Urteilskopf

92 I 539

85. Urteil der II. Zivilabteilung vom 10. November 1966 i.S. Schweizerische Eidgenossenschaft gegen den Regierungsrat des Kantons Bern.
Regeste (de):
Zulässigkeit und rechtliche Tragweite von Unterbaurechten.

1. Zu Lasten eines als Grundstück in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Baurechts kann eine Dienstbarkeit gleichen Inhaltes (sog. Unterbaurecht) errichtet und für diese zweite Berechtigung ebenfalls ein Grundbuchblatt eröffnet werden. (Art. 655 und 943 in Verbindung mit Art. 779 ff. ZGB).

Ist die Eintragung eines Unterbaurechts abzulehnen, wenn dadurch von vornherein unübersichtliche Rechtsverhältnisse geschaffen würden? Frage offen gelassen. (Erw. 1 und 2.)

2. Zulässigkeit eines die ganze Bodenfläche belegenden Baurechts und eines Unterbaurechts von ebenso grosser räumlicher Ausdehnung und gleicher Geltungsdauer. Ablehnung des Einwandes. es handle sich dabei praktisch um eine volle Übertragung des ersten Baurechts. Die beiden Rechte stehen nicht auf gleicher Stufe, und es bleiben dem ersten Berechtigten in jedem Fall gewisse Befugnisse vorbehalten: Heimfallsrecht (Art. 779 f bis h ZGB); gesetzliches Vorkaufsrecht (Art. 682 Abs. 2 ZGB). (Erw. 3 und 4).

3. Welchen wichtigen Interessen kann die Einräumung eines Unterbaurechts dienen? (Erw. 5).

4. Eine solche Rechtseinräumung stellt für den Bodeneigentümer keinen Vorkaufsfall dar. Folgen eines (im vorliegenden Fall zu verneinenden) Rechtsmissbrauches (Umgehungsgeschäftes). (Erw. 6).

Regeste (fr):
Admissibilité et portée juridique d'un droit de superficie au second degré.

1. Un droit de superficie immatriculé au Registre foncier comme droit distinct et permanent peut être grevé à son tour d'une servitude de même nature (dite droit de superficie au second degré) et un feuillet peut également être ouvert au Registre foncier pour ce second droit (art. 655 et 943 combinés avec art. 779 ss. CC).

L'inscription d'un droit de superficie au second degré doit-elle être prohibée lorsqu'il apparaît d'emblée que des rapports de droit enchevêtrés pourraient être créés par ce moyen? Question non résolue (consid. 1 et 2).

2. Admissibilité d'un droit de superficie grevant toute la surface d'un immeuble et d'un droit de superficie au second degré de la même étendue et de la même durée. Réfutation de l'objection selon laquelle il s'agirait pratiquement d'un transfert complet du premier droit de superficie. Les deux droits ne sont pas du même degré et le titulaire du premier conserve en tout cas certaines facultés; droit de retour (art. 779 f à h CC); droit de préemption légal (art. 682 al. 2 CC) (consid. 3 et 4).

3. Quel peut être l'intérêt de constituer un droit de superficie du second degré? (consid. 5).

4. La constitution d'un pareil droit ne donne pas lieu à l'exercice du droit de préemption du propriétaire foncier. Conséquences d'un abus de droit, soit d'un acte commis en fraude à la loi (nié en l'espèce) (consid. 6).

Regesto (it):
Ammissibilità e portata giuridica d'un diritto di superficie di secondo grado.

1. Un diritto di superficie intavolato nel registro fondiario come diritto per sè stante e permanente può essere a sua volta gravato da una servitù della stessa natura (detta diritto di superficie di secondo grado) per la quale può essere aperto un foglio del libro mastro (art. 655 e 943 combinati con gli art. 779 e segg. CC).

L'iscrizione di un diritto di superficie di secondo grado deve essere rifiutata quando appare subito che rapporti giuridici non chiari potrebbero in tal modo essere creati? Questione lasciata aperta (consid. 1 e 2).

2. Ammissibilità di un diritto di superficie che grava tutta la superficie del fondo e d'un diritto di superficie di secondo grado avente la stessa estensione e la stessa durata. Confutazione dell'obiezione secondo cui si tratterebbe praticamente di un completo trasferimento del primo diritto di superficie. I due diritti non sono dello stesso grado e il titolare del primo conserva certe facoltà: diritto di riversione (art. 779 f-h CC); diritto di prelazione legale (art. 682 cpv. 2 CC) (consid. 3 e 4).

