

Baldegg, 23. Januar 2018

Stellungnahme

für

das Bundesamt für Landestopographie (swisstopo), Seftigenstrasse 264, 3084
Wabern, vertreten durch Frau Helena Åström Boss,

nachfolgend die **Auftraggeberin**

betreffend

3D-Darstellung der Sonderrechte im Stockwerkeigentum.

Prof. Dr. Amédéo Wermelinger
Rechtsanwalt
Bahnhof Baldegg
6283 Baldegg

041 500 42 29
info@kanzleiambahnhof.ch

Postadresse:
Amédéo Wermelinger
Postfach 516
6023 Rothenburg

0. Vorbemerkung

Die Auftraggeberin hat den Unterzeichneten beauftragt, die von einer Arbeitsgruppe erarbeitete „*Analyse 3D-Darstellung der Sonderrechte im Stockwerkeigentum*“ (Fassung 25. Juli 2017) in rechtlicher Hinsicht zu überprüfen und zu kommentieren. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die rechtliche Beurteilung keine politische Gewichtung enthält. Aufgrund des Entwurfs einer Stellungnahme des Unterzeichneten vom 25. September 2017 hat am 29. September 2017 eine Diskussion mit der Arbeitsgruppe stattgefunden. Die Mitglieder der Arbeitsgruppe konnten sich zum ersten Entwurf der Stellungnahme äussern, Missverständnisse wurden ausgeräumt bzw. Fragen wurden gestellt. Herr Dr. Meinrad Huser hat daraufhin den Stand der Analyse per 29. September 2017 aktualisiert. Die vorliegende Stellungnahme des Unterzeichneten bezieht sich auf diese letzte Fassung. Bemerkungen zur vorherigen Fassung, die bereits übernommen worden sind, wurden gestrichen, ausser sie seien allenfalls für die Historie interessant.

I. Ausgangslage

1.

Die Auftraggeberin hat sich zusammen mit CadastreSuisse zum Ziel gesetzt, den verschiedenen Registern mit sachenrechtlichen Inhalten digitale Grundlagen zur Verfügung zu stellen, damit die dinglichen Rechte umfassend – in ihrer dreidimensionalen Ausdehnung – bestimmt sind. Diese vollständig papierlose Führung der Rechte in digitalen Registern soll vor allem dem informatisierten Grundbuch, dem Vermessungswerk und dem Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen (ÖREB-Kataster) dienen. Dazu wurde eine Arbeitsgruppe 3D-Eigentum ins Leben gerufen, welche ein Diskussionspapier verfasst hat, das dem Unterzeichneten in seiner Fassung vom 25. März 2015 vorliegt.

2.

Danach wurde beschlossen, in seinem ersten Schritt Regelungen für die papierlose, dreidimensionale Dokumentation des Stockwerkeigentums vorzuschlagen, die dann Vorbild für weitere 3D-Darstellungen von dinglichen Rechten, namentlich des Grundeigentums und der Dienstbarkeiten, sein können. Es handelt sich somit um ein Teilprojekt im Rahmen der ursprünglichen Zielsetzung. Zu diesem Zweck wurde ein Arbeitspapier mit dem Titel 3D-Darstellung der Sonderrechte im Stockwerkeigentum, Analyse der Rechtsgrundlagen, erarbeitet. Dem Unterzeichneten wurde die Version 0.9 vom 25. Juli 2017 vorgelegt.

3.

Nach der Diskussion vom 29. September 2017 wurde einerseits das Arbeitspapier vom 25. Juli 2017 überarbeitet. Andererseits hat der Unterzeichnete seine eigene Stellungnahme überarbeitet. Für die vorliegende Stellungnahme lag dem Unterzeichneten das Arbeitspapier in der Fassung vom 29. September 2017 vor.

II. Formelle Bemerkungen

4. Erste Stellungnahme

Im ersten Entwurf seiner Stellungnahme hat der Unterzeichnate verschiedene formelle Bemerkungen formuliert (namentlich im Rahmen des Wortlauts oder der verschiedenen Aussagen usw.). Diese Bemerkungen wurden auch in der Version 0.9 des Arbeitspapiers mit dem Korrekturprogramm eingefügt und den Mitgliedern der Arbeitsgruppe als Anhang zugestellt. Anlässlich der Sitzung der Arbeitsgruppe vom 29. September 2017 wurden die formellen Bemerkungen schliesslich ausdiskutiert und bei Bedarf in der neuen Fassung des Arbeitspapiers aufgenommen. Deshalb verzichtet der Unterzeichnate in der vorliegenden Stellungnahme nochmals auf diese formellen Bemerkungen hinzuweisen.

III. Inhaltliche Bemerkungen

5. Verschiedene Themen

Bei der inhaltlichen Analyse wird zwischen verschiedenen Themen unterschieden, welche es näher zu betrachten gilt. Diese werden wie folgt analysiert:

- a. Die Begründung vor Erstellung des Gebäudes als Regelfall und deren Konsequenzen
- b. Beschränkung der Darstellung auf die Sonderrechte
- c. Der Stockwerkanteil und die Grundstücksgrenze
- d. Problematik der uneinheitlichen Anwendung von Art. 712b Abs. 2 ZGB
- e. Das bestehende formelle Recht als Grundlage für eine fakultative 3D-Darstellung im Stockwerkeigen-
tum
- f. Obligatorium mit dem aktuellen formellen Recht
- g. Rechtswirkung der 3D-Darstellung mit dem aktuellen formellen Recht

a. Die Begründung vor Erstellung des Gebäudes als Regelfall und deren Konsequenzen

6. Bestätigung

Wie im Arbeitspapier treffend erörtert, handelt es sich bei der Begründung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes tatsächlich um die häufigste Begründungsform. Das Stockwerkeigentum wird durch einseitige Erklärung des Investors, die öffentlich zu beurkunden ist, begründet. Dies bedeutet, dass das Stockwerkeigentum zum Zeitpunkt der Begründung nicht fertig gebaut ist, ja sogar dass unter Umständen mit der Bautätigkeit noch gar nicht begonnen wurde. Das hat verschiedene Folgen für die 3D-Darstellung, welche es nachfolgend kurz zu kommentieren gilt.

