

**Gutachten in Sachen rechtliche Würdigung der
Vorschrift von Art. 17 GeolG, insbesondere in einer
Gegenüberstellung der positiven Rechtskraft des
Grundbuchs (Art. 970 Abs. 4 ZGB) und der positiven
Publizitätswirkung des Handelsregister (Art. 936b
Abs. 1 OR) einerseits, sowie in Berücksichtigung
des ÖREB-Katasters als (kantonales)
Publikationsorgan (Art. 2 Abs. 2 ÖREBKV) und der
geplanten Vervollständigungsmassnahmen aus dem
SGP32-Thurgau andererseits im Rahmen der
Teilrevision des Geoinformationsgesetzes (GeolG)**

zuhanden dem Bundesamt für Landestopographie swisstopo

Dr. Amir Noah Moshe, Geschäftsführer Die Brückenbauer GmbH

I. Einleitung

- 1 Der ÖREB-Kataster, der als gänzlich neues rechtliches Institut in Europa bis dato erst in der Schweiz erfolgreich eingeführt wurde, hat seit der Idee zur Einführung eines solchen, der tatsächlichen Einführung und dessen Weiterentwicklung eine nicht unwesentliche Dynamik erfahren, die sich insbesondere auch auf dessen verschiedene Funktionen und damit einhergehend rechtliche Wirkung ausgewirkt hat. Während man bei der Idee der Einführung eines ÖREB-Katasters und teilweise auch in der Pilotphase noch das Ziel verfolgte, mit dem ÖREB-Kataster nach dem Vorbild des Grundbuchs ein rechtliches Institut zu schaffen, in dem Rechte und/oder Lasten begründet bzw. (aktuell) publiziert werden, herrscht heute Klarheit darüber, dass dem ÖREB-Kataster als qualifiziertes Informationssystem ausschliesslich eine informative und mithin nicht rechtsbegründende Wirkung zukommt. Die Vorschrift von Art. 17 GeolG soll deshalb auch dahingehend gewürdigt werden, dass der ÖREB-Kataster in den letzten knapp 20 Jahren eine rechtliche Entwicklung durchgemacht hat, die sich aber *nota bene* im Geoinformationsgesetz (GeolG) noch nicht niedergeschlagen hat.
- 2 Im Rahmen dieses Gutachtens soll alsdann auch die Vorschrift von Art. 17 GeolG im Kontext des ÖREB-Katasters als qualifiziertes Informationssystem des Bundes (Art. 2. Abs. 1 ÖREBKV) einerseits und als (kantonaes) Publikationsorgan (Art. 2 Abs. 2 ÖREBKV) andererseits rechtlich gewürdigt werden und allfällige Unterschiede aufgezeigt werden. Ferner soll hier auch untersucht werden, ob die Einführung der im Rahmen des Schwergewichtsprojekts 32 des Kantons Thurgau aufgezeigten Vervollständigungsmassnahmen in Bezug auf den Inhalt des ÖREB-Katasters – nämlich die *individuell-konkreten* öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen im Zuge der Aufhebung des Dualismus zum Grundbuch (Art. 16 Abs. 1 GeolG i. V. m. Art. 962 Abs. 1 ZGB), die *generell-abstrakten* unmittelbaren ÖREB und die behördenverbindlichen bzw. mittelbar eigentümerverbindlichen Beschränkungen¹ – durch die Vorschrift von Art. 17 GeolG bzw. durch dessen Streichung tangiert würden.
- 3 Im Zusammenhang mit der Vorschrift von Art. 17 GeolG werden im Schrifttum und den Gesetzesmaterialien unterschiedliche Begriffe wie unter anderem Fiktion oder auch positive Publizitätsfunktion verwendet. Dabei wird nicht oder nur zu ungenau auf die Unterschiede im Hinblick auf die Funktion und Wirkung dieser verschiedenen Begriffe Bezug genommen. Vor dem Hintergrund dieser Tatsache soll im nächsten Kapitel auf diese verschiedenen Begrifflichkeiten und deren unterschiedliche Funktion und Wirkung genauer eingegangen werden.

¹ Vgl. zum ganzen eingehend MOSHE, Schlussbericht des Schwergewichtsprojekts 32 des Kantons Thurgau «Die Berücksichtigung von behördenverbindlichen bzw. mittelbar eigentümerverbindlichen Beschränkungen und weitere Vervollständigungsmassnahmen in Bezug auf den Inhalt des ÖREB-Katasters.», S. 7 f., 16 ff., 26 ff. und 42 ff. m.z.H.; vgl. auch ARNOLD/BÜHLER/GUBSER/SCHWENKEL, Machbarkeitsstudie ÖREB-Kataster «Vervollständigungsmassnahmen in Bezug auf den Inhalt des ÖREB-Katasters.», S. 13 ff., 22 ff. und 29 ff.

II. Begrifflichkeiten

- 4 Die an dieser Stelle genauer zu untersuchenden Begrifflichkeiten – wie Rechtsfiktion, unwiderlegbare gesetzliche Vermutung, widerlegbare gesetzliche Vermutung, positive Publizationswirkung und negative Publizitätswirkung – haben alle gemeinsam, dass sie in der jeweiligen konkreten Situation für Rechtssicherheit sorgen sollen, insofern als sie generell an die Stelle einer unsicheren oder nicht eingetretenen Situation treten (die aber hätte eintreten sollen oder können, aber nicht eintreten müssen).² Ferner generieren sie auch eine rechtliche Wirkung, und zwar in Bezug auf die Beweislastverteilung in Abweichung von Art. 8 ZGB.³
- 5 Rechtsvermutungen werden weiterhin in widerlegbare und unwiderlegbare unterteilt, während es im Gegensatz dazu nur eine Art von Rechtsfiktion gibt. Im Hinblick auf die Publizitätsfunktion bzw. -wirkung wird in der Lehre und Rechtsprechung betreffend das Handelsregister⁴ und das Grundbuch⁵ wiederum zwischen einer positiven (vgl. Art. 936b Abs. 1 OR und Art. 973 Abs. 4 ZGB) und einer negativen (vgl. Art. 936b Abs. 2 OR und Art. 970 Abs. 4 ZGB) unterschieden.
- 6 Sowohl in der Doktrin⁶ als auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁷ wird bedauerlicherweise regelmässig nicht oder zu ungenau zwischen den verschiedenen Begrifflichkeiten differenziert, was insbesondere in Bezug auf die Unterscheidung zwischen Rechtsfiktion einerseits und unwiderlegbarer gesetzlicher Vermutung andererseits gilt.⁸

1. Rechtsfiktion

- 7 Mit Rechtsfiktion wird ein Mechanismus bezeichnet, mit dem ein Zustand fingiert wird, der mit Sicherheit nicht eingetreten ist. Es handelt sich also um eine künstlich geschaffene Konstruktion einer rechtlich relevanten Tatsache, die (generell) nicht existiert.⁹ Am bekanntesten dürfte in der Rechtspraxis der Fall der Fiktion der Zustellung sein: Nach Ablauf einer gesetzten Frist gilt eine Sendung auch dann als zugestellt, wenn sie nicht angenommen bzw. abgeholt wurde, mit allen damit verbundenen Folgen (wie etwa dem Beginn des Fristenlaufs für eine mögliche Berufung oder Beschwerde gegen eine gerichtliche Entscheidung oder einen Widerspruch gegen einen Verwaltungsbescheid). Hier ist es völlig ohne Bedeutung, ob der Adressat die Sendung später doch noch annimmt, oder ob er gar von der Sendung niemals erfahren hat.¹⁰ Auch in der Vorschrift von Art. 156 OR wird in Bezug auf die Verhinderung der Erfüllung einer Bedingung wider Treu und Glauben mittels einer Fiktion

² Vgl. dazu eingehend ALBRECHT, Fiktionen im Recht, in: Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Bd. 75, S. 235 ff.

³ Vgl. LARDELLI/VETTER, BS-Komm., Art. 8 ZGB N 65 ff. m.w.H.; HABSCHIED, Zivilprozessrecht, Rz. 646 f.

⁴ Staat vieler BGE 5A_571/2012, E. 4.2; ECKERT, BS-Komm., Art. 936b OR N 6 ff. m.w.H.

⁵ BGE 124 II 49 ff., 54 E. 3; PFAMMATTER, OF-Komm., Art. 970 ZGB N 14 f. und Art. 971 ZGB N 2 ff.

⁶ Vgl. beispielsweise DEILLON-SCHEGG, Handkomm., Art. 970 ZGB N 26: «Der Grundsatz, wonach die Einwendung, dass jemand eine Grundbucheintragung nicht gekannt habe, ausgeschlossen ist, wird als positive Rechtskraft des Grundbuchs bezeichnet. Das Gesetz erhebt diesen Grundsatz zur unwiderlegbaren Vermutung (Fiktion).».

⁷ Vgl. beispielsweise BGE 1C_739/2021, E. 3.2: «Im Unterschied zu den (Kaskaden-) Sicherungsentzügen nach Art. 16b Abs. 2 lit. f und Art. 16c Abs. 2 lit. e SVG liegt dem Sicherungsentzug gemäss Art. 16c Abs. 3 lit. a SVG weiter nicht die **unwiderlegbare gesetzliche Vermutung bzw. die Fiktion der Unverbesserlichkeit der betroffenen Fahrzeugführerin resp. des betroffenen Fahrzeugführers zugrunde.**».

⁸ Vgl. dazu eingehend die Ausführungen bei Rz. 8 ff.

⁹ Vgl. eingehend zur gesetzlichen Fiktion ALBRECHT, Fiktionen im Recht, in: Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Bd. 75, S. 121 ff. und 178 ff. m.z.W.