3. Quale importante interesse può servire la costituzione di un diritto di superficie di secondo grado? (consid. 5).

4. La costituzione di un simile diritto non rappresenta un caso di prelazione per il proprietario del fondo. Conseguenze di un abuso di diritto, ossia d'un atto commesso per eludere la legge (negato nella fattispecie) (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 540

BGE 92 I 539 S. 540

A.- Das Grundstück Nr. 960 in der Gemeinde Leubringen, enthaltend 3432 m2 Bauland in Magglingen, steht im Eigentum der Einwohnergemeinde Biel. Diese räumte durch öffentlich beurkundeten Dienstbarkeitsvertrag vom 12. Mai 1965 der Schweizerischen Eidgenossenschaft ein selbständiges und dauerndes

BGE 92 I 539 S. 541

Baurecht ein, für welches am 29. Juli 1965 das Grundbuchblatt Nr. 1003 eröffnet wurde. Die Eidgenossenschaft schloss ihrerseits am 26. Mai 1965 mit der Wohnbaugenossenschaft Magglingen einen Dienstbarkeitsvertrag ab, wonach sie dieser Genossenschaft das bereits in jenem ersten Vertrag in Aussicht genommene Unterbaurecht einräumte. Der Vertrag vom 12. Mai 1965 enthält unter anderem folgende Bestimmungen: "- Der Baurechtsberechtigten wird das Recht erteilt, auf der baurechtsbelasteten Liegenschaft Wohnhäuser und allfällige Dependenzen dazu erstellen zu lassen. Sie wird ausdrücklich ermächtigt, den nicht als Gebäudeplatz benützten Teil der baurechtsbelasteten Liegenschaft als Hofraum, als Gartenanlagen, als Parkplatz oder dergleichen zu verwenden; - das Baurecht wird abgeschlossen für die Zeit bis 31. Dezember 2024; Erneuerung vorbehalten; - die Grundeigentümerin erklärt ihre Einwilligung dazu, dass die Baurechtsberechtigte das Baurecht in Form eines sog. Unterbaurechtes durch die Wohnbaugenossenschaft Magglingen ausüben lässt; sämtliche Vorschriften und Vereinbarungen des Vertrages sind dem Unterbauberechtigten zur Erfüllung zu überbinden; - die Baurechtsberechtigte ist berechtigt, auf dem ihr überlassenen Bauland drei in der Höhe und seitlich gestaffelte, durchschnittlich zweigeschossige Gebäudeblöcke erstellen zu lassen; die projektierten Wohnhäuser sollen spätestens am 31. August 1966 erstellt und bezugsbereit sein; - die Wohnungen sind in erster Linie den Angehörigen des Personals der Eidgenössischen Turn- und Sportschule Magglingen und allfälligen sonstigen Bediensteten des

Bundes, die beruflich in Magglingen tätig sind, zur Verfügung zu stellen." Der Unterbaurechtsvertrag vom 26. Mai 1965 deckt sich im Inhalt zum grössten Teil mit dem hievor beschriebenen Baurechtsvertrag. Insbesondere umfasst das Unterbaurecht den ganzen räumlichen Umfang des Baurechts, und es wird auf die ganze Dauer des Baurechts eingeräumt. Einzelne Bestimmungen sind teilweise anders formuliert, so diejenigen betreffend die Übertragbarkeit des Rechtes, den Zweck der Wohnungen, die Gebäudeübernahme-Entschädigung. Laut Art. 30 und 31 des Unterbaurechtsvertrages steht der Eidgenossenschaft ein Kaufs- und Vorkaufsrecht mit Preislimitierung zu, und zwar ist der Kaufs- bezw. Vorkaufspreis nach den gleichen Grundsätzen wie die Gebäudeübernahmeentschädigung zu bemessen. Das zeitlich unbeschränkte Kaufsrecht, das für zehn Jahre vorzumerken ist, kann ausgeübt werden,

a) wenn die Wohnbaugenossenschaft Magglingen ihr dingliches Recht wesentlich überschreitet oder wichtige vertragliche Verpflichtungen gröblich verletzt; b) wenn die Wohnbaugenossenschaft Magglingen jeweilen nicht wenigstens drei Monate vor Ablauf der Vormerkungsdauer zum Abschluss eines neuen Vertrages Hand bietet, durch den sie sich verpflichtet, das Kaufsrecht für eine neue Dauer von zehn Jahren im Grundbuch vormerken zu lassen.