7. Projektplandarstellung

Anders als bei allen anderen Plangrundlagen des Grundbuchs, nimmt man in einem solchen Fall lediglich virtuelle Räume auf. Eine entsprechende 3D-Darstellung entbehrt also – zumindest am Anfang sehr oft – jeglicher materiellen Realität. Ob und inwiefern es wünschenswert ist, dass das Grundbuch wirklich nur virtuelle Wohnungen und Geschäftsräume darstellen soll und kann, müsste aus Sicht des Unterzeichneten nochmals von Grund auf diskutiert werden. Wenn dieses Auseinanderfallen zwischen grundbuchlicher Darstellung und Realität kritisch erscheint, dann kann dieser Umstand für das Vorhaben von prägender Bedeutung sein, da es dann allenfalls darum geht zu überlegen, ab wann die 3D-Darstellung im Grundbuch überhaupt Sinn macht (beispielsweise erst nach Erstellung des Gebäudes).

8. Dauer der Erstellung des Gebäudes

Die vorstehende Bemerkung ist umso problematischer, als weder im Gesetz noch in der Verordnung die Dauer der Erstellung im Sinne einer Höchstdauer geregelt wird. Es sind Fälle bekannt, in denen die Erstellung von Stockwerkeigentum in Etappen geplant wurde (konkret im grössten Fall: 180 Wohnungen) und in welchen 40 Jahre nach Begründung von Stockwerkeigentum 80 Wohnungen noch nicht erstellt worden waren. Wieviel Sinn es unter solch rechtsunsicheren Umständen wirklich machen kann, eine 3D-Darstellung für Sonderrechte anzubieten um die Rechtssicherheit zu erhöhen, kann tatsächlich hinterfragt werden. Seit Jahren tritt der Unterzeichnete dafür ein, dass die Begründung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes eine klare gesetzliche Regelung erfährt,¹ bisher ohne Erfolg. Im Parlament wurde hingegen das Postulat Caroni² vor einem Jahr (am 14. September 2016) vom Nationalrat angenommen. Die Problematik der Begründung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes wird im Postulat als eines der Handlungsfelder umschrieben.

9. Mangelnde Umsetzung von Art. 69 Abs. 3 GBV

Die Stockwerkeigentümer müssten innert drei Monaten seit der Fertigstellung des Gebäudes die allenfalls abgeänderten Realisierungspläne beim Grundbuchamt nachreichen. Diese Bestimmung muss jedoch als toter Buchstabe bezeichnet werden.³ Die Grundbuchämter verfügen nicht über die notwendigen Ressourcen, um hier Kontrollen vorzunehmen und die Stockwerkeigentümer sehen sehr oft keinen Anlass, „*schlafende Hunde zu wecken*“. Konsequenz: Die Aufteilungspläne (im Sinne von Projektplänen) entsprechen auch nach der Fertigstellung des Gebäudes sehr oft nicht der Realität. Man kann also schon fast von Irrglauben sprechen, wenn man meint, mit einer 3D-Darstellung die Rechtssicherheit von Stockwerkeigentum zu verbessern. Dies ist zumindest solange fraglich, als die Aufteilungspläne nicht in Anwendung von Art. 69 Abs. 3 GBV ange-

¹ Siehe namentlich: Wermelinger Amédéo, *La vente d'une part-terrain – état des lieux*, not@lex 2010, S. 39 ff.; Wermelinger Amédéo, *Das Stockwerkeigentum de lege ferenda*, Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2012, Wermelinger Amédéo, Fellmann Walter (Hrsg.), Bern 2012, S. 187 ff.; Wermelinger Amédéo, *Réflexions de lege ferenda – La propriété par étages a-t-elle développé des maladies d'enfance*, in *La propriété par étages aujourd'hui*, Foëx Bénédict (Hrsg.), Genf 2016, S. 163.

² Nr. 14.3832; *Fünfzig Jahre Stockwerkeigentum. Zeit für eine Gesamtschau*. Das Postulat wurde von NR Olivier Feller vorgetragen, da Andrea Caroni unterdessen als Ständerat gewählt wurde.

³ Vgl. Pfäffli Roland, *Einzelfragen zum Stockwerkeigentum aus Sicht der praktischen Grundbuchführung*, in: Wermelinger Amédéo (Hrsg.), *Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2013*, S. 60 f.

passt wurden. Das Bundesgericht hat diese Problematik noch erhärtet, indem es allgemein befunden hat, dass das Nichtnachkommen der Verpflichtung zur Berichtigung des Aufteilungsplans durch keine Klage sanktioniert wird.⁴

10. Handlungsbedarf

Will man also die Bedeutung des Aufteilungsplans auf eine höhere Stufe setzen, dann genügt es aus Sicht des Unterzeichneten leider nicht, eine 3D-Darstellung einzuführen. Dies würde nur eine technische Verbesserung auf eine mangelnde Rechts- und Sachlage aufpfropfen. Genauso gut kann man Schlösser auf Sand bauen. Deshalb kann aus Sicht des Unterzeichneten das Projektziel nur erreicht werden, wenn man sowohl die technischen, als auch die faktischen und rechtlichen Unzulänglichkeiten angeht. Das würde bedeuten: Die Begründung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes muss auch im Gesetz besser verankert und geregelt werden: Im Idealfall eben sowohl im ZGB als auch in der GBV. Ohne Verankerung im ZGB scheint es dem Unterzeichneten heikel, virtuelles Stockwerkeigentum begründen zu lassen. Mit letzterer Meinung steht der Unterzeichnete jedoch in der Lehre ziemlich alleine da.

