



Mit Herrn Dr. Marius Roth zu besprechende Punkte i. S. ÖREB-Kataster, insbesondere Publikationsorgan

Ausgangslage:

Der ÖREB-Kataster ist betreffend die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen komplementär zum Grundbuch. Dies wird insbesondere durch das Zusammenspiel der beiden Vorschriften von Art. 16 Abs. 1 GeolG und Art. 962 Abs. 1 ZGB veranschaulicht.

Die Vorschrift von Art. 16 Abs. 1 GeolG ist insoweit ungenau, als dass sie festhält, dass Gegenstand des Katasters die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen sind, die nach den Vorschriften des ZGB nicht im Grundbuch angemerkt werden. Hier ist wohl aber die Vorschrift von Art. 962 Abs. 1 gemeint, die sehr wohl öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen aus anderen Gesetzen als dem ZGB vorsieht.

Will man unterschiedliche Arten von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen verhindern, so muss die Vorschrift von Art. 680 ZGB, welche vorsieht, dass gesetzliche Eigentumsbeschränkungen – zu welchen selbstredend auch die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen gehören – ohne Eintrag im Grundbuch bestehen, auch für den ÖREB-Kataster gelten.

Problemfelder:

a) Doppelspurigkeit Grundbuch – ÖREB-Kataster

Wenn man die beiden Vorschriften von Art. 16 Abs. 1 GeolG und Art. 962 Abs. 1 ZGB konsequent anwendet, so sollte es keine Schnittmenge zwischen öffentlich-rechtlichen Anmerkungen im Grundbuch und im ÖREB-Kataster geben. Eine Doppelspurigkeit von Einträgen in Grundbuch und ÖREB-Kataster wird denn in der Lehre kritisiert. Nichtsdestotrotz wird in Art. 129 Abs. 2 GBV eine solche Doppelspurigkeit vorgesehen.

Eine solche Doppelspurigkeit ist wohl aufgrund einer besseren Übersicht für den betroffenen Eigentümer zu begrüssen, mithin wäre eine Schnittmenge von Grundbuch und ÖREB-Kataster unvermeidbar.

b) Auslegung von Art. 962 ZGB

Die im Rahmen der Sachenrechtsrevision von 2012 angepasste Vorschrift von Art. 962 ZGB ist eine Konkretisierung von Art. 680 ZGB. Neu müssen für ein bestimmtes Grundstück verfügte Eigentumsbeschränkungen des öffentlichen Rechts, die dem Eigentümer eine dauerhafte Nutzungs- oder Verfügungsbeschränkung oder grundstücksbezogene Pflichten auferlegen, im Grundbuch angemerkt werden. Um Abgrenzungsschwierigkeiten zum ÖREB-Kataster, der die generell-abstrakten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen erfasst, verhindern zu können, muss Art. 962 ZGB insoweit ausgelegt werden, dass sämtliche grundstücksbezogenen Eigentumsbeschränkungen im Grundbuch einzutragen sind, sei es, dass sie auf einer individuell-konkreten Verfügung basieren, sei es, dass sie auf einer generell-konkreten Allgemeinverfügung basieren, da diese beiden rechtlichen Begriffe ohne Weiteres austauschbar sind.

Generell wäre es zu begrüssen, dass die flächenbezogenen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen dem ÖREB-Kataster unterstellt sind und die grundstücksbezogenen dem Grundbuch, nota bene mit einem Verweis auf den ÖREB-Kataster (vgl. Art. 129 Abs. 2 GBV).

c) Wirkung des ÖREB-Katastereintrags

Wie oben festgehalten, gilt die Vorschrift von Art. 680 Abs. 1 ZGB auch für den ÖREB-Kataster, der zum Grundbuch komplementär ist. Dies wiederum hat zur Folge, dass sämtlichen Einträgen der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, sei es in das Grundbuch, sei es im ÖREB-Kataster, keine Rechtswirkung zukommt. Den Einträgen in den beiden Katastern kommt so lediglich ein Informationsgehalt zu (vgl. BBI 2006 S. 7859). Art. 962 ZGB, der im Rahmen der Sachenrechtsrevision revidiert worden ist, und eine Konkretisierung von Art. 680 ZGB ist, nimmt diesen Gedanken auf, sodass der neuen Eintragungspflicht von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, die auf einer Verfügung oder Allgemeinverfügung basieren, keine Rechtswirkung zukommt, mithin der Eintrag rein deklaratorischer Natur ist.

Einzige Ausnahme von diesem Grundsatz ist, dass die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung des Art. 32d^{bis} Abs. 4 USG (Kataster der belasteten Standorte) insoweit eine Rechtswirkung entfaltet, als dass über besagte Grundstücke nicht mehr gültig verfügt werden kann (Verfügungsbeschränkung/Grundbuchsperr). Aufgrund des Gesagten wäre es gerade widersprüchlich, diese Anmerkungen im Grundbuch zu löschen und in den ÖREB-Kataster zu überführen. Die Rechtswirkungsentfaltung dieser öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung steht nicht im Widerspruch zur Prämisse des ÖREB-Katasters, als das Bundesgesetz (USG) diese Rechtswirkung vorsieht.