¹⁰ Vgl. BGE 130 III 396 S. 398, E. 1; BGE 2C_364/2021, E. 3.3.2.

operiert, indem bei Erfüllung der Voraussetzungen die Bedingung als erfüllt gilt, obwohl sie in Tat und Wahrheit nicht eingetreten bzw. ausgefallen ist.¹¹

- 8 Rechtsfiktionen werden im Regelfall in Gesetzen mit der Formulierung: «gilt als» oder «wird betrachtet, als ob» statuiert.¹²

2. Widerlegbare gesetzliche Vermutung

- 9 In Rechtsvorschriften wird die widerlegbare Vermutung üblicherweise mit den Worten «es wird davon ausgegangen» eingeleitet, um einen rechtlich relevanten Umstand vorauszusetzen. Schon aus dem Namen ergibt sich, dass diese Vermutung durch entsprechenden Beweis des Umstands, dass die Tatsache eben eingetreten ist (oder nicht) widerlegt werden kann und dann hinter die Sachlage zurücktritt. Typische Beispiele aus dem Bereich des Rechtsgeschäftsverkehrs sind etwa die Annahme der Urteilsfähigkeit (vgl. Art. 16 ZGB) sowie des guten Glaubens (vgl. Art. 3 Abs. 1 ZGB) bei Personen, die ein Rechtsgeschäft eingehen.¹³ Ausserhalb des Rechtsgeschäftsverkehrs begegnet man etwa der widerlegbaren Vermutung der Vaterschaft auf Seiten des Ehegatten der Kindesmutter (vgl. Art. 255 ZGB) oder der Unschuldsvermutung im Strafrecht (vgl. Art. 10 StPO und Art. 32 BV).¹⁴

3. Unwiderlegbare gesetzliche Vermutung

- 9 Bei der unwiderlegbaren Vermutung ist die Präsumtion wiederum kategorischer Natur (sog. *praesumptio iuris et de iure*), sodass ein möglicher anschliessender Gegenbeweis in Form eines Beweises des Gegenteils sie nicht entkräften kann.¹⁵ Typischerweise wird sie mit den Worten eingeleitet: «es gilt, dass». Diese Vermutung ist weniger typisch als die widerlegbare Vermutung; Beispiele finden wir im Vertragswesen bei der Vermutung des unbefristeten Mietverhältnisses, hingegen nur dann, wenn die Parteien in dieser Hinsicht keine ausdrückliche Abrede getroffen haben.
- 10 Wie andersorts bereits erwähnt, wird im Schrifttum, in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und zuweilen auch in den Gesetzesmaterialien zu ungenau bis gar nicht zwischen der Rechtsfiktion einerseits und der unwiderlegbaren gesetzlichen Vermutung andererseits differenziert, sondern diese werden vielmehr als Synonyme verwendet.¹⁶
- 11 Eine gesetzliche Vermutung wird vom Gesetzgeber in jenen Fällen angeordnet, wo er die Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB – «*Wo das Gesetz nichts anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.*» – verändern möchte.¹⁷ Die vermutete Tatsache braucht dann von der an sich beweisbelasteten

¹¹ Statt vieler VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Obligationenrechts, S. 273.

¹² Vgl. etwa der Gesetzeswortlaut von Art. 156 OR: «*Eine Bedingung gilt als erfüllt, wenn ihr Eintritt von dem einen Teile wider Treu und Glauben verhindert worden ist.*».

¹³ HONSELL, BS-Komm., Art. 3 ZGB N 31 ff.; JÄGGI, BE-Komm., Art. 3 ZGB N 104 ff.; FANKHAUSER, BS-Komm., Art. 16 ZGB N 47 ff.; BUCHER/AEBI-MÜLLER, BE-Komm., Art. 16 ZGB N 153 ff.

¹⁴ SCHWENZER/COTTIER, BS-Komm., Art. 255 ZGB N 1; vgl. auch [BGE 119 Ia 460 ff., 482 E. 6e.](#)

¹⁵ DESCHENAUX, SPR II, S. 267 f.; WALTER, BE-Komm., Art. 8 ZGB N 438 ff. m.w.H.

¹⁶ Vgl. etwa BOTSCHAFT ZUM GEOINFORMATIONSGESETZ (GeolG) 2006, S. 7859: «*Dem Kataster wird durch das Geoinformationsgesetz allerdings zusätzlich eine Publizitätswirkung zuerkannt: Es besteht mit Artikel 17 die gesetzliche Fiktion, dass jene öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, die im Kataster enthalten sind, allen Personen bekannt sind.*»; vgl. auch [BGer 1C_739/2021, E. 3.2;](#) DEILLON-SCHEGG, Handkomm., Art. 970 ZGB N 26.

¹⁷ LARDELLI/VETTER, BS-Komm., Art. 8 ZGB N 65 ff. m.w.H.; JÄGGI, BE-Komm., Art. 3 ZGB N 98 und 116.

Partei nicht mehr dargelegt und im Streitfall bewiesen zu werden, sondern es ist am Gegner, sie zu widerlegen¹⁸. Nur bei einer unwiderleglichen Vermutung ist der Gegenbeweis in Form des Beweises des Gegenteils kategorisch ausgeschlossen. Immerhin kann aber auch hier die vermutete Tatsache objektiv richtig sein, nur kommt es darauf nicht an. Dagegen zeichnet sich eine Rechtsfiktion dadurch aus, dass vom Gesetz eine Tatsache unterstellt wird, die der Wahrheit unter keinen Umständen entspricht. Ein weiteres Beispiel einer Rechtsfiktion ist neben den beiden bereits genannten das sogenannte «Nasciturus» gemäss Art. 544 Abs. 1 ZGB: «Das Kind ist vom Zeitpunkt der Empfängnis an unter dem Vorbehalt erbfähig, dass es lebendig geboren wird.»¹⁹

4. Positive und negative Publizitätswirkung bzw. Rechtskraft

- 12 Die positive und negative Publizitätswirkung bzw. Rechtskraft sind primär Begriffe des Registerwesens, nämlich des Handelsregisters und des Grundbuchs, und stehen im Sinne einer funktionalen Wechselwirkung in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander.²⁰ Die beiden Begrifflichkeiten werden im Schrifttum teilweise unterschiedlich, zuweilen sogar konträr verwendet, worauf an geeigneter Stelle noch genauer einzugehen ist.²¹

a. Positive Publizitätswirkung bzw. Rechtskraft

i. Handelsregister (Art. 936 Abs. 1 OR)

- 13 In der Vorschrift von Art. 932a OR wird der Beginn der Wirksamkeit der Eintragungen im Handelsregister gegenüber Dritten und mithin der Beginn der Publizitätswirkung im Sinne von Art. 936b OR geregelt.²² Ab dem genannten Zeitpunkt tritt mitunter die Wirkung des positiven Publizitätsprinzips ein, das heisst die unwiderlegbare gesetzliche Vermutung der Kenntnis des Handelsregistereintrags.²³
- 14 Die positive Publizitätswirkung nach Art. 936b Abs. 1 OR besagt, dass ein Dritter nicht einwenden kann, er habe eine wirksam gewordene Eintragung nicht gekannt; es gilt die unwiderlegbare gesetzliche Vermutung der allgemeinen Kenntnis des Registerinhalts, und zwar unabhängig von der Existenz oder Qualität einer faktischen oder rechtlichen Beziehung des Betroffenen zum entsprechenden Rechtsträger.²⁴ Gegenüber Dritten wird nach der Vorschrift von Art. 936b Abs. 2 OR eine Eintragung im Handelsregister am Tag nach der (elektronischen) Publikation im SHAB wirksam.²⁵ Als eine Folge davon ist nach der

¹⁸ DESCHENAUX, SPR II, S. 249; HABSCHIED, Zivilprozessrecht, Rz. 646; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 20; vgl. auch [BGE 138 III 781 ff. 783 f. E. 3.5.3.](#)

¹⁹ Statt vieler SCHWANDER, BS-Komm., Art. 544 ZGB N 2 f.

²⁰ MOSHE, Gutachten in Sachen Erläuterung des Spannungsverhältnisses zwischen ÖREB-Kataster und Grundbuch und Darlegung der daraus resultierenden Schnittstellen (vgl. Art. 962 ZGB, Art. 16 GeolG und Art. 129 Abs. 2 GBV) einerseits sowie in Sachen Auslegung der Haftungsnorm für die Führung des ÖREB-Katasters (Art. 18 GeolG) und Beleuchtung der Fiktion der Kenntnis dessen Inhalts (Art. 17 GeolG) andererseits, S. 119; vgl. in diesem Sinne auch ZOBL, Grundbuchrecht, Rz. 104 ff.

²¹ ZOBL, Grundbuchrecht, Rz. 106 ff. und 341 ff. m.w.H.

²² Statt vieler ECKART, BS-Komm., Art. 932a OR N 8 ff. m.w.H.; vgl. auch [BGE 103 V 120 ff., 123.](#)

²³ VOGEL, OF-Komm., Art. 932b OR N 13; ECKART, BS-Komm., Art. 932b OR N 6 f.; vgl. auch [BGE 96 II 439 ff., 444: «Le but d'une société anonyme, tel qu'il a été inscrit au registre du commerce \(art. 641 ch. 3 CO\), est censé connu des tiers et leur est opposable. Le tiers qui conclut un marché sans s'informer sur ce point en assume le risque et supporte le dommage qui peut en découler \(art. 933 CO\).».](#)

²⁴ Statt vieler VOGEL, OF-Komm., Art. 932b OR N 13; [BGE 5A_571/2012, E. 4.2.](#)

²⁵ ECKART, BS-Komm., Art. 932a OR N 8; VOGEL, OF-Komm., Art. 932a OR N 8.

bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Rahmen des kaufmännischen Verkehrs der Vertrauensschutz gemäss Art. 33 Abs. 3 OR im Sinne der Anscheinsvollmacht stark eingeschränkt.²⁶ Im Innenverhältnis wiederum werden Beschlüsse – sofern sie nicht bloss über eine Innenwirkung verfügen – mit der Genehmigung durch das Eidgenössische Handelsregisteramt rückwirkend und zwar auf den Zeitpunkt der Eintragung in das Tagesregister rechtswirksam (vgl. Art. 34 HRegV0).²⁷

ii. Grundbuch (Art. 970 Abs. 4 ZGB)

