anzulegen. Die Anlegung erfolgt von Amtes wegen, wenn das Recht veräussert oder belastet werden soll. Die Anlegung wird auf dem Blatte des Grundstücks vermerkt.

Die Erfahrungen, die man in Deutschland mit dem Erbbaurecht gemacht hat,¹⁾ haben ergeben, dass die Anlegung eines besondern Blattes für das Erbbaurecht und die grundbuchliche Verfügung über dieses Recht zu Schwierigkeiten führen, weil die Wirkung einer solchen Verfügung über das Recht nur schwer auf den Bau selbst bezogen werden kann, da dieser nicht als Bestandteil des Erbbaurechts betrachtet werden kann. (Näheres hierüber siehe unter V.) Da nun der Entwurf den Satz aufstellt, dass kraft des Baurechts Bodeneigentum und Gebäudeeigentum getrennt sind, erschiene es von dieser Grundlage aus konsequenter, einfacher und für den Laien verständlicher, wenn der Bau, das Bauwerk (nicht das Baurecht) als besonderes Grundstück behandelt und mit einem besondern Blatt ausgestattet würde; damit wäre deutlich gesagt, dass eine Verfügung über dieses Blatt direkt und in erster Linie auf das Gebäude zu beziehen sei, was der Parteiintention jedenfalls entspricht. — Man kann dagegen einwenden, dass der Bauberechtigte mehr habe als nur das Eigentum am Bau, dass er ein Recht am Boden habe, das ihm nach Fortfall des Baues verbleiben könne; wenn aber der Bau als besonderes Grundstück aufgenommen wird, so muss ohnehin bei Anlegung dieses Blattes vermerkt werden, dass es sich um Gebäudeeigentum kraft Dienstbarkeit an einem andern Grundstück handle, auf dessen Blatt ja überdies das Baurecht qua Dienstbarkeit figuriert; bei solcher näherer Bezeichnung des Objekts würde es sich dann aber wohl von selbst ergeben, dass eine Verfügung über dieses Objekt das Objekt tel quel ergreift. —

Es ist schliesslich zu bemerken, dass nach Art. 985 erst eine Verordnung des Bundesrates „das Nähere über die Art der Aufnahme“ (des Baurechts in das Grundbuch) festsetzen soll.

4. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Bauberechtigten und dem Bodeneigentümer richtet sich

¹⁾ S. hierüber vorläufig Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht S. 37. Oermann, Erbbaurecht und hypothekarische Belastung, Arch. f. bürg. Recht XX, S. 184 ff.

überdies nach dem Vertrage, auf dem das Baurecht basiert. Danach bestimmt sich auch, ob und in welcher Form der Bauberechtigte eine Gegenleistung zu machen hat; danach bestimmt sich auch die Dauer des Rechts; die Vererblichkeit kann wegbedungen werden, dagegen soll die Institution des Baurechts nicht zu Befriedigung ganz vorübergehender Interessen verwendet werden,¹⁾ das Baurecht soll nur als „dauerndes Recht“ (658,985) konstituiert werden; ein ziffernmässiges Minimum der Zeitdauer wird nicht aufgestellt.

Bezüglich des errichteten Baues können Bauberechtigter und Bodeneigentümer weitere Rechtsgeschäfte abschliessen; der Bauberechtigte kann für den Bau Servituten am Grundstück des Bodeneigentümers erwerben und umgekehrt.

V. Baurecht und hypothekarische Belastung.

Es sind zwei Fragen auseinander zu halten: 1. Errichtung eines Pfandrechts durch den Bauberechtigten; 2. Errichtung eines Pfandrechts durch den Bodeneigentümer bei Vorhandensein von Baurechten.

1. Errichtung eines Pfandrechts durch den Bauberechtigten.

Die Verpfändung erfolgt nach den Grundsätzen des Immobiliarsachenrechts; vorausgesetzt ist Anlegung eines besondern Grundbuchblattes gemäss Art. 773 und 985. Besitzübertragung ist nicht erforderlich.