Da die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen kraft Art. 680 und 962 Abs. 1 ZGB unabhängig von einem Eintrag in das Grundbuch oder in den ÖREB-Kataster Rechtswirkungen entfalten, findet die Fiktion der Kenntnis des Grundbucheintrags gemäss Art. 970 Abs. 4 ZGB für öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen gerade keine Anwendung. Dies wurde im Rahmen der Vernehmlassung zum GeolG indes verkannt, sodass man Art. 17 GeolG stipuliert hat, der eine Fiktion der Kenntnis des Katasterinhalts vorsieht. Diese Fiktion wiederum, sei es die von Art. 970 Abs. 4 ZGB betreffend das Grundbuch, sei es diejenige von Art. 17 GeolG betreffend den ÖREB-Kataster, steht in einem klaren Widerspruch zu Art. 680 ZGB. Aufgrund des Gesagten findet die Vorschrift über den gutgläubigen Erwerb von Art. 973 ZGB weder für das Grundbuch, noch für den ÖREB-Kataster Anwendung. Nochmals kurz zusammengefasst ist dies deswegen der Fall, weil die Einträge der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen in Grundbuch und ÖREB-Kataster keine Rechtswirkung entfalten.

d) Publikationsorgan

Das rechtliche Konstrukt des Publikationsorgans steht klar im Widerspruch zur Prämisse der Botschaft des GeolG, dass dem ÖREB-Kataster lediglich ein Informationscharakter zukommt. Das Publikationsorgan würde indes nur insoweit eine eigenständige Bedeutung entfalten, sofern die Publikationen Rechtswirkungen entfalten würden, mithin durch die Publikation ein Fristenlauf begründet würde.

Eine Rechtswirkung des Publikationsorgans steht wiederum in einem klaren Widerspruch zur Vorschrift des Art. 680 ZGB. Um diesen Widerspruch beheben zu können und damit das Publikationsorgan Rechtswirkungen entfalten könnte, die nicht im Widerspruch zu Art. 680 ZGB stünden, würde es nicht ausreichen, die kantonalen Fachgesetzgebungen dergestalt anzupassen, dass die Rechtswirkung der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen erst mit Aufschaltung im Publikationsorgan eintritt, weil es kein das Bundesrecht derogierendes kantonales Recht gibt (vgl. Art. 49 BV). Aufgrund des Gesagten müsste man – neben den kantonalen Fachgesetzgebungen – auch die Vorschrift von Art. 680 ZGB anpassen.

Selbstredend wäre dieser Umstand auch in der eidgenössischen, wie auch in den kantonalen Verordnungen zum ÖREB-Kataster zu berücksichtigen.

Basel, den 2. März 2017
Dr. Amir Moshe

Schlussfolgerungen und Erkenntnisse aus dem Gespräch mit Herrn Dr. Marius Roth – im Beisein von Herrn Simon Rolli

Grundsätzliches

Sämtliche Thesen von Herrn Dr. Amir Moshe wurden anlässlich der Besprechung vom 3. März 2017 von Herrn Dr. Marius Roth – im Sinne eines natürlichen Konsenses – bestätigt. Im Folgenden werden alsdann noch die einzelnen Erkenntnisse festgehalten.

1. Individuell-konkret versus generell-abstrakt

Im Schrifttum wird die Ansicht postuliert, dass das Grundbuch und der ÖREB-Kataster insofern zueinander komplementär sind, als dass im Grundbuch – in Anlehnung an die Vorschrift von Art. 962 Abs. 1 ZGB – die individuell-konkreten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen erfasst werden und im ÖREB-Kataster die generell-abstrakten.¹ Diese Aussage der Lehre ist im Hinblick auf das rechtliche Institut der Allgemeinverfügung (generell-konkret) wie folgt zu relativieren:

Zum einen spricht die Botschaft zum GeolG im Zusammenhang mit dem Gegenstand des ÖREB-Katasters von generell-konkreten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen und zum anderen ist es aufgrund der Nähe und der Austauschbarkeit von Verfügung einerseits (individuell-konkret) und Allgemeinverfügung (generell-konkret) ohne Weiteres vorstellbar, dass auch auf einer Allgemeinverfügung basierende öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen Eingang in das Grundbuch finden. Zu denken wäre etwa an öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen betreffend die Denkmalpflege und den Kataster der belasteten Standorte.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass aufgrund der Nähe und Austauschbarkeit von Verfügung einerseits und Allgemeinverfügung andererseits, diese Begriffe keine klare Trennung von Grundbuch und ÖREB-Kataster ermöglichen. Zielführender scheint es, bezüglich der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen zwischen grundstücksbezogenen und flächenbezogenen Eigentumsbeschränkungen zu unterscheiden. Während erstere grundsätzlich Gegenstand des Grundbuchs sind, sind letztere grundsätzlich Gegenstand des ÖREB-Katasters und zwar unabhängig von der rechtlichen Tatsache, ob diese auf einer Verfügung oder Allgemeinverfügung basieren.