11. Möglicher Lösungsansatz

Im Kanton Genf werden bereits heute offenbar in obligatorischer Art und Weise und anders als in den anderen Kantonen die Aufteilungspläne des Stockwerkeigentums durch den Geometer verfasst. Das erstellte Gebäude wird dann nach Massgabe des Vermessungsrechts auch durch den Geometer definitiv kontrolliert und vermessen. Allfällige Abweichungen zwischen den Aufteilungsplänen und der definitiven Vermessung werden im Kanton Genf dem Grundbuchamt gemeldet, was in der Regel zu einer Aktualisierung des Stockwerkeigentums führt. Eine solche oder ähnliche Vorgehensweise würde die vorstehend aufgeführte Problematik erheblich entschärfen. Aus Sicht des Unterzeichneten müsste diese Genfer kantonale Praxis jedoch zwingend eine Verankerung im Bundesrecht haben, sowohl in einer der Verordnungen zum Vermessungsrecht als auch in der Grundbuchverordnung (in Abänderung und Ergänzung von Art. 69 GBV). Zudem würde die in Ziff. 3.2 des Arbeitspapiers (in der Fassung vom 29. September 2017) postulierte Nachführungspflicht für die Aufteilungspläne sicherlich helfen, die vorstehende Problematik zu entschärfen.

b. Beschränkung der Darstellung auf die Sonderrechte

12. Frühere Fassung

In Ziff. 2.3 der Fassung 0.9 der Analyse wurde ausgeführt, dass die Sondernutzungsrechte auch in der 3D-Darstellung aufzunehmen sind, jedoch nicht die Dienstbarkeiten, namentlich weil unterschiedliche Darstellungs- und Zuständigkeitsregeln bestünden. Nach eingehender Diskussion musste man zur Einsicht gelangen, dass die Darstellung der Sondernutzungsrechte (oder ausschliesslichen Benutzungsrechte nach Massgabe von Art. 712g Abs. 4 ZGB) einige Fragen aufwirft, insbesondere wenn diese in der Form einer Dienst-

⁴ BGE 132 III 9, Erw. 3.4.

barkeit begründet werden oder wenn deren Begründung nachträglich im Reglement erfolgt und die Dokumentation somit nicht immer zuverlässig im Grundbuch abgebildet wird. Die Thematik wurde somit vorläufig fallengelassen und es obliegt den Projektverantwortlichen zu beschliessen, ob und in welchem Rahmen sie zumindest versuchsweise darauf zurückkommen wollen.

c. Der Stockwerkanteil und die Grundstücksgrenze

13. Partiell-reale Dimension von Stockwerkeigentum

Konzeptionell und theoretisch von grosser Bedeutung ist der Unterschied in der körperlichen Aufteilung der Einflussbereiche der Stockwerkeigentümer. Stockwerkeigentümer sind zunächst Miteigentümer. Der Miteigentumsanteil und damit die Pflichten und Rechte des Miteigentümers erstrecken sich auf die gesamte Sache.⁵ Der Gesetzgeber musste eine Lösung finden, wie dem Umstand Rechnung zu tragen ist, dass den Stockwerkeigentümern im Stockwerkeigentum bestimmte Räume strukturell zugesichert sind, ohne dass diese ein Alleineigentum daran erhalten. Mit Art. 712a ZGB berechtigt der Gesetzgeber die Stockwerkeigentümer, bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen. Anders als beim gewöhnlichen Miteigentum unterteilt der Gesetzgeber den körperlichen Gegenstand des Stockwerkeigentums in mehrere räumliche Einheiten. Deshalb wird die Auffassung vertreten, dass das Stockwerkeigentum eine „*partiell-reale Dimension*“ aufweist, da das Recht des Stockwerkeigentümers an einzelnen Raumeinheiten durch Eintragung im Grundbuch genau umschrieben und dadurch die Rechtsausübung durch andere Stockwerkeigentümer ausschliesst oder zumindest einschränkt wird.

14. Konsequenz: Abgrenzung zwischen Sonderrecht und gemeinschaftlichen Teilen

Wird also im Aufteilungsplan eine Abgrenzung der Sonderrechte (Stockwerkeinheiten) vorgenommen, kann es nie um das Festlegen von „*Grundstücksgrenzen*“ gehen. Das Stockwerkeigentum enthält lediglich zwei materielle Bestandteile: Sonderrechtsteile und gemeinschaftliche Teile. Die Unterscheidung zwischen Sonderrechtsteilen bzw. zwischen Sonderrechtsteilen und gemeinschaftlichen Teilen hat jedoch keinen Einfluss auf den Eigentumsstatus, sondern nur auf die Ausübung des Eigentumsrechts.⁶ Alle materiellen Bestandteile des Stockwerkeigentums sind im Miteigentum sämtlicher Stockwerkeigentümer. Deshalb wäre eine 3D-Darstellung von Sonderrecht ein dritter Typus von Darstellung, nebst der Darstellung von Grundstücksgrenzen (Eigentum) und der Darstellung von Dienstbarkeitsflächen (beschränktes dingliches Recht; Art. 732 Abs. 2 ZGB). Man kann also von Darstellung „*sui generis*“ sprechen.

⁵ Statt vieler: Rey Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Auflage, Bern 2007, N 766.

⁶ Huser Meinrad, Schweizerisches Vermessungsrecht, 3. Auflage, Zürich 2014, N 363.

d. Problematik der uneinheitlichen Anwendung von Art. 712b Abs. 2 ZGB

15. Einheitlichkeit als Voraussetzung der Harmonisierung

Als der Bund beschlossen hat, die Volkszählung durch eine Registerzählung zu ersetzen, musste er zunächst eine Gesetzgebung erlassen, welche die Register harmonisierte. Damit konnten erst die Voraussetzungen zur Verdichtung der Zahlen geschaffen werden.⁷ Eine solche Einheitlichkeit der Darstellung von Sonderrecht wäre im vorliegenden Fall auch erforderlich, ansonsten die Rechtssicherheit nicht entsprechend gestärkt würde.