B.- Am 27. September 1965 meldete die Eidgenossenschaft den Unterbaurechtsvertrag zur Eintragung und zur Eröffnung eines besondern Grundbuchblattes zu Gunsten der Wohnbaugenossenschaft Magglingen an. Doch lehnte das Grundbuchamt Biel diese Anmeldung am 5. Oktober 1965 ab, "weil das zur Eintragung verlangte selbständige und dauernde Unterbaurecht mit dem bereits z.G. der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Grundbuchblatt Nr. 1003) bestehenden Baurecht identisch ist und das Eigentum desselben durch den vorliegenden Unterbaurechtsvertrag (öffentlich verurkundeter Vertrag vom 26. Mai 1965) vollständig ausgehöhlt würde. Nach unserer Auffassung hat die Abtretung der Baurechte (vollumfänglich) in den Formen der Eigentumsübertragung von Grundstücken zu erfolgen."

C.- Eine gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde der Eidgenossenschaft wies der Regierungsrat des Kantons Bern als kantonale Aufsichtsbehörde in Grundbuchsachen am 2. November 1965 ab, aus folgenden Gründen: Wenn das Baurecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft seinem vollen Inhalte nach auf die Wohnbaugenossenschaft Magglingen übergehen soll, so kann dies nur in der Form der Eigentumsübertragung geschehen. Die Dienstbarkeitserrichtung, wie sie die Unterbaurechtsbestellung darstellt, kennt das Gesetz als Ersatz für die Eigentumsübertragung nicht. Anders als bei der Baurechtsdienstbarkeit, wo nur eine Begrenzung der Sachherrschaft in bestimmter Hinsicht vorgenommen wird, die übrigen Berechtigungen dem Grundeigentümer verbleiben, umfasst die vorliegende Unterbaurechtsbestellung den ganzen Inhalt des Baurechtes und damit die totale Eigentumsberechtigung. Eine Dienstbarkeit kann indessen lediglich eine begrenzte Sachherrschaft zum Inhalte haben. Trotz Grundbuchaufnahme und Blatteröffnung bleibt das Baurecht eine Dienstbarkeit. Als solche kann es überhaupt nicht mit einer Dienstbarkeit belastet werden. Wird aber das als Grundstück aufgenommene Baurecht mit

einer mit dem Inhalt des Baurechts übereinstimmenden Dienstbarkeit belastet, so wäre das Grundstück des ersten Baurechts inhaltsleer. Die Zulassung dieser Art der Rechtsweitergabe hätte zur Folge, dass die sehr oft in Baurechtsverträgen vereinbarten Übertragungsbeschränkungen wirkungslos würden. Auch die Ausübung des

gesetzlichen Vorkaufsrechts gemäss Art. 682 Abs. 2 ZGB wäre in Frage gestellt.

D.- Diesen Entscheid ficht die Eidgenossenschaft mit vorliegender Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht an, indem sie beantragt: "Der Entscheid des Regierungsrates des Kantons Bern vom 2. November 1965 sei aufzuheben und der Grundbuchverwalter von Biel sei anzuweisen, das Unterbaurecht gemäss Vertrag vom 26. Mai 1965 als selbständiges und dauerndes Recht zu Gunsten der Wohnbaugenossenschaft Magglingen auf Hauptbuchblatt Nr. 1003 der Schweizerischen Eidgenossenschaft im Grundbuch von Leubringen einzutragen".

E.- Die Justizdirektion des Kantons Bern, im Namen des Regierungsrates, schliesst auf Abweisung, das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement auf Gutheissung der Beschwerde.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Da das Baurecht der Beschwerdeführerin als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen ist (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 und Art. 943 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB), kann es nach den die Grundstücke betreffenden Regeln am Rechtsverkehr teilnehmen, also auch durch Grundpfandrechte und Dienstbarkeiten dinglich belastet werden (vgl. OSTERTAG, 2. A., N. 5 und 14-18 zu Art. 943 ZGB). Die streitige Anmeldung eines Unterbaurechts beruht auf einem formell gültigen Rechtsgrundausweis. Mit Recht haben jedoch das Grundbuchamt und die kantonale Aufsichtsbehörde dem sog. Legalitätsprinzip Rechnung getragen (unter Hinweis auf JENNY, Das Legalitätsprinzip. ZBGR 11 S. 192, und HOMBERGER, N. 39 zu Art. 965 ZGB) und geprüft, ob eine Dienstbarkeit dieses Inhaltes zulässig sei.