- 15 Die Vorschrift von Art. 970 Abs. 4 ZGB verwehrt jedermann die Einwendung, einen Grundbucheintrag nicht gekannt zu haben²⁸, wobei sich diese Regelung auch auf die Einschreibungen im Tagebuch erstreckt.²⁹ Die Kenntnis des Grundbuchs als einer grundsätzlich öffentlichen Einrichtung wird gemäss der Literatur fingiert, das heisst unwiderlegbar vermutet (sog. Fiktion der Kenntnis des Grundbucheintrags).³⁰ Diese Fiktion wird in der Doktrin mehrheitlich als sogenannte positive Rechtskraft oder positive Rechtswirkung des Grundbuchs bezeichnet.³¹ Sie hat zur Folge, dass sich ein gutgläubiger Erwerber eines dinglichen oder vormerkbaren persönlichen Rechts nicht auf Unkenntnis der durch das Grundbuch ausgewiesenen Rechtslage berufen kann.³² Auch im Kontext der positiven Rechtskraft bzw. Rechtswirkung des Grundbuchs wird im Schrifttum nicht bzw. zu ungenau zwischen Fiktion und unwiderlegbarer Vermutung differenziert, sondern diese beiden Begriffe als austauschbare Synonyme verwendet³³, was inkorrekt und abzulehnen ist.³⁴ Richtigerweise handelt es sich auch bei der positiven Rechtskraft bzw. Rechtswirkung des Grundbuchs um eine unwiderlegbare gesetzliche Vermutung, gegen welche jeglicher Gegenbeweis ausgeschlossen ist, mithin die mögliche Beweisführung eines Dritten, einen Grundbucheintrag nicht gekannt zu haben, kategorisch ausgeschlossen ist.³⁵
- 16 Die unwiderlegbare Vermutung der Kenntnis des Grundbuchinhalts erstreckt sich nach der herrschenden Lehre auf die Eintragungen im Grundbuch im engeren Sinn, namentlich auf das Eigentum und die beschränkten dinglichen Rechte, sowie die Vormerkungen.³⁶ Nach einer neueren Lehre soll sich nun die positive Rechtskraft auch auf die Anmerkungen erstrecken, da ihr Zweck, eine bestimmte Rechtslage publik zu machen, nur erfüllt werden könne, wenn

²⁶ Vgl. BGer 4C.293/2006, E 2.1.3 und 2.2.2; BGer 4C.147/2000, E 2a/aa/aaa; BGer 4C.377/1995 E 3b und BGE 120 II 197 ff., 202 f E 3a in Bezug auf eine Handlungsvollmacht.

²⁷ Statt vieler ECKART, BS-Komm., Art. 936a OR N 12 und Art. 936b OR N 3; vgl. auch BGE 84 II 34 ff., 42.

²⁸ Statt vieler ZOBL, Grundbuchrecht, Rz. 106; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, Rz. 460.

²⁹ Vgl. BGer 5A_227/2007, E. 2.5; SCHMID, BS-Komm., Art. 970 ZGB N 32a.

³⁰ Statt vieler SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, Rz. 460.

³¹ Vgl. zur uneinheitlichen Terminologie im Kontext der positiven Rechtskraft des Grundbuchs eingehend ZOBL, Grundbuchrecht, Rz. 106 ff.; vgl. auch Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rz. 460 und 579.

³² Vgl. BGE vom 20.02.1997, in: BN 1997, S. 137 ff. = Pra 86 (1997) Nr. 150, S. 827 ff.; Homberger, ZH-Komm., Art. 970 ZGB N 13; Deschenaux, SPR V/3, S. 176 f. m.z.H.

³³ Vgl. etwa SCHMID, BS-Komm., Art. 970 ZGB N 32: «Der Kenntnis des Grundbucheintrags wird zur unwiderlegbaren gesetzlichen Vermutung. Diese Fiktion hat jedoch nicht die Bedeutung (...).».

³⁴ Vgl. zum Unterschied von Fiktion einerseits und unwiderlegbarer gesetzlicher Vermutung andererseits die Ausführungen bei Rz. 5 f. und 8 ff. sowie eingehend ALBRECHT, Fiktionen im Recht, in: Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie Bd. 75, S. 215 ff.

³⁵ HONSELL, BS-Komm., Art. 3 ZGB N 41; DESCHENAUX, SPR V/3, S. 176; vgl. auch zur Übersicht anderer Register JÄGGI, BE-Komm., Art. 3 ZGB N 144 ff.; ZOBL, ZH-Komm., Art. 884 ZGB N 828 ff. m.w.H.

³⁶ MEIER-HAYOZ, BE-Komm., Art. 644/645 ZGB N 66; DESCHENAUX, SPR V/3, S. 177; LEEMANN, BE-Komm., Art. 841 ZGB N 54; ZOBL, ZH-Komm., Art. 884 ZGB N 83b; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZH-Komm., Art. 714 ZGB N 56; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, Rz. 840a.

sie auch an der positiven Rechtskraft des Grundbuchs partizipieren würde.³⁷ Die Ansicht dieser neueren Lehre ist aus den beiden folgenden Gründen klar abzulehnen: Zum einen wird im Sinne eines Zirkelschlusses die unbestrittene Notwendigkeit einer möglichst umfangreichen Transparenz im Grundbuchwesen mit deren unwiderlegbaren Vermutung nach Art. 970 Abs. 4 ZGB in Abhängigkeit gebracht, was indes überhaupt nicht zutreffend ist. Denn während eine vermehrte Transparenz im Grundbuchwesen ausschliesslich das Ziel verfolgt, Grundbuchinformationen einer breiten Öffentlichkeit niederschwellig zugänglich zu machen³⁸, handelt es sich bei der unwiderlegbaren gesetzlichen Vermutung von Art. 970 Abs. 4 ZGB um eine bewusste Abweichung der Beweislastverteilung von Art. 8 ZGB des Gesetzgebers.³⁹ Zum anderen verkennt dieser Teil der Lehre insbesondere die rechtliche Gegebenheit, dass die – ganz im Unterschied zum Eigentum, den beschränkten dinglichen Rechten und den Vormerkungen – hier vor allem zu diskutierenden öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen kraft der Vorschrift von Art. 680 Abs. 1 ZGB zwingend ausserhalb des Grundbuchs begründet werden müssen⁴⁰, wobei das Gleiche nota bene auch für den ÖREB-Kataster als reines Informationssystem gilt. Somit kommt sowohl der im Grundbuch angemerkten als auch der im ÖREB-Kataster geführten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung bloss eine rein deklaratorische Wirkung zu, nicht aber eine konstitutive bzw. rechtsbegründende.⁴¹ Ferner können die Kantone auch nicht vorsehen, dass der Anmerkung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung im Grundbuch oder Führung im ÖREB-Kataster eine konstitutive bzw. rechtsbegründende Wirkung zukommt.⁴²

- 17 Dass den im Grundbuch angemerkten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen bloss eine deklaratorische Wirkung zukommt, kann letztlich nur zur logischen Konsequenz haben, dass die unwiderlegbare Vermutung in Art. 970 Abs. 4 ZGB und mithin auch der kategorische Ausschluss des Gegenbeweises für diese gerade keine Anwendung findet.⁴³ Denn einem gutgläubigen Erwerber muss stets das Recht auf Beweis zustehen, dass im Zeitpunkt des Erwerbs, genauer der Einsichtnahme in das Grundbuch, eine zwar bereits rechtsgültige öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung noch nicht im Grundbuch angemerkt war – oder vice versa, eine nicht mehr rechtsgültige öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung immer noch im Grundbuch angemerkt war.⁴⁴

³⁷ Vgl. SCHMID, BS-Komm., Art. 970 ZGB N 32a; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, Rz. 460 und 495.

³⁸ Eine vermehrte Publizität im Grundbuchwesen war auch ein zentraler Eckpfeiler der letzten Immobiliarsachenrechtsnovelle. Vgl. etwa SCHMID-TSCHIRREN, Neuerungen im Immobiliarsachenrecht, in: AJP (11/2012), S. 1503 f. und 1509 ff.

³⁹ SCHWANDER, OF-Komm., Art. 8 ZGB N 5; LARDELLI/VETTER, BS-Komm., Art. 8 ZGB N 67 f. und 70.

⁴⁰ Vgl. LORENZ/STREBEL, BS-Komm., Art. 680 ZGB N 15 ff. m.w.H.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, Rz. 928; vgl. auch BGE 111 Ia 182 ff., 183 E. 4.

⁴¹ SCHMID, BS-Komm., Art. 962 ZGB N 12; DEILLON-SCHEGG, Handkomm., Art. 962 ZGB N 1; vgl. auch BGer 1C_151/2010, E. 2.3: «Die Anmerkung öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen im Grundbuch hat keine rechtsbegründende, sondern bloss deklaratorische Wirkung (BGE 111 Ia 182 E. 4; Urteil 1C_32/2007 vom 18. Oktober 2007 E. 2.4). Sie dient einzig der Information Dritter und damit der Rechtssicherheit.»

⁴² Vgl. BGer 1C_151/2010, E. 2.3: «Insbesondere können die Kantone nicht bestimmen, dass der Anmerkung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung nach kantonalem Recht rechtsbegründende Wirkung zukommt (...).»; vgl. auch SCHMID, BS-Komm., Art. 962 ZGB N 16.

⁴³ Vgl. in diesem Sinne auch ZOBL, Grundbuchrecht, Rz. 341: «Die Anwendung, ein angemerktes Rechtsverhältnis nicht gekannt zu haben, ist aber in den meisten Fällen schon deshalb ausgeschlossen, weil die angemerkten Rechtsverhältnisse unabhängig von der Anmerkung im Grundbuch Geltung beanspruchen. Es betrifft dies insbesondere die **zahlreichen Tatbestände der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen**, die im Grundbuch angemerkt werden.»