2. Das Publikationsorgan unter Würdigung von Art. 680 ZGB

Die Vorschrift von Art. 680 ZGB, die besagt, dass gesetzliche Eigentumsbeschränkungen – zu welchen zweifellos auch die öffentlich-rechtlichen zu zählen sind – ohne Eintrag im Grundbuch bestehen, gilt unweigerlich auch für den ÖREB-Kataster, der sich zum Grundbuch komplementär verhält. Ein Teil der Lehre vertritt nun aber die Ansicht², dass das offizielle Publika-

¹ So etwa SCHMID/HÜRLIMANN-Kaup, Sachenrecht, Rz. 493b; PFAMATTER, Handkomm., Art. 962 N 5; vgl. auch Botschaft zum Registerschuldbrief, S. 5332.

² Vgl. etwa HUSER, Publikation von Eigentumsbeschränkungen - neue Regeln, in: Baurecht (4/2010), S. 175; in diesem Sinne auch STEINAUER, Droit de la construction et système d'information du territoire, in: Gauchs Welt, FS für Peter Gauch, Zürich 2004, 917 ff., 927.

tionsorgan des ÖREB-Katasters nur Sinn mache, wenn der Eintrag konstitutiv sei, mithin die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen erst mit deren definitiven Eintrag in den Kataster in Kraft träten. Diese Aussage der Lehre, die in Anlehnung an die Vorschrift von Art. 971 Abs. 1 ZGB von einem absoluten Eintragungsprinzip ausgeht, bei welchem das Recht erst mit Eintrag in das Grundbuch entsteht bzw. mit Eintrag in den ÖREB-Kataster entstehen würde, verkennt nun aber gerade die Tatsache, dass die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen dem relativen Eintragungsprinzip unterliegen und eine solche Auslegung aufgrund des Widerspruchs zu Art. 680 ZGB bundesrechtswidrig wäre. Die Kantone können nicht bestimmen, dass die Anmerkung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung im Grundbuch bzw. deren Eintrag im ÖREB-Kataster nach kantonalem Recht rechtsbegründete Wirkung zukommt.³

Zur Lösung dieses „Gordischen Knotens“ sind nun zwei Lösungsansätze denkbar:

Zum einen könnte man – neben den rubrizierten Fachgesetzen – die Vorschrift von Art. 680 ZGB insoweit anpassen, dass die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen erst mit Eintrag in den ÖREB-Kataster entstehen. Gegen diese Lösung spricht jedoch, dass die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, die kraft der Vorschrift von Art. 962 Abs. 1 ZGB Eingang in das Grundbuch finden, weiterhin ohne Eintrag in das Grundbuch bestünden. Eine solche Ungleichbehandlung von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen ist aufgrund des Aspekts der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit klar abzulehnen.

Zum anderen wäre es denkbar, die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen – und zwar losgelöst vom ÖREB-Kataster – vor deren eigentlichen Rechtskraft bzw. Vollstreckbarkeit in einem ersten Schritt in dem Publikationsorgan zu publizieren und erst in einem zweiten Schritt nach deren Rechtskraft bzw. Vollstreckbarkeit definitiv in den ÖREB-Kataster zu integrieren. Eine parallele Aufnahme der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen in das Publikationsorgan einerseits und in den ÖREB-Kataster andererseits wäre möglich, wenn letzterem zu entnehmen wäre, dass es sich um einen noch nicht definitiven Eintrag handle.

Diese Lösung hätte den Vorteil, im Einklang mit der Vorschrift von Art. 680 ZGB zu stehen, als dass dem Eintrag in den ÖREB-Kataster lediglich eine deklaratorische Wirkung zukäme. Ebenso würde dieser Lösungsvorschlag eine Gleichbehandlung sämtlicher öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen gewährleisten, sei es, dass sie Eingang in das Grundbuch finden, sei es, in den ÖREB-Kataster.

Da das Publikationsorgan losgelöst vom ÖREB-Kataster zu würdigen ist, wäre es denn auch ohne weiteres vorstellbar, die noch nicht rechtskräftigen bzw. vollstreckbaren öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen im Kantonsblatt zu publizieren. Dies hätte wiederum den Vorteil, verschiedene konkurrierende Publikationsorgane im Sinne derer lead-Funktion nicht koordinieren zu müssen.

Basel, den 7. März 2017
Dr. Amir Moshe

³ Vgl. auch BGer 1C_151/2010, E. 2.3 = ZBGR 92/2011, S. 117 ff.