16. Technische Einheitlichkeit, rechtliche Uneinheitlichkeit

Die technische Einheitlichkeit kann sicherlich von den entsprechenden Diensten gewährleistet werden. Die rechtliche Einheitlichkeit würde hingegen voraussetzen, dass in allen Kantonen die Definition des Sonderrechts identisch gehandhabt würde. Dem ist aber eben nicht so. Insbesondere folgende Gebäudeteile werden trotz den Anweisungen von Art. 712a und 712b ZGB unterschiedlich gehandhabt und in gewissen Kantonen vom Grundbuch als sonderrechtsfähig und in anderen Kantonen als nicht sonderrechtsfähig betrachtet: der Innenteil des Balkons, der Loggia und der Veranda, Fenster, Türen. Diese Uneinheitlichkeit sollte wohl behoben werden, bevor man anfängt, 3D-Darstellungen vom Sonderrecht aufzunehmen.

e. Das bestehende formelle Recht als Grundlage für eine fakultative 3D-Darstellung im Stockwerkeigentum

17. Vorbemerkung

17.1 Strukturierung der Analyse

Zunächst wird untersucht, ob das ZGB oder das GeoIG eine genügende Rechtsgrundlage für die fakultative 3D-Darstellung im Grundbuch bieten. Bei einer fakultativen Darstellung schränkt man wohl keine Rechte – auch keine Grundrechte – ein, weshalb sich die Fragestellung möglicherweise ein bisschen anders artikuliert als bei einem Obligatorium (siehe nachfolgend Bst. f). Ebenso sagt die Unterscheidung zwischen fakultativ und obligatorisch noch nichts über die Rechtswirkung und Verbindlichkeit der 3D-Darstellung (siehe nachfolgend Bst. g). Deshalb werden diese Fragen separat untersucht.

17.2 Erster Schritt: Fakultative Darstellung

Nachfolgend ist zu überlegen, ob für eine fakultative 3D-Darstellung der Sonderrechte eine genügende Rechtsgrundlage im formellen Gesetz besteht. Dies hängt allgemein mit dem Gesetzesvorbehalt in der Ver-

⁷ Bundesgesetz über die Harmonisierung der Einwohnerregister und anderer amtlicher Personenregister (Registerharmonisierungsgesetz, RHG) vom 23. Juni 2006 (SR 431.02).

waltungstätigkeit zusammen. Der Staat kann sich nur in einem vom demokratisch legitimierten Rahmen des Gesetzgebers bewegen und aktiv werden. Ansonsten die demokratischen Grundwerte und die Subsidiarität des staatlichen Handelns verletzt werden. Es gilt also zu überprüfen, ob das ZGB oder das GeoIG eine entsprechende Rechtsgrundlage liefern.

18. Art. 942 ZGB

18.1 Der Wortlaut

In Art. 942 ZGB befassen sich sowohl der Abs. 2 als auch der Abs. 4 mit Plänen (nachfolgende Hervorhebungen sind durch den Unterzeichneten getätigten):

- a. Abs. 2: Das Grundbuch besteht aus dem Hauptbuch und **den das Hauptbuch ergänzenden Plänen**, Liegenschaftsverzeichnissen, Belegen, Liegenschaftsbeschreibungen und dem Tagebuche.
- b. Abs. 4: Bei der Grundbuchführung mittels Informatik kommen die Rechtswirkungen den im System ordnungsgemäss gespeicherten und **auf den Geräten des Grundbuchamtes durch technische Hilfsmittel in Schrift und Zahlen lesbaren oder in Plänen dargestellten Daten zu**.

18.2 Art 942 Abs. 2 ZGB

Bei der Auslegung von Art. 942 Abs. 2 ZGB sind mehrere Überlegungen anzustellen:

- a. Die Pläne des Grundbuchs sollen als geometrische Darstellungen in erster Linie Angaben über die Lage und Grenzen der Grundstücke liefern, und zwar nach Massgabe des Vermessungsrechts.⁸ Diese Pläne enthalten jedoch auch weitere Angaben über die Bodenoberfläche⁹, namentlich über Bauten und Kulturart¹⁰ sowie Strassen, Plätze, Flüsse, Seen usw.¹¹ Sie beschränken sich somit bereits heute nicht lediglich auf die Grenzen und die Lage der im Grundbuch aufgenommenen Grundstücke.
- b. **Pläne des Grundbuchs** beruhen auf der amtlichen Vermessung und sind öffentliche Urkunden im Sinne von Art. 9 ZGB. Es können auch **weitere Pläne als Belege** beim Grundbuch eingereicht werden, welche eben nicht auf der amtlichen Vermessung beruhen, und die nicht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teilnehmen.¹² Aus heutiger Sicht werden Aufteilungspläne eines Stockwerkeigentums als solche „*weitere Belege*“ – die keine „*Pläne*“ nach Art. 942 Abs. 2 ZGB darstellen – betrachtet.¹³ Sie nehmen nicht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil.¹⁴

⁸ Schmid Jörg/Hürlimann-Kaup Bettina, Sachenrecht, 5. Auflage, Zürich 2017, N 443.

⁹ Deillon-Schegg Bettina, Kommentar zu Art. 942 ZGB, in Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage Zürich 2016, N 6 zu Art. 942.

¹⁰ Deschenaux Henri, Le registre foncier, Traité de droit privé Suisse, T. V/2,2, Fribourg 1983, S. 53 ; Deillon-Schegg, op.cit., N 8 zu Art. 950 ZGB.

¹¹ Huser, op.cit., N 52.

¹² Schmid/Hürlimann-Kaup, op.cit., loc.cit.