⁴⁴ Vgl. eingehend MOSHE, Gutachten in Sachen Erläuterung des Spannungsverhältnisses zwischen ÖREB-Kataster und Grundbuch und Darlegung der daraus resultierenden Schnittstellen (vgl. Art. 962 ZGB, Art. 16 GeolG und Art. 129 Abs. 2 GBV) einerseits sowie in Sachen Auslegung der Haftungsnorm für die Führung

- 18 Indem den im Grundbuch angemerkten und im ÖREB-Kataster geführten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung keine konstitutive bzw. rechtsbegründende Wirkung zukommt, sondern ausschliesslich eine deklaratorische bzw. informative, partizipieren diese auch nicht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs (Art. 973 Abs. 1 ZGB) bzw. vermag der ÖREB-Kataster keinen öffentlichen Glauben zu generieren.⁴⁵ Ein gutgläubiger Erwerber eines Grundstücks kann deshalb aus dem Fehlen oder vice versa aus dem Vorhandensein einer Anmerkung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung im Grundbuch oder Eintrag im ÖREB-Kataster – selbst wenn diese wie im Fall von Art. 962 Abs. 1 ZGB und Art. 16 Abs. 2 GeolG kraft Gesetz vorgeschrieben ist, – nicht entgegenhalten, die Eigentumsbeschränkung bestehe nicht oder umgekehrt bestehe.⁴⁶
- 19 Bei den dinglichen Rechten (dem Eigentum), den beschränkten dinglichen Rechten (den Dienstbarkeiten, den Pfandrechten und den Grundlasten) sowie den vorgemerkten Rechten mit der Wirkung einer Realobligation hat die unwiderlegbare gesetzliche Fiktion wiederum ihre konsequente Berechtigung, zumal diese Rechte alle mit dem Eintrag in das Grundbuch entstehen und (auch) gegenüber Dritten Rechtswirkung entfalten sowie mit der Löschung im Grundbuch untergehen und ihre Rechtswirkung (auch) gegenüber Dritten verlieren.⁴⁷ Dieselbe rechtliche Systematik und Rechtfertigung gilt auch für die positive Publizitätswirkung bzw. unwiderlegbare Vermutung gemäss Art. 336b Abs. 1 OR für das Handelsregister, da die Rechte mit Eintrag im Handelsregister ihre Rechtswirkung gegenüber Dritten entfalten – und vice versa mit Löschung ihre Wirkung gegenüber Dritten verlieren.⁴⁸
- 20 Unbestritten ist hingegen wiederum, dass die unwiderlegbare gesetzliche Vermutung im Rahmen der Zwangsversteigerung nicht zur Geltung kommt, da der Ersteigerer das Grundstück durch den Zuschlag mit der durch das rechtskräftige Lastenverzeichnis ausgewiesenen Rechtslage erwirbt.⁴⁹
- 21 In Anbetracht der unwiderlegbaren gesetzlichen Vermutung in Art. 970 Abs. 4 ZGB – und ganz generell aufgrund einer indizierten vermehrten Publizität und mithin Rechtssicherheit – drängt es sich förmlich auf, das in Art. 970 Abs. 1 und 2 ZGB statuierte Auskunfts- und Einsichtsrecht nicht allzu streng zu handhaben und im Zweifelsfall zu gewähren.⁵⁰

des ÖREB-Katasters (Art. 18 GeolG) und Beleuchtung der Fiktion der Kenntnis dessen Inhalts (Art. 17 GeolG) andererseits, S. 116 m.z.H.

⁴⁵ Vgl. etwa MEIER-HAYOZ, BE-Komm., Art. 680 ZGB N 81; DESCHENAUX, SPR V/3, II, S. 715.

⁴⁶ Vgl. auch SCHMID, BS-Komm., Art. 962 ZGB N 13 und Art. 973 ZGB N 26; DEILLON-SCHEGG, Handkomm., Art. 962 ZGB N 1 und Art. 973 ZGB N 12; REY/STREBEL, BS-Komm., Art. 680 ZGB N 18; STEINAUER, Les droits réels, Tome I, Rz. 819 und 839; vgl. auch [BGer 1C_750/2013, E. 4.2](#): «Die mit der Anmerkung bezweckte Publizitätswirkung eignet sich namentlich dazu, Dritte – so etwa spätere Grundstückserwerber – auf die bestehende Nutzungsbeschränkung hinzuweisen (u.a. Urteil 1C_393/2009 vom 4. Januar 2010 E. 7.3; Hans-Peter Friedrich, Grundbuch und öffentliches Recht, in: ZBGR 1970/4, S. 214). Der Eintrag im Grundbuch hat in m Übrigen nur orientierende Bedeutung; die öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkung, wie sie die Bewilligungsbehörde verfügt hat, besteht auch ohne Anmerkung im Grundbuch (vgl. Art. 680 Abs. 1 ZGB; [BGE 111 Ia 182 E. 4 S. 183](#)).».

⁴⁷ So etwa auch HOMBERGER, ZH-Komm., Art. 970 ZGB N 13; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZH-Komm., Art. 714 ZGB N 56; ZOBL, Grundbuchrecht, Rz. 344.

⁴⁸ Statt vieler VOGT, Handkomm. Art. 934 N 1 ff. OR, Art. 936a OR N 8 ff. und Art. 936b OR N 13.

⁴⁹ Statt vieler SCHMID, BS-Komm., Art. 970 ZGB N 32b f.

⁵⁰ Zutreffend SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, Rz. 451 und 461; vgl. auch weitergehend PFÄFFLI, in: BN 2009, S. 34, wonach: «mittelfristig (...) eine vollständige Öffnung der Grundbuchdaten für jedermann zu erwarten ist.».

iii. Abgrenzung vom öffentlichen Glauben (Art. 973 Abs. 1 ZGB)

- 22 Würdigt man das Grundbuchrecht im Kontext des allgemeinen Registerrechts, so muss stringent zwischen dem Grundsatz der positiven Rechtskraft bzw. Publizitätswirkung nach Art. 970 Abs. 4 ZGB einerseits und des öffentlichen Glaubens nach Art. 973 Abs. 1 ZGB andererseits unterschieden werden.⁵¹ Nach dem Grundsatz der positiven Rechtskraft kann ein Dritter aufgrund unwiderlegbarer gesetzlicher Vermutung nicht geltend machen, er habe von einer konstitutiven Eintragung im Grundbuch – die positive Rechtskraft nach Art. 970 Abs. 4 ZGB steht in einem strikten Abhängigkeitsverhältnis zur negativen Rechtskraft nach Art. 971 Abs. 1 ZGB im Sinne des absoluten Eintragungsprinzips⁵² – keine Kenntnis gehabt.⁵³ Beim öffentlichen Glauben geht es hingegen vielmehr darum, dass ein gutgläubiger Dritter gestützt auf einen objektiv unrichtigen Eintrag im Grundbuch in seinem Erwerb nach Art. 973 Abs. 1 ZGB geschützt wird.⁵⁴
- 23 Ein minderer Teil der Lehre definiert hingegen die positive Rechtskraft des Grundbuchs dahingehend, dass ein in das Grundbuch rechtsungültiges (beschränktes) dingliches Recht für einen gutgläubigen Dritten rechtsbeständig gelte, wobei für die involvierten Vertragsparteien zumindest der Tatbestand der Ersitzung nach Art. 661 f. ZGB vorbehalten bliebe.⁵⁵ Durch diese Auslegung von diesem Teil der Lehre wird die positive Rechtskraft dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs schlechthin gleichgesetzt oder diesem zumindest als Teilaspekt zugeordnet, sodass diese Auslegung abzulehnen ist.

5. Negative Publizitätswirkung bzw. Rechtskraft

a. Handelsregister (Art. 936b Abs. 2 OR)

- 24 Die negative Publizitätswirkung gemäss Art. 936b Abs. 2 OR hat zulasten des Eingetragenen und zugunsten des Publikums zur Folge, dass eine eintragungspflichtige Tatsache, die im Handelsregister nicht eingetragen ist, einem Dritten nur entgegengehalten werden kann, wenn dieser nachweislich sichere Kenntnis von dieser Tatsache hatte (vgl. Art. 936b Abs. 1 OR), wobei blosses Kennenmüssen nicht genügt.⁵⁶ Als Dritte gelten die am Privatrechtsverkehr beteiligten natürlichen und juristischen Personen unter Einschluss von Handelsgesellschaften, nicht jedoch Behörden.⁵⁷ Letztere dürfen sich in jedem Fall auf die Richtigkeit von Handelsregistereintragungen verlassen und haben nicht zu prüfen, ob eine Eintragung zu Unrecht nicht erfolgt ist.⁵⁸ Vom Grundsatz der negativen Publizitätswirkung werden

⁵¹ Im Unterschied zum Grundbuchrecht wird im Handelsregisterrecht strikt zwischen positiver Rechtskraft und öffentlichem Glauben unterschieden. Vgl. dazu VOGT, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, § 1 Rz. 4 ff.

⁵² MOSHE, Gutachten in Sachen Erläuterung des Spannungsverhältnisses zwischen ÖREB-Kataster und Grundbuch und Darlegung der daraus resultierenden Schnittstellen (vgl. Art. 962 ZGB, Art. 16 GeolG und Art. 129 Abs. 2 GBV) einerseits sowie in Sachen Auslegung der Haftungsnorm für die Führung des ÖREB-Katasters (Art. 18 GeolG) und Beleuchtung der Fiktion der Kenntnis dessen Inhalts (Art. 17 GeolG) andererseits, S. 119; vgl. in diesem Sinne auch ZOBL, Grundbuchrecht, Rz. 104 ff.

⁵³ Statt vieler PFAMMATTER, OF-Komm., Art. 970 ZGB N 14.

⁵⁴ STEINAUER, Les droits réels, Tome I, Rz. 997 ff.; DESCHENAUX, SPR V/3, II, S. 818 ff.; KRENGER, Die Grundbuchberichtigungsklage, S. 37 ff. m.w.H.