Die Errichtung des Pfandrechts sollte unter allen Umständen das Bauwerk ergreifen; dieses erscheint den Parteien als das eigentliche Haftungsobjekt; dies wird aber nur dann erreicht und deutlich gemacht, wenn das Grundbuchblatt direkt auf das Bauwerk lautet, siehe oben. Auf welche praktische Schwierigkeiten man stösst, wenn man schematisch von der Immobilisierung und immobiliarrechtlichen Verpfändung des (als Grundstück gedachten) Baurechts ausgeht, zeigt

¹⁾ Das ist bekanntlich auch der Standpunkt, von dem das römische Recht ausgegangen ist. Ulp. 1 1 § 3 D. de superficie. XLIII, 18.

sich jetzt im deutschen Recht.¹⁾ Einverständnis herrscht nur darüber, dass gemäss § 95 das Bauwerk nicht Bestandteil des Bodens ist, also von der Bodenverpfändung nicht getroffen wird. Während aber die einen (z. B. Gierke) den Bau deswegen als Fahrnis behandeln und ganz von der immobiliarrechtlichen Behandlung ausschliessen wollen, versuchen andere den Bau als „Bestandteil des Baurechts“ (sic) zu behandeln, so dass eine Verpfändung des Baurechts auch den Bau treffen würde; um zu letzterem Resultat zu gelangen, stützen sich die einen einfach auf § 1017 Abs. 1²⁾ und ziehen aus diesem Paragraphen die Folgerung, dass das vom Erbbauberechtigten errichtete Gebäude gemäss § 94 wesentlicher Bestandteil des als Grundstück geltenden Erbbaurechts sei; andere verwenden, um zu demselben Resultat zu gelangen, mehr oder weniger gekünstelte Konstruktionen. Die neueste Untersuchung von Oertmann gelangt dazu, den § 1017 nicht auf das Erbbaurecht als Recht, sondern auf den dem Erbbaurecht unterworfenen Grundstücksteil oder Grundstücksgehalt zu beziehen; dieser sei eine körperliche Sache und dieser verselbständigtene Sache können wesentliche Bestandteile zu kommen, zu denen natürlich auch nach § 94 das vom Erbbauberechtigten errichtete Gebäude gehöre.

Die Wirkung einer solchen Verpfändung durch den Bauberechtigten muss so beschaffen sein, dass dem Recht des Bodeneigentümers kein Eintrag geschieht. Es kann also die Pfandverwertung nicht dazu führen, dass dem Bodeneigentümer sein Eigentum am Grundstück genommen wird, sondern immer nur dazu, dass an die Stelle des bisherigen Bauberechtigten eine neue Person einrückt. Auch die Bestimmungen über die Dauer des Rechts (z. B. Beschränkung des Rechts auf die Zeit der Existenz des Gebäudes) müsste der neue Erwerber gegen sich gelten lassen. Dem Pfandgläubiger geschieht dadurch kein Unrecht, da er sich bei Errichtung des

¹⁾ S. hierüber Oertmann, Erbbaurecht und hypothekarische Belastung, im Arch. f. bürg. Recht XX, S. 184 ff.

²⁾ § 1017 lautet in Abs. 1: Für das Erbbaurecht gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften.

Pfandrechts auf dem Folium des Baues selbst und nötigenfalls auf dem Folium des Bodens (Dienstbarkeitseintrag) über den Umfang der Berechtigung des Verpfänders orientieren konnte.

Ein besonders wichtiger Fall der Verpfändung ist der, wo der Verpfänder neben seinem eigenen Grundstück Bauwerke verpfänden will, die er auf fremdem Grund kraft Baurechts errichtet hat und die mit dem auf dem eigenen Grundstück stehenden Bau eine wirtschaftliche Einheit bilden. Für diesen Fall würde Art. 989 praktisch werden können, nach welchem mit Einwilligung des Eigentümers mehrere Grundstücke, auch wenn sie nicht unter sich zusammenhängen, auf ein einziges Blatt aufgenommen werden können mit der Folge, dass Eintragungen auf diesem Blatt für alle Grundstücke gemeinsam gelten. So wäre es möglich, durch Eintrag auf einem solchen „Kollektivblatt“ das eigene Grundstück mit den Bauwerken auf fremdem Boden zusammen zu verpfänden, also die wirtschaftlich zusammengehörende Anlage auch als einheitliches Kreditobjekt zu behandeln.

2. Errichtung eines Pfandrechts durch den Bodeneigentümer; Kollision von Grundpfand und Baurecht.

Hier muss unterschieden werden, je nachdem die Errichtung des Baurechts der Pfandbestellung zeitlich vorausgeht oder nachfolgt.

a) Baurecht älter als Grundpfand.

Hier wird das Bauwerk, da es nicht Bestandteil des Grundstücks ist, sondern einen besonderen Eigentümer hat, vom Grundpfand nicht ergriffen; Art 795 Abs. 1 findet keine Anwendung. Der Bauberechtigte kann sein Baurecht in vollem Umfang geltend machen; es leidet nicht unter der Pfandbestellung; das Baurecht geht den Pfandrechten vor.

b) Grundpfand älter als Baurecht.