2. Grundsätzlich ist gegen die Einräumung eines Unterbaurechts nichts einzuwenden. Allerdings ist diese besondere Art einer Dienstbarkeit zu Lasten eines als Grundstück in das Grundbuch aufgenommenen Baurechts im Gesetze nicht ausdrücklich vorgesehen: weder in Art. 779, wie er von Anfang an im ZGB stand, noch in den neuen, seit dem 1. Juli 1965 in Kraft

stehenden ergänzenden Art. 779 a - 779 l. Ein Teil der älteren Literatur hielt, sich an Lehrmeinungen betreffend das deutsche Recht anlehnend, die Begründung von Unterbaurechten als unzulässig (so CHRISTEN, Das Baurecht nach dem schweiz. ZGB, Diss. Leipzig 1909, S. 109, und BRANDENBURGER, Das Baurecht der Art. 675 und 779 des schweiz. ZGB, Diss. Zürich 1910, S. 97). Diese Autoren erklärten, dem Baurecht fehle, auch wenn es als Grundstück fingiert werde, eben doch die Eigenschaft eines natürlichen Grundstücks, die reale Substanz eines Stücks Erdboden, das allein sich überbauen lasse und im wahren Sinne des Wortes Gegenstand eines Baurechts bilden könne; im übrigen würde die Errichtung von Unterbaurechten Verwirrung schaffen. Indessen gelangte man bald zur Einsicht, dass der Bauberechtigte daran interessiert sein kann, sein Recht, soweit er es nicht selbst ausüben, jedoch auch nicht endgültig preisgeben will, einem Dritten in Gestalt einer beschränkten dinglichen Berechtigung zur Ausübung zu überlassen. So zieht bereits PILET, Le droit de superficie du code civil suisse (thèse Lausanne 1912, S. 185-187) den Fall in Betracht, dass der Bauberechtigte sein Recht nur auf eine gewisse Zeitdauer nicht selber ausüben will. Es wurde in der Schweiz herrschende Ansicht, dass zu Lasten eines als Grundstück in das Grundbuch aufgenommenen Baurechts nochmals ein Baurecht (also eben ein Unterbaurecht) als Dienstbarkeit errichtet werden und auch seinerseits als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden könne (HAAB, N. 14 zu Art. 655 und N. 7 zu Art. 675 ZGB; MEIER-HAYOZ, N. 16

und 38 zu Art. 655 ZGB; LIVER, Über die Baurechtsdienstbarkeit, ZbJV 94/1958 S. 387 oben; STOECKLIN, Die Begründung von Baurechten unter Bedingungen und Auflagen sowie Beschränkungen des Inhaltes und der Übertragbarkeit, 1956, S. 40 ff.). Die Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Änderung der Vorschriften des ZGB und des OR betreffend das Baurecht und den Grundstückverkehr, vom 9. April 1963 (BBl. 1963 I S. 994) bejaht ohne Vorbehalt die Zulässigkeit der Errichtung von Unterbaurechten. Dem ist beizustimmen. Durch die Aufnahme als Grundstück in das Grundbuch wird ein selbständiges und dauerndes Baurecht allen Belastungen zugänglich, deren ein Grundstück fähig ist. Hievon die Errichtung von Unterbaurechten auszunehmen, besteht kein zureichender Grund. Es trifft nicht zu, dass das Unterbaurecht der realen Substanz entbehrt.

BGE 92 I 539 S. 545

Diese Substanz ist die gleiche wie diejenige des vom Bodeneigentümer eingeräumten Baurechts ersten Grades: die Bodenfläche (der Baugrund mit allfälligem Umgelände). Denn das Unterbaurecht besteht ebenfalls in der Befugnis, "auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten" (Art. 779 Abs. 1 ZGB). Das Recht des im ersten Grade Bauberechtigten wird in entsprechendem Umfang eingeschränkt, wie denn die "beschränkten dinglichen Rechte" allgemein den Eigentümer in der Ausübung seines Eigentums beschränken (vgl. LIVER, N. 6 der Einleitung des Kommentars zu Art. 730 ff. ZGB). Der Unterbauberechtigte erhält somit ein im Rahmen des Baurechts des Verleihers stehendes, ebenfalls dingliches Recht auf Benützung der Bodenfläche. Der Umstand, dass mitunter durch Errichtung von Unterbaurechten unübersichtliche Rechtsverhältnisse entstehen, hindert grundsätzlich die Zulassung derartiger Dienstbarkeiten nicht. Ob in einzelnen Fällen, wenn schwerwiegende solche Verwicklungen zu befürchten sind, die Errichtung einer Unterbaurechtsdienstbarkeit oder jedenfalls deren Aufnahme als besonderes Grundstück verweigert werden könne oder gar müsse, ist hier nicht zu prüfen. Denn im vorliegenden Fall - wo das für das Baurecht der Beschwerdeführerin eröffnete Grundbuchblatt weder Grundpfandbelastungen noch Vormerkungen aufweist - besteht keine derartige Gefahr. Eine gewisse Verflechtung von Rechtsverhältnissen aber, wie sie mit der Errichtung von Unterbaurechten und mit deren Aufnahme als Grundstücke ohne weiteres gegeben ist, muss hingenomnmen werden (vgl. auch hiezu MEIER-HAYOZ, N. 16 zu Art. 655 ZGB; PILET, a.a.O. S. 186; ED. v. STEIGER, Vom Baurecht, ZBGR 37/1956 S. 81 ff., bes. 100; STOECKLIN, a.a.O. S. 40 ff.; zum deutschen Recht, jedoch mit allgemeiner Erörterung der in Frage stehenden Rechtsverhältnisse: ERMAN, Das Untererbbaurecht, im Archiv für die civilistische Praxis NF 6/1926 S. 214 ff.). In teilweise abweichendem Sinn äussert sich Homberger (N. 9 zu Art. 943 ZGB); er hält die Eröffnung eines eigenen Blattes für Unterbaurechte nicht für gerechtfertigt, weil "Dienstbarkeiten, die ihrerseits an Dienstbarkeiten bestehen", nicht wie das zu Lasten der Liegenschaft selbst bestehende (erste) Baurecht als "Herrschaftsgebiet selbständiger Existenz mit Bezug auf Immobilien" zu betrachten seien, und auch kaum ein erhebliches Interesse an der Eröffnung solcher Grundbuchblätter bestehe. Demgegenüber