⁵⁵ Vgl. insbesondere SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, Rz. 579 ff.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, § 95 Rz. 31 ff.

⁵⁶ Statt vieler BGE 65 II 85 ff., 87 ff.; ECKART, BS-Komm., Art. 936b OR N 8.

⁵⁷ BGE 7B.154/2006, E. 2.2; VOGT, Handkomm. Art. 936b OR N 16.

⁵⁸ Statt vieler VOGT, Handkomm. Art. 936b OR N 16.

ausschliesslich jene Tatsachen erfasst, deren Eintragung im Handelsregister vorgeschrieben sind.⁵⁹

- 25 Stimmen die im Handelsregister eingetragenen Tatsachen nicht mit den tatsächlichen oder rechtlichen Gegebenheiten überein, drängt sich sogleich die Frage nach dem öffentlichen Glauben des Handelsregisters und damit einhergehend die Frage auf, ob sich ein gutgläubiger Dritter auf einen Eintrag im Handelsregister bzw. dessen Richtigkeit verlassen darf.⁶⁰ Ganz im Unterschied zum Grundbuchwesen mit der Vorschrift von Art. 973 Abs. 1 ZGB fehlt im Handelsregisterwesen in den Art. 927 ff. OR eine Bestimmung, die den öffentlichen Glauben positivrechtlich statuiert.⁶¹ Die Frage wird im Schrifttum kontrovers diskutiert⁶² und musste vom Bundesgericht bis dato noch nie entscheidungsrelevant beantwortet werden.⁶³ Letztlich muss im Resultat davon ausgegangen werden, dass sich ein gutgläubiger Dritter zwar im Grundsatz auf den Eintrag im Handelsregister verlassen darf, aber die Rechtswirkungen dieses Anscheins nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen sind, wobei regelmässig die Anmeldungspflichtigen das Risiko eines unrichtigen oder unrichtig gewordenen Eintrags tragen sollten.⁶⁴

b. Grundbuch (Art. 971 Abs. 1 ZGB)

- 26 Die Vorschrift von Art. 971 Abs. 1 ZGB enthält eine negative Umschreibung des sogenannten absoluten Eintragungsprinzips, wonach es zur rechtsgeschäftlichen Begründung, Änderung und Übertragung dinglicher und beschränkter dinglicher Rechte an einem Grundstück der Eintragung in das Grundbuch bedarf.⁶⁵ Dieser Eintragungszwang bezweckt letztlich die konsequente Durchsetzung des Publizitätsprinzips im Zusammenhang mit dem Immobiliarsachenrecht.⁶⁶ Ein deshalb im Grundbuch nicht eingetragenes und mithin nicht ersichtliches dingliches Recht, für dessen Entstehung aber eine konstitutive Eintragung im Grundbuch zwingend erforderlich ist, gilt gemäss dem sogenannten Grundsatz der negativen Rechtskraft des Grundbuchs als erst gar nicht entstanden, sodass selbstredend auch eine Rechtswirkung gegenüber Dritten entfällt.⁶⁷
- 27 In Ausnahme vom absoluten Eintragungsprinzip können dingliche und beschränkte dingliche Rechte nach dem relativen Eintragungsprinzip aufgrund gesetzlich speziell geregelter Tatbestände wie etwa kraft Art. 635 Abs. 1 ZGB auch ohne Eintragung im Grundbuch entstehen.⁶⁸ Der Erwerber kann jedoch gemäss der Vorschrift von Art. 656 Abs. 2 ZGB über das ausserbuchlich entstandene oder erworbene Recht erst verfügen, wenn es ebenfalls nachträglich im Grundbuch eingetragen worden ist.⁶⁹

⁵⁹ BGE 84 II 34 ff., 38; ECKART, BS-Komm., Art. 936b OR N 9.

⁶⁰ Vgl. eingehend zu dieser Thematik VOGT, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, § 1 Rz. 4 ff.

⁶¹ ECKART, BS-Komm., Art. 936b OR N 10.

⁶² Vgl. dazu eingehend MEIER-SCHATZ, in: ZSR 1989 I, S. 453 f. m.w.H.

⁶³ Bejahend in BGE 126 V 61 ff., 62 f. E. 4c; BGE 104 Ib 321 ff., 325 f. E. 3b und BGE 89 I 285 ff., 287 E. 3a; offengelassen in BGE 111 II 480 ff., 484 E 2a; wiederum ablehnend BGE 119 II 23 ff., 27 E. 3c und BGE 78 III 33., 43 ff. E. 9.

⁶⁴ Vgl. KÜNG, BE-Komm., Art. 936b OR N 47; ECKART, BS-Komm., Art. 936b OR N 10.

⁶⁵ REY, Sachenrecht, Rz. 311 ff.; SCHMID, BS-Komm., Art. 971 ZGB N 1

⁶⁶ Statt vieler REY, Sachenrecht, Rz. 272 ff. und 310.

⁶⁷ HOMBERGER, ZH-Komm., Art. 971 ZGB N 1; ZOBL, Grundbuchrecht, Rz. 95.

⁶⁸ DESCHENAUX, SPR V/3, II, S. 626 ff.; ZOBL, Grundbuchrecht, Rz. 102 f.; vgl. auch ausführlich zu den aussergrundbuchrechtlichen Tatbeständen STREBEL/LAIM, BS-Komm., Art. 656 ZGB N 37 ff. m.w.H.

⁶⁹ Statt vieler MEIER-HAYOZ, BE-Komm., Art. 656 ZGB N 12.

III. Die Fiktion bzw. positive Publizitätswirkung des Inhalts des ÖREB-Katasters (Art. 17 GeolG)

- 28 In der (noch) spärlichen Literatur zum ÖREB-Kataster, die sich teilweise noch auf andere und mittlerweile überholte rechtliche Prämissen abstützt und in den Gesetzesmaterialien zu diesem wird im Zusammenhang mit der Vorschrift von Art. 17 GeolG – nota bene ohne diese beiden Begrifflichkeiten zu unterscheiden – quasi als Synonyme wahlweise von Fiktion oder von positiver Publizitätswirkung bzw. -fiktion gesprochen.
- 29 Unter der Marginale «Rechtswirkung» wird in der BOTSCHAFT ZUM GEOINFORMATIONSGESETZ im Kontext zu Art. 17 GeolG was folgt festgehalten: *«Dem Kataster wird durch das Geoinformationsgesetz allerdings zusätzlich eine **Publizitätswirkung** zuerkannt: Es besteht mit Artikel 17 die **gesetzliche Fiktion**, dass jene öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, die im Kataster enthalten sind, allen Personen bekannt sind.»*.⁷⁰ Bedauerlicherweise wird in der BOTSCHAFT nicht zwischen dem Begriff der Fiktion und der Publizitätswirkung unterschieden sowie insbesondere die behauptete Rechtswirkung – insbesondere in Anlehnung und im Unterschied zu den beiden Registern Grundbuch und Handelsregister – nicht begründet.⁷¹
- 30 Im Schrifttum wird wiederum von KETTIGER in Bezug auf die Vorschrift von Art. 17 GeolG sowohl der Begriff der **positiven Publizitätswirkung** als auch der gesetzlichen **Fiktion** verwendet:
- 31 *«Der ÖREB-Kataster hat **positive Publizitätswirkung**: Es besteht die **gesetzliche Vermutung**, dass jene ÖREB, die im Kataster enthalten sind, allen Personen bekannt sind; nicht nur das Bestehen sondern auch Inhalt und Umfang der Beschränkung gelten als bekannt. Sobald eine ÖREB im ÖREB-Kataster publiziert ist, kann sich niemand mehr darauf berufen, diese nicht gekannt zu haben. Der ÖREB-Kataster hat demgegenüber weder positive noch negative Rechtswirkung. Die Rechtswirkung der ÖREB besteht ausschliesslich auf der Grundlage ihres formrichtigen Beschlusses.»*.⁷²
- 32 *«Vorab empfiehlt es sich, dem ÖREB-Kataster in der Gesetzgebung – analog zur Grundfunktion (Art. 17 GeolG) – auch als kantonales Publikationsorgan explizit eine generelle **positive Publikationswirkung** zuzuerkennen; damit gelten alle im Kataster veröffentlichten Daten als bekannt, dies unabhängig von der Funktion, die der Kataster im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Daten hatte. Weiter empfiehlt es sich, für die amtlichen Veröffentlichungen im ÖREB-Kataster eine Richtigkeitsvermutung zu statuieren.»*.⁷³
- 33 *«Die bundesrechtliche Publizitätswirkung – und damit die Rechtswirkung – des ÖREB-Katasters ist in Art. 17 GeolG abschliessend festgelegt. Es besteht die **gesetzliche Fiktion**, dass jene öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, die im Kataster enthalten sind,*

⁷⁰ Vgl. BOTSCHAFT ZUM GEOINFORMATIONSGESETZ (GeolG) 2006, S. 7859.

⁷¹ Kritisch MOSHE, Gutachten in Sachen Erläuterung des Spannungsverhältnisses zwischen ÖREB-Kataster und Grundbuch und Darlegung der daraus resultierenden Schnittstellen (vgl. Art. 962 ZGB, Art. 16 GeolG und Art. 129 Abs. 2 GBV) einerseits sowie in Sachen Auslegung der Haftungsnorm für die Führung des ÖREB-Katasters (Art. 18 GeolG) und Beleuchtung der Fiktion der Kenntnis dessen Inhalts ((Art. 17 GeolG) andererseits, S. 111 ff. m.z.H.; vgl. auch IVANOV/ROTH/FLEINER, Rechtliche Grundlagen im Projekt «ÖREBlex», S. 11 f.; ROTH, Der ÖREB-Kataster als amtliches Publikationsorgan, S. 5 f.

⁷² Vgl. KETTIGER, in: cadastre (22/2016), S. 9.