¹³ Siehe namentlich Steinauer, Les droits réels, Bd. I, 5. Auflage, Bern 2012, N 569a; siehe auch BGE 138 III 742, Erw. 2 wonach ein durch einen Architekten angefertigten Dienstbarkeitsplan, der nicht auf einem amtlich vermessenen Plan beruht, keinen Plan für das Grundbuch darstellt. Vgl. dazu Pfäffli Roland/Santschi Kallay Mascha, Aktueller Entscheid des Bundesgerichts: Architektenplan genügt nicht für Grundbucheintrag, in: Geomatik Schweiz, 2013 S. 114 f.

¹⁴ BGE 118 II 291, Erw. 3.a.

- c. Die Grundbuchwirkung bei Plänen des Grundbuchs beschränken sich auf die Grenze und die Lage des Grundstücks. Den zusätzlichen und rein beschreibenden Angaben (über Gebäude, Kulturart usw.) kommt keine derartige Wirkung zu.¹⁵
- d. Art. 942 Abs. 2 ZGB regelt hingegen nicht, ob es nur eine Kategorie von „*Plänen*“ gibt, die das Hauptbuch ergänzen und wie diese auszusehen haben. Von dieser Bestimmung alleine kann also nicht abgeleitet werden, dass eine 3D-Darstellung der Sonderrechten im bestehenden Recht zulässig oder unzulässig ist. Dazu müssen andere Gesetzesbestimmungen herbeigezogen werden.

18.3 Art. 942 Abs. 4 ZGB

Auch diese Bestimmung erwähnt „*Pläne*“. Sie ist dennoch für die vorliegend besprochene Fragestellung unerheblich, denn sie regelt nur die technischen Voraussetzungen, die zu erfüllen sind, damit elektronischen Plänen auch die Grundbuchwirkung zukommt. Diese Bestimmung enthält also keine Aussage, die für oder gegen die 3D-Darstellung der Sonderrechte verwendet werden kann. Sollte man hingegen zum Schluss gelangen, dass eine solche Darstellung möglich ist und will man dieser Darstellung den öffentlichen Glauben beimessen, dann müssten die technischen Voraussetzungen von Art. 942 Abs. 4 ZGB erfüllt sein.

19. Art. 950 ZGB

19.1 Wortlaut

Diese Bestimmung verweist, für die Aufnahme und Beschreibung von Grundstücken im Grundbuch auf die amtliche Vermessung. Die qualitativen und technischen Anforderungen des Geoinformationsgesetzes vom 5. Oktober 2007¹⁶ und der Ausführungsgesetzgebung¹⁷ sind diesbezüglich ausschlaggebend.

19.2 Konsequenz

Ob und inwiefern eine 3D-Darstellung mit dem heutigen formellen Recht möglich ist, muss aufgrund dem in Art. 942 ZGB und vor allem dem im Art. 950 ZGB enthaltenen Verweis hauptsächlich anhand des Vermessungsrechts beurteilt werden. Das ZGB enthält also keine entsprechende Grundlage für die 3D-Darstellung der Sonderrecht, verhindert aber eine solche auch nicht ausdrücklich, insbesondere aufgrund der sehr offenen Formulierung von Art. 950 Abs. 1 ZGB („*namentlich eines Plans für das Grundbuch*“), welcher weitere Instrumente nicht ausschliesst.

20. Zweck der amtlichen Vermessung und Zugang

Die amtliche Vermessung dient nicht (oder nicht mehr) ausschliesslich dem Grundbuch. Sie kann aufgrund des geltenden Vermessungsrechts auch andern Zwecken dienen (siehe Art. 1 GeoIG).¹⁸ So liefert sie bei-

¹⁵ Deillon-Schegg, op.cit., N 9 zu Art. 950.

¹⁶ SR 510.62.

¹⁷ Verordnung über die amtliche Vermessung vom 18. November 1992 (SR 211.432.2; VAV) sowie Technische Verordnung des VBS über die amtliche Vermessung 1 vom 10. Juni 1994 (SR 211.432.21; TVAV).

¹⁸ So auch Huser, op.cit., N 24.

spielsweise wichtige Grundlagen für die Raumplanung¹⁹ oder für Private.²⁰ Geodaten sollen der öffentlichen Hand, der Wirtschaft, der Gesellschaft und der Wissenschaft „*für eine breite Nutzung, nachhaltig, aktuell, rasch, einfach in der erforderlichen Qualität*“ zur Verfügung stehen (Art. 1 GeoIG).²¹ Dieser Zugang ist jedoch nicht kostenlos, sondern der Bund und die Kantone können Gebühren für diese Dienstleistung erheben (Art. 15 GeoIG, Art. 38 VAV sowie Art. 73a TVAV).²²

21. Datenkategorisierung und deren Folgen

Gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a GeoIG sind sämtliche raumbezogenen Daten zunächst Geodaten. Die Geodaten werden zu Geobasisdaten, wenn sie auf einem rechtsetzenden Erlass des Bundes, eines Kantons oder einer Gemeinde beruhen (Art. 3 Abs. 1 Bst. c GeoIG). Die Georeferenzdaten sind eine Unterkategorie der Geobasisdaten. Dazu zählen im Wesentlichen die Daten der Landesvermessung.²³ Gemäss Art. 2 GeoIG gilt das Gesetz in erster Linie für die Geobasisdaten des Bundes. Es gilt jedoch auch für andere Geodaten des Bundes, soweit das übrige Bundesrecht nichts anderes vorschreibt (Abs. 2). Das bedeutet aber nichts anderes, als dass der Gesetzgeber nicht ausschliesst, dass der Bund Geodaten führt, welche nicht als Geobasisdaten im Bundesrecht verankert sind. Zudem genügt gemäss der Botschaft des Bundesrats eine Verordnung um den erforderlichen Rechtsbezug zu schaffen, welcher aus Geodaten Geobasisdaten macht.²⁴ Dieser Grundsatz wird denn auch von Art. 5 Abs. 1 GeoIG bestätigt, wonach der Bundesrat – folglich auf Verordnungsebene – den Katalog der Geobasisdaten festlegt. Für die Geobasisdaten ist der Katalog des Bundesrats vollständig.²⁵

22. Art. 19 GeoIG

Gemäss dieser Bestimmung kann der Bundesrat Stellen der Bundesverwaltung ermächtigen, Geodaten und weitere Leistungen zur Erfüllung besonderer Kundenwünsche anzubieten. Diese Leistungen müssen jedoch in einem engen Zusammenhang mit der Aufgabe der ermächtigten Stelle sein und insgesamt kostendeckend erbracht werden.²⁶ Diese Bestimmung betrifft lediglich die Geodaten in der Hoheit des Bundes (z.B. Landeskarten oder digitale Daten wie topographisches Landschaftsmodell) und nicht die Daten der amtlichen Vermessung. Sie ist für die vorliegend Fragestellung irrelevant.