BGE 92 I 539 S. 546

ist bereits hievor dargetan worden, dass das Unterbaurecht ebenso wie das (erste) Baurecht die Benützung der Bodenfläche gestattet. Im übrigen hat sich auch immer mehr ein praktisches Bedürfnis nach Errichtung von Unterbaurechten gezeigt, unter anderem auf dem Gebiete der staatlichen und kommunalen Siedlungspolitik. Sie erscheint als ebenso sinnvoll und schutzwürdig wie etwa die Einräumung selbständiger und dauernder Wasserbezugsrechte zu Lasten eines als Grundstück in das Grundbuch aufgenommenen Quellenrechts. Werden solche Dienstbarkeiten des zweiten Grades auch ihrerseits gemäss Art. 655 und 943 als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen, so hat der in diesem Sinn Berechtigte ebenso wie der Verleiher eine dingliche Rechtsstellung. In

der Literatur wird auf den häufig vorkommenden Fall einer Baugenossenschaft hingewiesen, die sich an einer grösseren Bodenfläche ein Baurecht einräumen lässt, das Land hierauf in Bauplätze aufteilt und diese in Form von Unterbaurechten an die Genossenschafter zur Errichtung von Wohnhäusern abgibt. Hiebei wird die gesamte Baurechtsparzelle mit mehreren, je auf eine Teilfläche beschränkten Unterbaurechten belastet (vgl. HAAB, N. 7 zu Art. 675 ZGB und die erwähnte Botschaft des Bundesrates, BBl 1963 I 994; STOECKLIN, a.a.O. S. 40; betreffend Beispiele anderer Art s. PILET, a.a.O. S. 187, und STOECKLIN, a.a.O. S. 41).

3. Auch wenn ein Baurecht errichtet wird, das sich auf die ganze Bodenfläche erstreckt, bleibt das in solcher Weise belastete Grundstück des Bodeneigentümers bestehen. Dem Baurecht kommt in jedem Falle - auch wenn es ebenfalls, gemäss Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 und Art. 943 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB, als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen wird und also ein eigenes Grundbuchblatt erhält - bloss die rechtliche Eigenschaft einer Dienstbarkeit zu (BGE 89 I 265 Erw. 11 mit Hinweisen; BGE 90 I 253 /54 Erw. 2). So verhält es sich umso mehr mit einem Unterbaurecht (das gleichfalls die ganze Bodenfläche in Anspruch nehmen kann; vgl. FRIEDRICH, Die Neuordnung des Baurechtes, BJM 1966 S. 6). Somit erscheint der vorliegende Vertrag über die Errichtung eines Unterbaurechts keineswegs als verschleierte Übertragung des Baurechts der Beschwerdeführerin zu vollem Recht auf die erwähnte Wohnbaugenossenschaft, die alsdann mit der Eintragung im Grundbuch als unmittelbar Bauberechtigte an die Stelle der Beschwerdeführerin