⁷³ Vgl. KETTIGER, Der Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen als amtliches Publikationsorgan (Art. 16 ÖREBKV), S. 4.

allen Personen bekannt sind. **Die Publikation** einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung im Kataster zerstört den guten Glauben insofern, als sich keine Person darauf berufen kann, diese Eigentumsbeschränkung nicht gekannt zu haben. Da öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen vor Erlangung der Rechtskraft entsprechend der Fachgesetzgebung oft bereits anderweitig amtlich veröffentlicht werden, kann von einer **doppelten Publizität** gesprochen werden.».⁷⁴

- 34 An anderer Stelle ist vom selben Autor wiederum folgende widersprüchliche Fundstelle auszumachen: «Der ÖREB-Kataster bezeugt nicht den Bestand einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung (e contrario Art. 17 GeolG).».⁷⁵
- 35 Beim Gutachten «Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen» von LIENHARD/ZUMSTEIN wird im Zusammenhang mit Art. 17 GeolG bzw. damals noch Art. 15 Abs. 5 E-GeolG wiederum der Begriff der **Fiktion** verwendet und sind folgende Ausführungen auszumachen:
- 36 «Der Bestand eines ÖREB-Katasters löst eine **Fiktion** aus, dass die im Kataster – frei zugänglichen – Daten jedermann bekannt sind. Weil ÖREB auf einem Erlass basieren, ergibt sich eine quasi-doppelte Publizität. Art. 15 Abs. 5 E-GeolG trägt diesem Umstand dadurch Rechnung, dass derjenige, der im Vertrauen auf einen Registereintrag – oder eben auf dessen Fehlen – Dispositionen trifft, in seinem **guten Glauben geschützt ist**. Auf den Grundsatz des **Vertrauensschutzes** kann sich derjenige nicht berufen, dem Umstände bekannt waren, aus welchen sich die Fehlerhaftigkeit des Registereintrages (oder -nichteintrages) ableiten liessen.».⁷⁶
- 37 «Die Erwähnung einer rechtserheblichen Tatsache in einem **öffentlichen Register** schafft die gesetzliche Vermutung, dass die Tatsache besteht. Umgekehrt bewirkt das Fehlen der Erwähnung einer solchen Tatsache die gesetzliche Vermutung, dass sie eben nicht besteht. Die gesetzliche Vermutung ist nicht sakrosankt, sondern kann von demjenigen, der daraus Rechte ableitet, mit einem nicht formgebundenen Gegenbeweis umgestossen werden.»⁷⁷
- 38 «Um dem Status eines **öffentlichen Registers** zu genügen, dessen Einträgen die beschriebenen Rechtswirkungen zukommen und aus welchem auch der Anspruch der Rechtssicherheit abgeleitet werden könnte, müssten die Daten des ÖREB-Katasters folgende Voraussetzungen erfüllen:
- 39 **Vollständigkeit und Aktualität.** Beide Aspekte stehen zueinander in einer direkten Beziehung: Die Vollständigkeit hängt ab vom Katalog der Daten, welche zu erfassen bzw. nachzuführen sind (relative Vollständigkeit), was unmittelbaren Einfluss auf die Aktualität hat. Im Grundbuch wird das Problem vollständige und aktuelle Daten zur Verfügung zu stellen, dadurch gelöst, dass zum einen ein Numerus Clausus an Sachverhalten besteht, welche rechtsbegründend sind (Eigentumserwerb, Entstehung von beschränkten dinglichen Rechten), zum anderen für den Termin der Rechtswirkung der Einträge nicht das Grundbuch selber, sondern das Hauptbuch gilt.
- 40 In praktischer Hinsicht kann der ÖREB-Kataster die Kriterien der Vollständigkeit und Aktualität nur erfüllen, wenn die im Kataster abzubildenden ÖREB klar definiert werden (relative

⁷⁴ Vgl. KETTIGER, in: ZBGR (91/2010), S. 147.

⁷⁵ Vgl. KETTIGER, in: ZBGR (91/2010), S. 146.

⁷⁶ Vgl. LIENHARD/ZUMSTEIN, Der ÖREB-Kataster, S. 12.

⁷⁷ Vgl. LIENHARD/ZUMSTEIN, Der ÖREB-Kataster, S. 13.

Vollständigkeit). Zu beachten ist, dass die im Entwurf vorgesehene Definition der ÖREB auf Stufe Bund (durch den Regierungsrat bestimmte Geobasisdaten von nationalem Interesse) nur sehr bedingt auch der effektiven Abbildung im ÖREB-Kataster entsprechen wird: Letztlich werden die wenigsten ÖREB direkt aus Bundesrecht abgeleitet werden können, da die bundesrechtlichen Bestimmungen kantonal oder gar kommunal konkretisiert werden. Dieser Effekt wird mit grösster Wahrscheinlichkeit eine – von den Modalitäten der praktischen Umsetzung vorgegebene – Beschränkung der ÖREB zur Folge haben. Eine solche Beschränkung steht an sich im Widerspruch zum Anliegen der möglichst vollständigen Abbildung der rechtlichen Verhältnisse an Grundstücken.»⁷⁸

- 41 Ausser den zitierten Fundstellen wird nicht profund auf die Vorschrift von Art. 17 GeolG eingegangen.
- 42 Zu den beiden mittels Vollzitat wiedergegebenen Lehrmeinungen sei an dieser Stelle noch was folgt festgehalten:
- 43 Das Gutachten von LIENHARD/ZUMSTEIN, Der Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen (ÖREB-Kataster) – Vertiefungsstudie zu den rechtlichen Aspekten stammt aus dem Jahre 2005 und entstand mithin noch vor dem Inkrafttreten des Geoinformationsgesetzes (GeolG) im Jahre 2008. Beim Studium dieses Gutachtens, welches sich in den oben zitierten Stellen denn auch stark an das Grundbuch anlehnt, wird augenkundig, dass man dazumals noch die Idee verfolgte, mit dem ÖREB-Kataster ein rechtliches Institut zu schaffen, in dem Rechte und/oder Lasten nach dem Vorbild des Grundbuchs begründet bzw. (aktuell) publiziert werden. Leider wurde bei dieser Ansicht verkannt, dass die Begründung bzw. (aktuelle) Publikation von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen im ÖREB-Kataster aufgrund der Vorschrift von Art. 680 Abs. 1 ZGB kategorisch ausgeschlossen ist.
- 44 Bei den Publikationen von Herrn Kettiger wird wiederum ersichtlich, dass vor dem Schwergewichtsprojekt 17 des Kantons Basel-Stadt «Zum ÖREB-Kataster als Publikationsorgan» noch nicht konsequent zwischen dem ÖREB-Kataster in der Funktion als Informationssystem des Bundes und jenem als (kantonales) Publikationsorgan unterschieden wurde sowie zu dieser Zeit seitens der swisstopo noch vorgesehen war, zukünftig den ÖREB-Kataster auch als Publikationsorgan obligatorisch vorzusehen. Schon an dieser Stelle sei erwähnt, dass der Unterscheidung zwischen dem ÖREB-Kataster als Informationssystem und als (kantonales) Publikationsorgan mitunter eine wichtige Bedeutung zukommt. Dem letzteren kommt als offiziellem Publikationsorgan unbestritten eine Publizitätswirkung zu, nicht aber dem ersteren.

⁷⁸ Vgl. LIENHARD/ZUMSTEIN, Der ÖREB-Kataster, S. 13.

IV. Kritik

- 45 Die beiden oben zitierten Lehrmeinungen sowie der Teil der Botschaft zum Geoinformationsgesetz, die teilweise noch auf anderen und mittlerweile überholten rechtlichen Prämissen⁷⁹ basieren und dem ÖREB-Kataster aufgrund der Vorschrift von Art. 17 GeolG in Anlehnung zum Grundbuch (Art. 970 Abs. 4 ZGB) und dem Handelsregister (Art. 936b Abs. 1 OR) eine rechtliche Fiktion bzw. positive Publizitätswirkung zusprechen wollen, sind aus den folgenden Gründen klar abzulehnen:
- 46 Wenn überhaupt würde es sich bei der Vorschrift von Art. 17 GeolG um eine positive Publizitätswirkung im Sinne einer unwiderlegbaren gesetzlichen Vermutung und nicht um eine Fiktion handeln. Denn wie andersorts erwähnt, regeln rechtliche Fiktionen, wie beispielsweise im Kontext von Art. 156 OR oder Art. 544 Abs. 1 ZGB oder der Zustellungsfunktion von eingeschriebenen Briefen wie bei Kündigungen und Gerichtskunden etc., Tatbestände, die mit Sicherheit nie eingetreten sind.⁸⁰
- 47 Die Anlehnung von Art. 17 GeolG an die positive Publizitätswirkung des Grundbuchs nach Art. 970 Abs. 4 ZGB und des Handelsregisters nach Art. 936b Abs. 1 OR muss als ein hinkender und mithin unglücklicher Vergleich beurteilt werden.⁸¹ Denn während bei den beiden Registern grundsätzlich die Rechte und insbesondere zwingend die Rechtswirkung gegenüber Dritten erst im Zeitpunkt der Eintragung in das Grundbuch und Handelsregister entstehen und mit der Löschung untergehen bzw. entfallen, trifft diese Systematik für die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, sei es die angemerkten im Grundbuch, sei es die im ÖREB-Kataster geführten, gerade nicht zu. Vielmehr entstehen die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen und deren Rechtswirkung gegenüber Dritten aufgrund der Vorschrift von Art. 680 Abs. 1 ZGB zwingend ausserhalb des Grundbuchs und ÖREB-Katasters in den verschiedenen amtlichen Publikationsorganen wie Amtsblättern und Gesetzessammlungen etc.⁸²
- 48 Der ÖREB-Kataster ist im Unterschied zum Grundbuch und dem Handelsregister kein Register im Sinne von Art. 9 ZGB, sondern wie andere Geoportale ausschliesslich ein reines, wenn auch qualifiziertes, Informationssystem.⁸³ Gleiches trifft nota bene auch für die im Grundbuch nach Art. 962 Abs. 1 ZGB angemerkten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen zu.⁸⁴
- 49 Der ÖREB-Kataster generiert richtigerweise – entgegen den beiden zitierten Lehrmeinungen – im Unterschied zum Grundbuch und dem Handelsregister keinen öffentlichen Glauben im

⁷⁹ Vgl. dazu die Hinweise bei Rz. 42 ff.