¹⁹ Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg/ Rumo-Jungo Alexandra, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich 2009, S. 855

²⁰ Die wirtschaftliche Bedeutung von Geodaten darf in der heutigen Zeit – insbesondere aufgrund der möglichen Verknüpfung von verschiedenen elektronischen Informationsquellen – nicht unterschätzt werden. Die diesbezügliche Zurückhaltung des Bundesrates überrascht (siehe BBI 2006 S. 7855 f.).

²¹ „Das Gesetz ist darauf ausgerichtet, das noch ungenutzte Potenzial der Geodaten für Wirtschaft, Gesellschaft, Wissenschaft und Politik besser zu erschliessen“ (BBI 2006 S. 7842).

²² Für weitere Ausführungen zu den Gebühren siehe Huser, op.cit., N 712 ff.

²³ BBI 2006 S. 7845.

²⁴ BBI 2006 S. 7843.

²⁵ BBI 2006 S. 7847.

²⁶ Zudem soll sich der Bund nach Ansicht des Bundesrates nur auf Leistungen konzentrieren, welche die Privatwirtschaft nicht oder nur teilweise erbringen kann.

23. Art. 29 ff. GeoIG

Will man eine 3D-Darstellung der Sonderrechte als Referenzdaten erheben, dann sind die Art. 29 ff. GeoIG anwendbar. Bei der amtlichen Vermessung ist der Bund für den strategischen Aufgabenbereich und die Kantone für die operative Umsetzung zuständig.²⁷ Damit liegt die Zuständigkeit für die Festlegung der Instrumente der öffentlichen Vermessung beim Bund. Gemäss Art. 29 Abs. 1 GeoIG stellt die amtliche Vermessung die Verfügbarkeit von eigentümerverbindlichen Georeferenzdaten und der beschreibenden Informationen der Grundstücke sicher. Was genau unter diesen eigentümerverbindlichen Georeferenzdaten und beschreibenden Informationen der Grundstücke zu verstehen ist, kann weder dieser Bestimmung noch den nachfolgenden entnommen werden. Dabei fällt aber immerhin auf, dass in Art. 29 Abs. 2 und 3 GeoIG die Aufgaben der amtlichen Vermessung und die Regelung derselben nicht abschliessend erörtert werden („*insbesondere*“). Das bedeutet namentlich auch, dass das Vermarken und Vermessen der Grundstücksgrenzen als Flächenmass²⁸ nur eine von anderen möglichen Aufgaben darstellt. Zudem regelt nicht das Gesetz die Grundzüge der amtlichen Vermessung, sondern der Bundesrat (auf Ebene der Verordnung; siehe Art. 29 Abs. 3, Einleitungssatz GeoIG). Somit verfügt der Bundesrat über eine weitgehende Kompetenz, wenn es darum geht, die einzelnen Instrumente der amtlichen Vermessung festzulegen. Diese Zuständigkeit übt er namentlich in Art. 5 ff. VAV aus, welche den Inhalt der amtlichen Vermessung aufführt, insbesondere den Plan für das Grundbuch (Art. 7 VAV).

24. Zwischenfolgerungen

Man sieht also, dass das GeoIG kein abschliessendes und geschlossenes System weder der Geodaten noch der Geobasisdaten noch der Referenzdaten vorgesehen hat. Der Bundesrat kann – aufgrund der im Gesetz enthaltenen Verweise – mittels Verordnung neue Geobasisdaten oder Referenzdaten²⁹ schaffen.³⁰ Der Bundesrat selbst qualifiziert zwar in seiner Botschaft das heutige Bezugssystem als zweidimensional, aber er scheint keinesfalls ein dreidimensionales Bezugssystem auszuschliessen. Dies gilt umso mehr als Art. 8 Abs. 3 GeoIG eine Methodenfreiheit postuliert und der Bundesrat diesen Grundsatz als geeignet erachtet, den Weg zur Innovation und zur Nutzung neuer Technologien zu ebnen.³¹ Deshalb wird vorliegend die Auffassung vertreten, dass swisstopo bzw. die zuständigen Stellen vom Bundesrat ermächtigt werden können, 3D-Darstellungen der Sonderrechte zu erheben und als Geodaten, als Geobasisdaten oder als Referenzdaten³² zu verwenden. Je nach Ausgestaltung muss der Bundesrat die entsprechenden Rechtsgrundlagen auf Verordnungsebene schaffen.

²⁷ BBI 2006 S. 7866; siehe auch Huser, op.cit., N 126.

²⁸ Der Bundesrat spricht vom „*aktuellen*“ zweidimensionalen Bezugssystem (BBI 2006 S. 7862).

²⁹ Hinsichtlich der allgemeinen Zulässigkeit der Erweiterung des Vermessungsgegenstandes auf Verordnungsebene siehe Huser, op.cit., N 48 f.

³⁰ Ob und inwiefern es zulässig erscheint, dass der Bundesrat die Festlegung des Objektkatalogs an das VBS weiterdelegiert (so Huser, op.cit., N 126) kann vorliegend offen bleiben, da diese Aufgabe vom Gesetz dem Bundesrat anvertraut wurde und letzterer per Verordnung handeln kann.