zu treten hätte. Diese will vielmehr die Stellung der Bauberechtigten beibehalten und der erwähnten Genossenschaft bloss ein (an gesetzliche und vertragliche Vorbehalte geknüpftes) dingliches Recht an ihrem eigenen Baurechtsgrundstück einräumen. Dem Inhalte nach verdrängt das Baurecht freilich, wenn es die ganze Bodenfläche in Anspruch nimmt, das Recht des Bodeneigentümers auf Benützung des Grundstücks fast vollständig. Es sprengt damit den Rahmen des gewöhnlichen Begriffes der Dienstbarkeit, welche nur "bestimmte Eingriffe" gestattet bezw. die Eigentumsausübung nur "nach gewissen Richtungen" einschränkt (so nach Art. 730 ZGB betreffend die Grunddienstbarkeiten; auch die "andern Dienstbarkeiten" des Art. 781 ZGB gewähren nur ein Gebrauchs- oder Nutzungsrecht "in bestimmter Hinsicht"). Indessen nimmt das Baurecht unter den beschränkten dinglichen Rechten eine Sonderstellung ein. Es ist wie die Nutzniessung, das Wohnrecht und das Quellenrecht auf spezielle Weise geregelt. Im Unterschied zur Grunddienstbarkeit darf das subjektiv-persönliche Baurecht derart umfassend sein, dass es jede andere Benützung des Grundstücks (insbesondere auch durch den Bodeneigentümer selbst) ausschliesst (LEEMANN, N. 17 zu Art. 730 und N. 45 zu Art. 779 ZGB; STOECKLIN, a.a.O. S. 32 Fussnote 1; Botschaft des Bundesrates, BBl 1963 I S. 985). Ein solches inhaltlich unbeschränktes Benützungsrecht wäre unzulässig, wenn es nicht im Gesetz vorgesehen und geregelt worden wäre (LIVER, N. 15 zu Art. 730 ZGB). Immerhin findet das Baurecht eine Schranke in der zeitlichen Begrenzung (LEEMANN, N. 45 zu Art. 779; nach dem neuen Art. 779 l kann das Baurecht als selbständiges Recht auf höchstens hundert Jahre begründet werden, was mit der zeitlichen Begrenzung der Nutzniessung nach Art. 749 Abs. 2 ZGB übereinstimmt). Dadurch wird eine völlige Aushöhlung des Bodeneigentums vermieden. Ausserdem aber kann es bei grober Überschreitung des dinglichen Rechtes oder vertraglicher Pflichten durch den Bauberechtigten zum vorzeitigen Heimfall kommen (Art. 779 f bis h ZGB). Und endlich fragt es sich, ob nicht gewisse aus dem Bodeneigentum fliessende, aber nicht auf Benutzung gehende Rechte in allen Fällen dem Bodeneigentümer verbleiben. (Unter diesem Gesichtspunkt wird etwa der Fund eines Schatzes ausserhalb des Bauwerkes erörtert; vgl.

PLIET, a.a.O. S. 157 mit Hinweis auf das deutsche Recht; vgl. ferner MEIER-HAYOZ, N. 12 zu Art. 643 ZGB betreffend die Rechte an Altertümern und an Jagdwild). Das Unterbaurecht untersteht ebenfalls dem vorzeitigen Heimfall nach Art. 779 f bis h ZGB, was schon für sich allein ein Interesse des im ersten Grade Bauberechtigten begründet, der vollen Übertragung seines Rechtes auf einen Dritten die Einräumung eines Unterbaurechts vorzuziehen, sofern er das Baurecht zwar nicht selber ausüben, jedoch seine eigenen mit der Überbauung verfolgten Ziele sichern will.

4. Ungewöhnlich ist allerdings die im vorliegenden Falle vereinbarte Errichtung eines Unterbaurechts, das nicht bloss die ganze dem Baurecht unterstehende Bodenfläche erfasst, sondern ausserdem ebenso lange dauern soll wie das Baurecht selbst. Bei einer solchen Ausgestaltung des Unterbaurechts kommt der im ersten Grade Bauberechtigte normalerweise nie in die Lage, sein Baurecht selber auszuüben. Dennoch hat die Beschwerdeführerin ein Interesse, ihr Baurecht nicht zu vollem Recht auf die erwähnte Wohnbaugenossenschaft zu übertragen, sondern dieser bloss ein Unterbaurecht einzuräumen, das auch seinerseits durch Aufnahme als Grundstück in das Grundbuch verselbständigt werden soll. Auch bei voller Übereinstimmung des Inhaltes (Art der Überbauung), des Umfanges (Bodenfläche) und der Geltungsdauer hat man es mit verschiedenen Rechten zu tun. Das Baurecht und das Unterbaurecht stehen auf verschiedener Stufe. Deshalb kann eben der Bauberechtigte nach den bereits erwähnten Bestimmungen der Art. 779 f bis h ZGB unter Umständen die Übertragung des Unterbaurechts an ihn selbst verlangen, und es steht ihm frei, es alsdann (wenn es unbelastet ist) löschen zu lassen, worauf sein Baurecht wieder von dieser Last befreit wird. Ferner hat er an dem von ihm eingeräumten Unterbaurecht (gemäss dem seit 1. Januar 1965 geltenden Art. 682 Abs. 2 ZGB) ein gesetzliches Vorkaufsrecht. Da das Recht des vorzeitigen Heimfalls auch im Verhältnis Bodeneigentümer/Bauberechtigter gilt, können freilich die Gründe, die zum vorzeitigen Erlöschen des Unterbaurechts führen, unter Umständen zugleich den Untergang des Baurechts rechtfertigen und nach sich ziehen. Dies ist aber keine notwendige Folge. Es steht dem Bodeneigentümer frei, von dem ihm allfällig ebenfalls zustehenden Recht, den vorzeitigen Heimfall herbeizuführen, keinen Gebrauch zu machen