⁸⁰ Vgl. die Ausführungen bei Rz. 2, 5 f. und 10.

⁸¹ Vgl. bereits MOSHE, Gutachten in Sachen Erläuterung des Spannungsverhältnisses zwischen ÖREB-Kataster und Grundbuch und Darlegung der daraus resultierenden Schnittstellen (vgl. Art. 962 ZGB, Art. 16 GeolG und Art. 129 Abs. 2 GBV) einerseits sowie in Sachen Auslegung der Haftungsnorm für die Führung des ÖREB-Katasters (Art. 18 GeolG) und Beleuchtung der Fiktion der Kenntnis dessen Inhalts (Art. 17 GeolG) andererseits, S. 111 ff. m.z.H.; vgl. auch IVANOV/ROTH/FLEINER, Rechtliche Grundlagen im Projekt «ÖREBlex», S. 11 f.; MOSHE, Dualismus von ÖREB-Kataster und Grundbuch betreffend die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen sowie die Wirkung und Haftung des ÖREB-Kataster – Problematik und Kritik, S. 17 f. m.z.H. anlässlich der Informationsveranstaltung zum ÖREB-Kataster am 13. November 2018; MOSHE/ROLLI, Juristische Aspekte des ÖREB-Katasters, S. 16 ff. m.w.H. anlässlich der Informationsveranstaltung zum ÖREB-Kataster im Kanton Basel-Stadt vom 27 April 2017.

⁸² Vgl. die Ausführungen bei Rz. 14 ff. m.z.H. auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts und Lehre.

⁸³ So jetzt auch zutreffend der klärende Gesetzesentwurf von nArt. 17 Abs. 1 GeolG: «Der ÖREB-Kataster ist ein Informationssystem.».

⁸⁴ SCHMID, BS-Komm., Art. 962 ZGB N 1; HOMBERGER, ZH-Komm., Art. 946 ZGB N 24; LIVER, Die Anmerkungen, in: ZBGR 50 (1969), S. 10 ff. m.w.H.; ZOBL, Grundbuchrecht, Rz. 105.

Sinne eines Gutglaubensschutzes und/oder Vertrauensschutzes, weil die Einträge und die Rechtswirkung gegenüber Dritten nicht in diesem entstehen und untergehen.⁸⁵ Das Gesagte gilt nota bene nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre konsequenterweise auch für die im Grundbuch zahlreich angemerkten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen.⁸⁶

- 50 Sprache man nun dem ÖREB-Kataster in seiner primären Funktion als qualifiziertes Informationssystem eine positive Publizitätswirkung zu, so würde es sich im Verhältnis zu den verschiedenen Publikationsorganen nicht wie nach den beiden zitierten Lehrmeinungen um eine doppelte Publizität handeln, sondern vielmehr um eine zeitlich versetzte gestaffelte. Denn sowohl das Grundbuch als auch der ÖREB-Kataster können für die geführten bzw. angemerkten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen keine zeitliche Aktualität gewährleisten. Dieser Umstand wird von den beiden Lehrmeinungen aber leider gerade verkannt, bzw. ist der Vergleich zu den dinglichen, beschränkten dinglichen Rechten und den Vormerkungen, die – im Unterschied zu öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen – mit Eintragung im Grundbuch entstehen und eine positive Rechtswirkung gegenüber Dritten entfalten, ein hinkender.⁸⁷ An dieser Stelle sei auch noch erwähnt, dass Bestrebungen der swisstopo in diesem Zusammenhang, nämlich für die prosequierenden Einträge im ÖREB-Kataster aufgrund der Rechtssicherheit ein maximales Zeitfenster vorzusehen, aufgrund der nicht möglichen Realisierung nicht weiter verfolgt wurden.⁸⁸
- 51 Wie anderorts bereits erwähnt ist die rechtliche Wirkung in Bezug auf den ÖREB-Kataster in der Funktion als (kantonales) Publikationsorgan wiederum anders zu beurteilen. Denn diesem kommt unbestritten – ganz im Unterschied zum ÖREB-Kataster in seiner primären Funktion

⁸⁵ Vgl. dazu die Ausführungen bei Rz. 17 ff. und Rz. 21 ff.

⁸⁶ Vgl. exemplarisch und unbestritten [BGer 1C_151/2010, E. 2.3](#): «Die Anmerkung öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen im Grundbuch hat keine rechtsbegründende, sondern bloss deklaratorische Wirkung [...]. Sie dient einzig der Information Dritter und damit der Rechtssicherheit. Insbesondere können die Kantone nicht bestimmen, dass der Anmerkung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung nach kantonalem Recht rechtsbegründende Wirkung zukommt [...]. Gemäss der Bestimmung von Art. 973 Abs. 1 ZGB, auf welche sich die Beschwerdeführer berufen, ist derjenige, der sich in gutem Glauben auf einen Eintrag im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat, in seinem Rechtserwerb geschützt. Anmerkungen nehmen an der Wirkung des öffentlichen Glaubens jedoch nicht teil. Der Erwerber eines Grundstücks kann somit weder auf den wirklichen Bestand eines angemerkten Rechtsverhältnisses vertrauen noch aus dem Fehlen einer Anmerkung auf den Nichtbestand eines anmerkungsfähigen Rechtsverhältnisses schliessen [...]»; [BGer 1C_750/2013, E. 4.2](#): «Die mit der Anmerkung bezweckte Publizitätswirkung eignet sich namentlich dazu, Dritte – so etwa spätere Grundstückserwerber – auf die bestehende Nutzungsbeschränkung hinzuweisen (u.a. Urteil 1C_393/2009 vom 4. Januar 2010 E. 7.3; Hans-Peter Friedrich, Grundbuch und öffentliches Recht, in: ZBGR 1970/4, S. 214). Der Eintrag im Grundbuch hat im Übrigen nur orientierende Bedeutung; die öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkung, wie sie die Bewilligungsbehörde verfügt hat, besteht auch ohne Anmerkung im Grundbuch (vgl. Art. 680 Abs. 1 ZGB; [BGE 111 Ia 182 E. 4 S. 183](#)).»; vgl. auch SCHMID, Gedanken zum öffentlichen Glauben des Grundbuchs - Vom Sein und Schein im Immobiliarsachenrecht; in: ZBGR 90 (2009), S. 111 ff. m.w.H.

⁸⁷ So aber LIENHARD/ZUMSTEIN, Der ÖREB-Kataster, S. 13.

⁸⁸ Diesem Vorhaben stand letztlich die Vorschrift von Art. 680 Abs. 1 ZGB entgegen, die im Sinne einer zwingenden Gesetzesvorschrift statuiert, dass gesetzliche Eigentumsbeschränkungen, wie insbesondere die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, zwingend ausserhalb des Grundbuchs und nota bene auch des ÖREB-Katasters entstehen. Vgl. auch [BGer 1C_151/2010, E. 2.3](#): «Insbesondere können die Kantone nicht bestimmen, dass der Anmerkung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung nach kantonalem Recht rechtsbegründende Wirkung zukommt (...).».

als qualifiziertes Informationssystem – in seiner zusätzlichen Funktion als amtliches kantonaes eine rechtsbegründende Wirkung und mithin positive Publizitätswirkung zu.⁸⁹

- 52 Der Vollständigkeit halber sei hier auch noch festgehalten, dass die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen entgegen den beiden Lehrmeinungen nicht im ÖREB-Kataster publiziert, sondern in diesem lediglich geführt bzw. wiedergegeben werden. Diese Präzisierung ist deshalb wichtig, weil ausschliesslich eine rechtliche Publikation, sei es im Grundbuch, sei es im Handelsregister, sei es in einem amtlichen Publikationsorgan wie beispielsweise dem Amtsblatt, der Gesetzessammlung oder dem ÖREB-Kataster als kantonaes Publikationsorgan, eine positive Publizitätswirkung gegenüber Dritten auslösen kann.

⁸⁹ Vgl. bereits MOSHE, Gutachten in Sachen Erläuterung des Spannungsverhältnisses zwischen ÖREB-Kataster und Grundbuch und Darlegung der daraus resultierenden Schnittstellen (vgl. Art. 962 ZGB, Art. 16 GeoIG und Art. 129 Abs. 2 GBV) einerseits sowie in Sachen Auslegung der Haftungsnorm für die Führung des ÖREB-Katasters (Art. 18 GeoIG) und Beleuchtung der Fiktion der Kenntnis dessen Inhalts (Art. 17 GeoIG) andererseits, S. 121 f.; MOSHE, Schlussbericht zum Schwergewichtsprojekt³² des Kantons Basel-Stadt «Der ÖREB-Kataster als Publikationsorgan», S. 11 f.