Der Bodeneigentümer hat bereits ein Grundpfand bestellt. Dadurch wird er nicht gehindert, weitere Lasten auf die ver-

pfändete Sache zu legen. Nach Art. 803 gilt für Kollisionen von Dienstbarkeit und Grundpfand das Prinzip, dass die ältere Belastung der jüngeren vorgeht; es müsste also hier das Baurecht dem Grundpfand nachgehen.

Die Realisierung des Pfandrechts würde hier (vorbehältlich Abs. 3) zu einer Beseitigung des Baurechts führen; hat der Bauberechtigte noch gar nicht gebaut, so würde der neue Erwerber den Boden frei von einem Baurecht erhalten; hat der Bauberechtigte gebaut, so hätte er kein Recht mehr, seinen Bau auf dem Grundstück zu haben; der neue Erwerber kann ihn zur Wegnahme des Gebäudes gemäss Art. 673 anhalten, so dass der Bauberechtigte wenigstens den Abbruchswert des Gebäudes erhält. In praxi wird das wohl dazu führen, dass sich der neue Erwerber und der Bauberechtigte derart verstündigen, dass der erstere dem letztern den Bau abkauft.

Hat der Pfandgläubiger zu der Errichtung des Baurechts seine Zustimmung erteilt, so kommt dem Baurecht die volle Wirkung, wie im Fall *a*, zu.

VI. Die praktische Bedeutung des Baurechts.

Die praktische Bedeutung des Baurechts besteht im wesentlichen darin, dass in den privatrechtlichen Verkehr neue Kreditobjekte eingeführt werden. Während bisher nach den meisten Rechten eine bewegliche Sache durch Verbindung mit einem fremdem Grundstück aus dem Eigentum ihres bisherigen Eigentümers ausscheiden musste und deshalb kein Kreditobjekt mehr für ihn bilden konnte, ist jetzt die Möglichkeit geschaffen, trotz der Verbindung mit einem fremden Grundstück die verbundene Sache als Kreditobjekt im Eigentum des bisherigen Eigentümers zu belassen; während bisher die Immobilisierung immer einen Eigentumsverlust bedeutete, kann sie jetzt ein neues Immobile und damit eine selbständige Kreditquelle für den bisherigen Mobiliareigentümer schaffen.

1. Bleibt man zunächst bei den Bauwerken im engen Sinn, den Gebäuden und gebäudeähnlichen Anlagen, stehen, so

ist hier zunächst an die in den Erläuterungen erwähnten Beispiele, die Felsenkeller in der Ostschweiz und am Bodensee, die Alphütten auf genossenschaftlicher Alp, die Gasthöfe auf Allmendboden zu erinnern. Aus der zürcherischen Praxis wäre hier der Entscheid¹⁾ über das ganz in fremden Boden eingemauerte Trottwerk zu erwähnen, ein Fall, in dem die Partei-intention²⁾ sicherlich auf getrenntes Eigentum ging, aber nach dem geltenden Recht nur als Servitut unvollkommenen Schutz finden konnte; nach dem Entwurf würde in einem solchen Fall die Errichtung eines Baurechtes möglich sein, Art. 676 erwähnt den Fall des Einmauerns besonders.

2. Eine grosse soziale Bedeutung wird das Baurecht erlangen, wenn es gelingt, die Idee des Baurechts in der kommunalen Wohnungspolitik für Arbeiterwohnungen zu verwerten. Einzelne deutsche Städte³⁾ haben bereits begonnen oder beginnen jetzt, mit dem Erbbaurecht des bürgerlichen Gesetzbuchs Versuche anzustellen. Die Verträge werden auf 60, 80 bis 100 Jahre geschlossen gegen eine jährliche Rente, bei deren Bemessung der gegenwärtige Marktwert des Bodens zu Grunde gelegt wird; der Erbbauberechtigte übernimmt die Verpflichtung zur Instandhaltung der Gebäude; nach Ablauf des Vertrags fällt das Gebäude gegen eine im Vertrag vereinbarte Vergütung an den Grundeigentümer zurück. Die grösste Schwierigkeit, die sich der Anwendung des Erbbaurechts hier entgegenstellt, liegt darin, dem Arbeiter, dessen Haus auf fremdem Boden steht, zu ermöglichen, sein Ha u s

¹⁾ Urteil der Appellationskammer vom 11. November 1899, abgedruckt in den Blätt. f. handelsrechtl. Entsch. XIX, S. 37 ff.

²⁾ Das Trottwerk stand mehreren zu, die Rechte der einzelnen waren im Grundprotokoll als „Eigentumsrechte“ bezeichnet; eine Uebertragung einer solchen Mitberechtigung war als „Eigentumsübertragung“ gefertigt worden.