und es dem Bauberechtigten anheimzustellen, seinerseits die Rechte nach Art. 779 f bis h gegenüber dem Unterbauberechtigten auszuüben, wobei das Baurecht des ersten Grades bestehen bleibt und das Unterbaurecht auf den Bauberechtigten zu übertragen ist, der es allenfalls löschen lassen oder neu darüber verfügen kann. Ein gesetzliches Vorkaufsrecht nach Art. 682 Abs. 2 ZGB steht dem Bauberechtigten am Unterbaurecht, dem Bodeneigentümer aber nur am Baurecht zu.

5. Wenn der Bund sich die dingliche Rechtsstellung eines Bauberechtigten sichern will und deshalb sein Baurecht nicht auf die Wohnbaugenossenschaft überträgt, sondern ihr bloss ein Unterbaurecht einräumen will, so geschieht dies nicht nur der Form halber. Da der Bund Wohnbaugenossenschaften des Bundespersonals bis zu 98% der Baukosten finanziert und die Hypotheken zu Vorzugsbedingungen gewährt, will er dauernd in der Lage sein, die Zweckbestimmung der Wohnungen und der eingesetzten öffentlichen Gelder zu gewährleisten. Wie in den Beschwerdeschriften ausgeführt wird, soll es in gewissen Fällen, wo sich der Bund auf die Finanzierung des Bodenerwerbs durch eine Wohnbaugenossenschaft beschränkte, vorgekommen sein, dass die Genossenschaft die Entwicklung der Liegenschaftspreise ausnützte, um die Darlehen des Bundes zurückzuzahlen und die Wohnungen ihrer ursprünglichen Bestimmung, dauernd dem Bundespersonal zu dienen, zu entfremden. In neuester Zeit erwirbt der Bund daher den benötigten Boden selber und räumt den Wohnbaugenossenschaften lediglich ein Baurecht ein. Und wo er selbst nur ein Baurecht erwerben kann, behilft sich der Bund aus den gleichen Überlegungen mit der Einräumung eines Unterbaurechts an die Wohnbaugenossenschaft. Er schaltet eine solche Genossenschaft ein, um nicht selber als Bauherr und Vermieter tätig werden zu müssen. Als Bodeneigentümer und gegebenenfalls als Bauberechtigter bleibt er (bei Einräumung eines Baurechts oder Unterbaurechts)

in der Lage, über die richtige Ausübung des verliehenen (und allenfalls als Grundstück verselbständigten) Rechtes und über die Erfüllung der vertraglichen Pflichten zu wachen und, wenn nötig, durch Geltendmachung des Heimfallrechtes einzuschreiten.
Durch Einräumung eines Unterbaurechts verschafft sich der Bund im vorliegenden Fall noch besondere Vorteile: a) Von der Gebäudeübernahmeentschädigung, die er der

BGE 92 I 539 S. 550

Wohnbaugenossenschaft Magglingen zu entrichten haben wird, sind die Zinsvorteile abzuziehen, welche dieser Genossenschaft dadurch zukommen, dass ihre Gebäude vom Bund und nicht von andern Geldgebern belehnt werden. Der Hypothekarzins der Bundesdarlehen ist zum Zinsfuss, wie ihn die Hypothekarkasse des Kantons Bern während der Darlehensdauer angewendet hat, "aufzurechnen". Die Differenz zwischen dem bezahlten und dem aufgerechneten Zinsbetrag ergibt den genossenen Zinsvorteil (Art. 27 Abs. 3 des Unterbaurechtsvertrages). Diese Klausel gilt nicht auch im Verhältnis Einwohnergemeinde Biel/Schweizerische Eidgenossenschaft; sie kommt also allein dem Bund, als Baurechtsinhaber, zugute. b) In entsprechender Weise ist der Vorkaufspreis für das Unterbaurechts-Grundstück, nicht auch derjenige für das Baurechts-Grundstück, limitiert. Er bemisst sich nach den gleichen Grundsätzen wie die Gebäudeübernahmeentschädigung und ist für die Unterbaurechtsliegenschaft im Grundbuch vorzumerken (Art. 31 des Unterbaurechtsvertrages). Die Ansicht des Regierungsrates, das Baurechtsgrundstück der Beschwerdeführerin würde bei der Belastung mit dem in Frage stehenden Unterbaurecht "inhaltsleer", trifft nach alldem nicht zu.