³¹ BBI 2006 S. 7850.

³² Für die Geobasisdaten oder die Referenzdaten bedarf es immerhin mindestens einer Rechtsgrundlage auf Stufe einer Verordnung des Bundesrates.

f. Obligatorium mit dem aktuellen formellen Recht

25. Aktuelle Rechtslage

25.1 Keine Regelung im ZGB

Der Aufteilungsplan als solcher wird im ZGB nirgends ausdrücklich erwähnt. Art. 712e Abs. 1 ZGB führt lediglich aus, dass die räumliche Ausscheidung jedes Stockwerks im Begründungsakt anzugeben sei. Diese Voraussetzung muss bei einem erstellen Gebäude nicht zwingend in der Form eines Grundrissplans erfolgen und noch viel weniger in der Form eines Grundbuchplans, sondern kann auch mittels Umschreibung erfüllt werden (z.B. das Sonderrecht der Stockwerkeinheit Nr. 1 bezieht sich auf den ersten, der Stockwerkeinheit Nr. 2 auf den zweiten und der Stockwerkeinheit Nr. 3 auf den dritten Stock; oder bei vertikalem Stockwerkeigentum: das Sonderrecht an der Stockwerkeinheit Nr. 1 bezieht sich auf das Gebäude Nr. 123, der Stockwerkeinheit Nr. 2 auf das Gebäude Nr. 124 und der Stockwerkeinheit Nr. 3 auf das Gebäude Nr. 125).

25.2 Heutige Ausführungsbestimmungen in der GBV

Art. 68 f. GBV erwähnen den Aufteilungsplan. Dabei wird dieser für nicht obligatorisch erklärt, wenn das Gebäude bereits erstellt ist; der Grundbuchverwalter verfügt jedoch über die Möglichkeit, die Einreichung eines Aufteilungsplans zu verlangen, falls die räumliche Ausscheidung der Sonderrechte im Begründungsakt nicht klar und bestimmt angegeben sind. Erfolgt hingegen die Begründung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes, hängt die Eintragung des Stockwerkeigentums vom Einreichen eines Aufteilungsplans ab. Man stellt somit fest, dass der Bundesrat bereits heute für die Mehrheit der Fälle (Begründung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes), ein Aufteilungsplanobligatorium von Art. 712e Abs. 1 ZGB abgeleitet hat. Es stellt sich somit vorliegend die Frage, ob der Bundesrat dieses Obligatorium in Anlehnung auf Art. 712e Abs. 1 ZGB auf alle Begründungsfälle und auf die 3D-Darstellung der Sonderrechte ausweiten kann.

26. Auslegung von Art. 712e Abs. 1 ZGB

Diese Bestimmung umschreibt den Inhalt des Begründungsaktes. Sie verlangt nur aber immerhin die Angabe der räumlichen Ausscheidung. Daraus hat der Bundesrat abgeleitet, dass in bestimmten Situationen ein Aufteilungsplan einverlangt werden kann. Die herrschende Lehre hat die vom Bundesrat eingeführte Regelung hinsichtlich des Aufteilungsplans für rechtmässig betrachtet. Es leuchtet denn auch ein, dass für die Eintragung eines Stockwerkeigentums vor Erstellung des Gebäudes eine planmässige Darstellung erforderlich ist, um zu wissen, wie das Stockwerkeigentum (welches in einer ersten Phase eine rein virtuelle Existenz haben wird) aussehen soll und worauf sich die Sonderrechte beziehen. Nach der vom Unterzeichneten vertretenen Auffassung ermöglicht hingegen das heutige Recht weder dem Kanton (im Ausführungsrecht zum ZGB) noch dem Grundbuchverwalter einen Geometerplan bzw. ein Plan für das Grundbuch zu verlangen.³³

³³ Siehe namentlich Wermelinger Amédéo, Das Stockwerkeigentum, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zürich 2010, N 97 zu Art. 712d.

27. Zusammenhang mit dem Vermessungsrecht

Art. 712e Abs. 1 ZGB hat nicht zum Zweck, dass Vermessungsrecht einzuschränken bzw. ist auch keine *lex specialis* dazu. Vielmehr gilt für Stockwerkeigentum – als spezifische Form von Grundeigentum (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB) – das Immobiliarsachenrecht. Somit untersteht auch das Stockwerkeigentum Art. 942, Art. 950 ZGB und somit letztlich dem Vermessungsrecht. Soweit also das Vermessungsrecht die Geodaten, die Geobasisdaten und die Georeferenzdaten bestimmt und soweit der Bundesrat in der Lage ist, deren Form und Inhalt durch Beschluss (Geodaten) oder durch Verordnung (Geobasisdaten und Georeferenzdaten) zu bestimmen, ist kein Grund ersichtlich, wieso dies nicht für das Stockwerkeigentum gelten soll, bzw. wieso der Bundesrat hier nicht auch definieren kann, was im Rahmen des Vermessungsrechts für eine Eintragung (bzw. für die Aufnahme) von Stockwerkeigentum erforderlich ist, bis hin zur 3D-Darstellung der Sonderrechte.