³⁾ S. hierüber die Mitteilungen der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre I (1902), S. 32; hier findet sich ein kurzes Referat über die Behandlung des Themas „Erbbaurecht und Arbeiterwohnungen“ an der XI. Konferenz der Centralstelle für Arbeiterwohlfahrtseinrichtungen.

zu verpfänden, also es als Kreditquelle zu benutzen.¹⁾ Die praktische Bedeutung für die Gemeinde besteht darin, dass sie das Bodeneigentum behält; dass ein Steigen der Bodenwerte ihr zu gute kommt, da sie nach Ablauf des Vertrages frei über das Grundstück disponieren kann.²⁾

3. Wenn Art. 676 nicht zu enge interpretiert wird und wenn die Ausführungen oben S. 9 ff. zutreffen, so können auch die dort erwähnten Fälle eine angemessene Regelung finden; es würde dann z. B. einer Elektrizitätsgesellschaft durch Eintragung der Baurechts-Dienstbarkeit die Möglichkeit verschafft, elektrische Anlagen (Kraftstationen, Leitungsanlagen) auf fremdem Boden nach den Grundsätzen des Immobiliarsachenrechts zu verpfänden; es wäre im besondern möglich, diese Anlagen auf fremdem Boden gleichzeitig mit dem auf eigenem Boden errichteten Hauptwerk zu verpfänden. Unter den Eingaben, die an den Redaktor des Entwurfs gerichtet wurden, findet sich eine aus industriellen Kreisen, die den Wunsch ausspricht, es sollte möglich gemacht werden, elektrische Leitungen mit dem Werk zu verpfänden; es scheint mir, dass durch die Artikel 676, 773, 985, 989 dieser Wunsch bereits erfüllt ist. Nach denselben Artikeln wäre es einer Wasserversorgungsgesellschaft möglich, neben dem eigenen Grundstück mit Reservoir auch das in fremdem Boden eingelegte Röhrennetz zu verpfänden.

4. Man könnte auch daran denken, dem Baurecht die Funktion eines Eigentumsvorbehalts zu geben. Es kommt vor, dass Maschinenfabriken die gelieferten Maschinen bei ihren Kunden fest einbauen und nun das Bedürfnis empfinden, bis zur Zahlung des Kaufpreises sich das Eigentum an den Maschinen vorzubehalten. Dies ist nun da, wo der Satz *superficies cedit solo* streng durchgeführt wird, nicht möglich, da die Maschinen durch die Inkorporation *ipso jure* aufgehört

¹⁾ S. hierüber die Erörterungen oben.

²⁾ Dieser Verwendung des Instituts geschieht Abbruch, wenn das Baurecht nur bezüglich eines vom Superfizial erst zu errichtenden Gebäudes zugelassen wird.

haben, im Eigentum des Lieferanten zu stehen. Man könnte nun daran denken, durch Konstituierung eines Baurechts die Eigentumstrennung herbeizuführen. Ich glaube nicht, dass eine derartige Verwertung des Instituts den Absichten des Entwurfs entsprechen würde. Das Baurecht soll ein dauerndes Recht sein und nicht zur Befriedigung ganz vorübergehender Bedürfnisse verwendet werden. Es ist wohl möglich, dass ein bereits bestehendes Baurecht im Falle eines vorübergehenden Geldbedürfnisses als Kreditobjekt von dem Bauberechtigten verwendet wird; aber es sollte nicht zulässig sein, dass das Baurecht für vorübergehende Zwecke erst errichtet wird, um durch seine Existenz eine Pfandfunktion zu erfüllen.¹⁾

Als Resultat meiner Ausführungen glaube ich den Satz aufstellen zu können, dass das Institut des Baurechts, da es einem praktischen Bedürfnis entgegen kommt, in das Gesetz — vorbehältlich genauerer Redaktion — aufzunehmen sei, trotzdem es einen Bruch mit einem alten Lehrsatz (*superficies cedit solo*) bedeutet, der in die meisten kantonalen Rechte Aufnahme gefunden hat.²⁾

¹⁾ Die amerikanische Judikatur hat sich in solchen Fällen für die Zulässigkeit des Eigentumsvorbehalts ausgesprochen, die Maschinen bleiben personal property des unbezahnten Lieferanten und kommen nicht in das Eigentum eines Dritten, der bona fide das Grundstück des Käufers, in das die Maschinen eingebaut sind, kauft, s. Biermann, Jherings, Jahrb. f. Dogm. XXXIV (N. F. XXII), S. 252 ff.

²⁾ Die Sache liegt insofern m. E. ganz gleich wie bei der Eigentümerdienstbarkeit, s. meine Ausführungen in dieser Zeitschrift N. F. XIX, S. 391 ff.; zustimmend Rümelin, S. 363.