V. Fazit

- 53 Im Hinblick auf die rechtliche und funktionale Würdigung der Vorschrift von Art. 17 GeolG kann unter Berücksichtigung folgender Umstände und Entwicklungen im Rahmen dieses Fazit was folgt festgehalten werden:
- 54 Der ÖREB-Kataster, der als gänzlich neues rechtliches Institut in Europa bis dato erst in der Schweiz erfolgreich eingeführt wurde, hat seit der Idee zur Einführung eines solchen, der tatsächlichen Einführung und dessen Weiterentwicklung eine nicht unwesentliche Dynamik erfahren, die sich insbesondere auch auf dessen verschiedene Funktionen und damit einhergehend rechtliche Wirkung ausgewirkt hat. Während man bei der Idee der Einführung eines ÖREB-Katasters und teilweise auch in der Pilotphase noch das Ziel verfolgte, mit dem ÖREB-Kataster nach dem Vorbild des Grundbuchs ein rechtliches Institut zu schaffen, in dem Rechte und/oder Lasten begründet bzw. (aktuell) publiziert werden, herrscht heute Klarheit darüber, dass dem ÖREB-Kataster als qualifiziertes Informationssystem ausschliesslich eine informative und mithin nicht rechtsbegründende Wirkung zukommt. Das Gesagte gilt nota bene aufgrund von Art. 680 Abs. 1 ZGB auch für das Grundbuch, da in dieser Vorschrift statuiert wird, dass die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen, zu denen insbesondere auch die zahlreichen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen zu zählen sind⁹⁰, nicht im Grundbuch (und ÖREB-Kataster) begründet werden, sondern zwingend ausserhalb von diesem.⁹¹
- 55 Für die Wirkung der positiven Publizität, wie sie für das Grundbuch spezifisch nach Art. 970 Abs. 4 ZGB und das Handelsregister nach Art. 936b Abs. 1 OR gilt oder ganz allgemein für sämtliche amtliche Publikationsorgane wie Amtsblätter, Gesetzessammlungen etc., ist indes stets zwingend eine Rechtsbegründung oder zumindest eine Rechtswirkung, wie beispielsweise durch eine amtliche Publikation, erforderlich. Während diese Voraussetzung für alle mit konstitutivem Eintrag in das Grundbuch begründeten dinglichen und beschränkten dinglichen Rechte und Vormerkungen gilt sowie für die in den diversen amtlichen Publikationsorganen publizierten Rechte und Pflichten, trifft dies für die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, sei es, dass diese im Grundbuch angemerkt sind, sei es, dass diese im ÖREB-Kataster geführt werden, gerade nicht zu. Denn für die positive Publizität fehlt es den öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen gerade an einer rechtsbegründenden Wirkung oder zumindest an einer amtlichen Publikation in einem dafür vorgesehenen Organ, jedenfalls im Kontext des ÖREB-Katasters als qualifiziertes Informationssystem.
- 56 Wie anderenorts bereits erwähnt, wurde vor dem Abschluss des Schwergewichtsprojekts 17 des Kantons Basel-Stadt «Zum ÖREB-Kataster als Publikationsorgan» aufgrund dessen mitunter Art. 2 der Verordnung zum ÖREB-Kataster (ÖREBKV) revidiert wurde, nicht stringent zwischen dem ÖREB-Kataster in der Funktion als qualifiziertes Informationssystem des Bundes und jenem als (kantonales) Publikationsorgan unterschieden. Die konsequente Unterscheidung des ÖREB-Katasters als qualifiziertes Informationssystem des Bundes einerseits und jenem als (kantonales) Publikationsorgan andererseits ist hingegen nicht bloss in Bezug auf die unterschiedliche Funktionalität massgebend, sondern auch für die unterschiedliche rechtliche Wirkung. Denn während wie bereits festgehalten im ÖREB-Kataster als Informationssystem weder Rechte begründet noch Rechte und Pflichten amtlich publiziert werden, trifft Letzteres für den ÖREB-Kataster in der Funktion als amtliches (kantonales) Publikationsorgan gerade nicht zu. Wird deshalb der ÖREB-Kataster wie vom

⁹⁰ Zum Begriff der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung vgl. PONT VEUTHEY, De quelques restrictions de droit public à la propriété foncière, in: ZBGR 81/2000, S. 154 ff. m.z.H.

⁹¹ Vgl. MEIER-HAYOZ, BE-Komm., Art. 680 ZGB N 74 ff.; REY/STREBEL, BS-Komm., Art. 680 ZGB N 15 ff.

Kanton Uri zusätzlich auch als amtliches (kantonaes) Publikationsorgan genutzt, so kommt dem ÖREB-Kataster in seiner Funktion als amtliches (kantonaes) Publikationsorgan eine positive Publizitätswirkung zu. Nur in der Konstellation, in der der ÖREB-Kataster zusätzlich als amtliches (kantonaes) Publikationsorgan fungiert, ist es rechtlich zutreffend, im Kontext des ÖREB-Katasters den Begriff der positiven Publizität zu verwenden.

- 57 Auch wenn der ÖREB-Kataster isoliert in seiner primären Funktion als qualifiziertes Informationssystem über keine eigentliche positive Publizitätswirkung verfügt, kann eine solche durch die zusätzliche Nutzung des ÖREB-Katasters in der Funktion als amtliches (kantonaes) Publikationsorgan ohne Weiteres erzeugt werden. Die Kantone sind somit angehalten, zukünftig den ÖREB-Kataster noch vermehrt zusätzlich auch als amtliches (kantonaes) Publikationsorgan zu nutzen, um so eine positive Publizitätswirkung und damit einhergehend eine Aktualität des ÖREB-Katasters als Informationssystem und auch eine erhöhte Rechtssicherheit zu erzeugen. Zum gleichen Resultat bzw. genauer zur gleichen rechtlichen Wirkung gelangt man, wenn man nach dem Vorbild des Kantons Basel-Stadt – und in Bälde auch des Kantons Basel-Landschaft – das elektronische Kantonsblatt bzw. Amtsblatt mit dem ÖREB-Kataster verknüpft.
- 58 Im Unterschied zum ÖREB-Kataster lässt sich für die im Grundbuch nach Art. 962 Abs. 1 ZGB angemerkten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen eine positive Publizitätswirkung durch die zusätzliche Verwendung eines amtlichen (kantonalen) Publikationsorgans wiederum nicht erzeugen, weil das Grundbuchwesen aufgrund seiner noch zahlreichen analogen Prozesse schlichtweg nicht über die dafür erforderlichen technischen Voraussetzungen verfügt. Auch dieser Umstand ist ein weiteres gewichtiges Argument für die Aufhebung des Dualismus zwischen Grundbuch und ÖREB-Kataster zugunsten des letzteren im Sinne eines «ÖREB-Katasters first».
- 59 Der Vollständigkeit wegen sei hier noch auf die Frage eingegangen, ob durch die Einführung der angestrebten Vervollständigungsmassnahmen betreffend den Inhalt des ÖREB-Katasters der hier aufgezeigte Grundsatz gewahrt würde, nämlich, dass dem ÖREB-Kataster in seiner primären Funktion als qualifiziertes Informationssystem zwar keine positive Publizitätswirkung zukommt, aber in seiner zusätzlichen Funktion als amtliches (kantonaes) Publikationsorgan sehr wohl. Die Frage kann mit ja beantwortet werden: Würden die *individuell-konkreten* öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen im Zuge der Aufhebung des Dualismus zum Grundbuch, die *generell-abstrakten* unmittelbaren ÖREB und die behördenverbindlichen bzw. mittelbar eigentümerverbindlichen Beschränkungen ausschliesslich im ÖREB-Kataster als Informationssystem geführt, so verfügten diese über keine positive Publizität. Würden diese aber zusätzlich auch im ÖREB-Kataster als amtliches (kantonaes) Publikationsorgan publiziert, was insbesondere für die *individuell-konkreten* und *generell-abstrakten* unmittelbaren ÖREB zutreffen würde, so käme diesen auch eine positive Publizitätswirkung zu.

VI. Empfehlung

- 60 In der Marginalie von Art. 17 GeolG wird unter dem Stichwort «Rechtswirkung» – bewusst oder unbewusst in Anlehnung an die Vorschrift von Art. 970 Abs. 4 ZGB des Grundbuchs und/oder Art. 336b Abs. 1 OR des Handelsregister – was folgt festgehalten: «*Der Inhalt des Katasters gilt als bekannt.*». Wie eingehend erörtert, ist diese sogenannte positive Rechtskraft bzw. positive Publizitätswirkung unter der man die unwiderlegbare gesetzliche Vermutung der Kenntnis der Einträge im Grundbuch – die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen ausgeklammert – und des Handelsregisters versteht, für den ÖREB-Kataster in seiner primären Funktion als Informationsplattform unzutreffend – nicht hingegen in seiner «Funktion» als amtliches kantonales Publikationsorgan.
- 61 Indem sich Art. 17 GeolG an den Bestimmungen von Art. 970 Abs. 4 ZGB für das Grundbuch und Art. 336b Abs. 1 OR für das Handelsregister orientiert und mithin von falschen rechtlichen Prämissen ausgegangen wird und im Ergebnis letztlich anstatt für Klarheit nur für Verwirrung gesorgt wird⁹², muss die Vorschrift von Art. 17 GeolG im Rahmen der Teilrevision des Geoinformationsgesetzes ersatzlos gestrichen werden. Dies gilt umso mehr, als dass den Nutzenden des ÖREB-Katasters, sei es der Eigentümerschaft, sei es insbesondere der Käuferschaft, sei es anderen Nutzenden, durch Art. 17 GeolG den Anschein vermittelt wird, sich auf die Kenntnis des Inhalts des ÖREB-Katasters verlassen zu können, was aber gerade nicht zutrifft. Dieser Trugschluss in Art. 17 GeolG ist vor allem im Hinblick auf einen möglichst rechtssicheren Immobilienrechtsverkehr fatal und setzt deshalb – zumindest aktuell – ein Gegensteuern im Sinne einer proaktiven Informationsobliegenheit der Notarenschaft, Immobilienschätzer etc. voraus.

⁹² Vgl. IVANOV/ROTH/FLEINER, Rechtliche Grundlagen im Projekt «ÖREBlex», S. 11 f.; MOSHE, Gutachten in Sachen Erläuterung des Spannungsverhältnisses zwischen ÖREB-Kataster und Grundbuch und Darlegung der daraus resultierenden Schnittstellen (vgl. Art. 962 ZGB, Art. 16 GeolG und Art. 129 Abs. 2 GBV) einerseits sowie in Sachen Auslegung der Haftungsnorm für die Führung des ÖREB-Katasters (Art. 18 GeolG) und Beleuchtung der Fiktion der Kenntnis dessen Inhalts (Art. 17 GeolG) andererseits, S. 111 ff. und 121 f. m.z.H.; ROTH, Der ÖREB-Kataster als amtliches Publikationsorgan, S. 5 f.