28. Zwischenfolgerung

Aufgrund der Auslegung des geltenden Rechts und des bisherigen Verhaltens des Bundesrates im Rahmen der GBV und der VAV, sieht der Unterzeichneten wenig Argumente, welche aus rechtstechnischer Sicht klar gegen die Möglichkeit der Einführung eines Aufteilungsplans obligatoriums auf Verordnungsebene sprechen. Dennoch müsste zumindest langfristig, im Hinblick auf eine allfällige künftige Anpassung des ZGB im Rahmen des Stockwerkeigentumsrechts³⁴, hier eine gesetzgeberische Klärung stattfinden. Es erscheint aus rechtsstaatlicher Sicht wohl suboptimal, dass solche Pflichten und Einschränkungen des Eigentums – selbst wenn sie auf den ersten Blick lediglich eine technische Relevanz zu haben scheinen – lediglich auf Verordnungsebene geregelt werden.

g. Rechtswirkung der 3D-Darstellung mit dem aktuellen formellen Recht

29. Unterschied zwischen Obligatorium und Rechtswirkung

Gemäss heutigem Recht ist die Einreichung eines Aufteilungsplans in den meisten Fällen (Begründung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes) obligatorisch. Dennoch vertritt die Lehre und das Bundesgericht die Auffassung, dass der Aufteilungsplan, wird er im Obligatorium eingereicht, keine Grundbuchwirkung entfaltet. Es handelt sich weder um einen „*Katasterplan*“ noch um eine öffentliche Urkunde im Sinne von Art. 9 ZGB.³⁵ Sollte man die Einführung eines Obligatoriums der 3D-Darstellung der Sonderrechte mit dem heutigen formellen Recht als zulässig erachten, ist also damit noch nicht zwingend gesagt, dass diese eine Grundbuchwirkung entfaltet.

³⁴ Allenfalls im Rahmen des vom Nationalrat gutgeheissenen Postulats Nr. 14.3832; Fünfzig Jahre Stockwerkeigentum. Zeit für eine Gesamtschau.

³⁵ Siehe dazu namentlich BGE 132 III 9, Erw. 3.2.2; Huser, op.cit., N 519; Wermelinger Amédéo, Das Stockwerkeigentum, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zürich 2010, N 97 zu Art. 712d mit zahlreichen Hinweisen auf die Lehre.

30. Bisherige Meinung in der Lehre

Die Frage, ob eine 3D-Darstellung der Sonderrechte im Sachenrecht nützlich oder erforderlich ist, konnte nur mit der neueren technologischen Entwicklung entstehen. Sie ist also sehr aktuell und man verfügt über wenige Lehrmeinungen dazu. Immerhin vertritt der wohl bekannteste Autor im Rahmen des Vermessungsrechts in der Schweiz folgende Auffassung zur allgemeinen Frage der 3D-Darstellung: „*Damit diese Darstellungen aber rechtsverbindlich werden können, müssten die rechtlichen Grundlagen im ZGB grundlegend überarbeitet werden*“.³⁶ Dabei bezieht sich der Autor nach Rückfrage auf eine vollumfängliche 3D-Darstellung der Immobilien in der Schweiz. Für den Unterzeichneten ist nicht ersichtlich, inwiefern die Einführung einer erhöhten Rechtswirkung für alle Immobilien anders zu behandeln wäre als die Einführung einer erhöhten Rechtswirkung lediglich für die 3D-Darstellungen im Stockwerkeigentum. Zwar erhalten die Darstellungen der Sonderrechte bei einem Obligatorium mit Nachführungsplicht wohl automatisch eine grössere Beweiskraft als die heutige Darstellung. Ob und inwiefern daraus ohne Weiteres eine Rechtswirkung der 3D-Darstellung wie für den Plan für das Grundbuch verbunden ist, vermag der Unterzeichnete vorliegend nicht abschliessend zu beurteilen. Klar wäre dies für das Projekt wünschenswert und es wird empfohlen, diese Fragestellung im Rahmen der Weiterbearbeitung noch zu vertiefen.

IV. Folgerungen

31.

Die vorstehenden Ausführungen können wie folgt zusammengefasst werden:

31.1

Die vorstehenden Detailbemerkungen zum Arbeitspapier werden vorliegend nicht nochmals wiederholt. Grundsätzlich erscheinen jedoch der Inhalt und die Darstellung dem Unterzeichneten nachvollziehbar.

31.2

Langfristig müssen mit der Darstellung von Sonderrecht im Grundbuch noch andere Fragen angegangen werden (z.B. bessere Verankerung der Begründung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes, Verlässlichkeit der Gebäudeausscheidung gemäss Gesetz usw.), wenn man das angestrebte Ziel der höheren Rechtssicherheit optimal erreichen will. Das setzt voraus, dass im Rahmen des Postulats Nr. 14.3832 der entsprechende Handlungsbedarf erkannt wird und die Bundesverwaltung und der Bundesrat den vom Nationalrat zugespielten Ball auch in diesem Bereich aufnimmt.

31.3

Kurzfristig spricht auch aus rein rechtlicher Sicht sehr viel für einen Pilot im Rahmen der 3D-Darstellung von Sonderrecht:

³⁶ Huser, op.cit., N 46.

- a. Es handelt sich um ein klar eingegrenztes Rechtsgebiet.
- b. Die heutige Rechtssicherheit muss als problematisch bezeichnet werden.
- c. Taktgeber bei einer 3D-Darstellung ist weder das Sachenrecht noch das ZGB. Dieses verweist sehr weitgehend auf das Vermessungsrecht.
- d. Das Vermessungsrecht ist offen und technikneutral formuliert. Eine Weiterentwicklung der bestehenden Instrumente und die Einführung von Neuerungen muss mit dem heutigen Gesetz als zulässig erachtet werden. Der Bundesrat hat diesbezüglich eine ausdrücklich im Gesetz verankerte Zuständigkeit erhalten.
- e. Heute sind sehr viele Fragen des Vermessungsrecht auf Verordnungsstufe geregelt. Deshalb erscheint auf den ersten Blick selbst die Einführung eines 3D-Darstellungsobligatorium für Sonderrecht aus rein technischer Sicht nicht *a priori* unzulässig. Heikler ist für den Unterzeichneten aufgrund der Neuheit der Fragestellung die Frage der Rechtswirkung einer solchen 3D-Darstellung, insbesondere quasi als Bestandteil der amtlichen Vermessung. Diese Frage müsste noch vertieft analysiert werden.

Ich hoffe Ihnen mit den vorstehenden Erläuterungen gedient zu haben.

Freundliche Grüsse

Prof. Dr. Amédéo Wermelinger
Rechtsanwalt und Titularprofessor
an der Universität Fribourg