6. Der angefochtene Entscheid hält der Anmeldung des Unterbaurechts endlich was folgt entgegen (Ziff. 6 der Erwägungen): "a) Die Zulassung dieser Art der Rechtsweitergabe hätte zur Folge, dass die bisher sehr oft in Baurechtsverträgen vereinbarten Übertragungsbeschränkungen wirkungslos würden; denn es handelte sich eben nicht um eine bewilligungspflichtige Eigentumsübertragung, sondern um eine Dienstbarkeitsbestellung. b) Auch die Anwendung des gesetzlichen Vorkaufsrechtes gemäss Art. 682 Abs. 2 ZGB wäre in Frage gestellt." Das erste dieser Argumente (a) beruht auf der Annahme eines Umgehungsgeschäftes. Danach hätte die Einräumung eines Unterbaurechts einfach als Ersatz für eine Übertragung des Baurechts selbst zu dienen, und es würde damit im wesentlichen beabsichtigt, das Vorkaufsrecht des Bodeneigentümers nicht zur Geltung kommen zu lassen. Dass die Baurechtserrichtung (und allenfalls auch die Einräumung eines Unterbaurechtes) mitunter zu solchen Zwecken missbraucht wird, ist zuzugeben;

BGE 92 I 539 S. 551

indessen braucht sie deswegen nicht als ungültig betrachtet zu werden, sondern es ist in einem solchen Falle so zu halten, als ob der eigentlich beabsichtigte, durch (Unter-)Baurechtseinräumung umgangene Verkauf vorläge, so dass das Vorkaufsrecht zum Zuge kommt (BGE 85 II 474 ff.). Im vorliegenden Falle kann aber von einem Umgehungsgeschäft solcher Art nicht gesprochen werden, weil, wie bereits dargetan, der Bund von Anfang an nicht beabsichtigte, sein Baurecht preiszugeben und einer Wohnbaugenossenschaft zu verkaufen, sondern schon mit dem Erwerb des Baurechts Zwecke verfolgte, denen nun auch die Beibehaltung dieses Rechtes und dessen Belastung mit einem Unterbaurecht zu dienen hat. Darüber wurde denn auch die Bodeneigentümerin sogleich unterrichtet, und sie stimmte im Baurechtsvertrag ausdrücklich der Ausübung des Baurechts durch die Wohnbaugenossenschaft Magglingen als Unterbauberechtigte zu. Im übrigen ist es nicht Sache des Grundbuchamtes und der Beschwerdeinstanzen, einem nicht klar zu Tage liegenden Rechtsmissbrauch nachzuforschen, und

vollends geht es nicht an, die Einräumung eines die ganze Bodenfläche in Anspruch nehmenden Baurechts oder Unterbaurechts wegen gelegentlich vorkommender rechtswidriger Zwecke allgemein zu verpönen. Auch das zweite Argument (b) hält der Prüfung nicht stand. Eine nicht rechtsmissbräuchliche Errichtung von Unterbaurechten stellt allerdings für den Bodeneigentümer keinen Vorkaufsfall dar. Das ist aber kein Grund, eine solche Dienstbarkeitserrichtung nicht zuzulassen und den Bauberechtigten vor die Wahl zu stellen, das Baurecht entweder selber auszuüben oder es gänzlich einem Dritten zu übertragen und im letztern Fall einen gesetzlichen Vorkaufsfall für den Bodeneigentümer zu schaffen. Hat man es nicht mit dem Ausnahmefall eines Umgehungsgeschäftes zu tun, so bildet die Errichtung von Unterbaurechten, auch wenn sie die ganze dem ersten Baurecht unterworfene Bodenfläche belegen, eine dem Inhaber des verselbständigten Baurechtes zustehende Verfügung.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Beschwerde wird gutgeheissen, der Entscheid des Regierungsrates des Kantons Bern vom 2. November 1965 aufgehoben und der Grundbuchverwalter von Biel angewiesen, das Unterbaurecht gemäss Vertrag vom 26. Mai 1965 als selbständiges

und dauerndes Recht zu Gunsten der Wohnbaugenossenschaft Magglingen auf Hauptbuchblatt Nr. 1003 der Schweizerischen Eidgenossenschaft im Grundbuch von Leubringen einzutragen.