

Münstergasse 2
3011 Bern
Telefon 031 633 76 78
Telefax 031 634 51 54

32.13-15.11

Beschwerdeentscheid vom 6. Juli 2018



Anmerkung von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen (Art. 962 ZGB)

- a Die Behörde (Gemeinde), welche die anzumerkende Auflage in der Baubewilligung verfügt hat, ist befugt, Beschwerde bei der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion zu führen, wenn das Grundbuchamt die Anmerkung verweigert. Dies gilt auch dann, wenn die Anmeldung der Anmerkung beim Grundbuchamt durch den Baubewilligungsnehmer erfolgte. (E. 3)
- b Der Baubewilligungsnehmer ist im vorliegenden Fall wirtschaftlich identisch mit dem Grundeigentümer des Grundstücks, auf dem die Anmerkung eingetragen werden soll (Art. 963 ZGB, Art. 53 Abs. 2 GBV). Er ist deshalb zur Anmeldung der Anmerkung befugt. (E. 6)
- c Allgemeines zur Rechtsgrundlage der Anmerkungstatbestände nach kantonalem Recht (Art. 129 GBV). (E. 4) – Anmerkungsfähig sind entgegen dem Wortlaut von Art. 38 Abs. 3 BauG auch Auflagen in gewöhnlichen Baubewilligungen (also nicht nur solche in Ausnahmegewilligungen). (E. 5)

Mention de restrictions de droit public à la propriété (art. 962 CC)

- a L'autorité (la commune) qui a décidé de la charge à assortir au permis de construire à mentionner est légitimée à former recours auprès de la Direction de la justice, des affaires

communales et des affaires ecclésiastiques si le bureau du registre foncier refuse la mention. Il en va de même lorsque l'inscription de la mention au registre foncier a été requise par le bénéficiaire du permis de construire. (c. 3)

- b Dans le cas d'espèce, d'un point de vue économique, le bénéficiaire du permis de construire est le propriétaire de l'immeuble sur le feuillet duquel la mention doit être inscrite (art. 963 CC, art. 53, al. 2 ORF). Par conséquent, il est légitimé à requérir l'inscription de la mention. (c. 6)*
- c Généralités relatives à la situation juridique des catégories de mentions en vertu du droit cantonal (art. 129 ORF). (C. 4) – Contrairement à la teneur de l'article 38, alinéa 3 LC, les charges figurant dans les permis de construire ordinaires (et non seulement dans les dérogations) sont elles aussi susceptibles d'être mentionnées. (c. 5)*

Sachverhalt

A.

Am 22. Januar 2015 meldete die Z._____ AG beim Grundbuchamt folgende Anmerkung an: «Auf der Parzelle Gbbl. Nr. 1000 (resp. der als Zwischenlager bewilligten Fläche) dürfen nur Materialien wie Kies, Sand, Humus, mineralischer Bauabfall (ohne Ausbauasphalt und Strassenaufbruch, ohne Asphaltgranulat, Recyclingkiessand A und Mischabbruch/-granulat) im Umfang von 200 m³ bis max. 1000 m³ pro Monat umgeschlagen respektive zwischengelagert werden, welche in der betrieblichen Tätigkeit des angrenzenden Garten- und Landschaftsbaubetriebs verwendet werden. Untersagt sind jegliche Aufbereitungsarbeiten von Materialien». Mit Verfügung vom 27. Januar 2015 wies das Grundbuchamt die Anmeldung ab.

B.

Gegen die Verfügung vom 27. Januar 2015 führt die A._____ mit Eingabe vom 10. Februar 2015 Beschwerde bei der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (JGK) mit dem Rechtsbegehren, Ziff.1 des Dispositivs der Abweisungsverfügung vom 27. Januar 2015 sei aufzuheben und das Grundbuchamt sei anzuweisen, die Anmerkung gemäss der Anmeldung der Z._____ AG vom 22. Januar 2015 auf dem Grundstück Gbbl. Nr. 1000 im Grundbuch einzutragen.

Mit Vernehmlassung vom 25. Februar 2015 beantragt das Grundbuchamt, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

Am 27. Februar 2015 hat die A._____ eine berichtigte Beschwerde eingereicht, die neu vom zuständigen Gemeinderatsmitglied unterzeichnet ist.

Mit Eingabe vom 6. März 2015 hat die A._____ eine Replik eingereicht. Die Duplik des Grundbuchamts stammt vom 12. März 2015.

Am 30. März 2015 hat die A._____ eine Bestätigung des Gemeinderats eingereicht, wonach er der Beschwerdeführung zustimme.

Die angefragte Z._____ AG hat auf eine Teilnahme am Beschwerdeverfahren verzichtet (Eingabe vom 28. März 2018).

Die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion zieht in Erwägung:

1.

Gegen Verfügungen des Grundbuchamts kann Beschwerde bei der JGK geführt werden (Art. 956a Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210] i.V.m. Art. 124 Abs. 1 des Gesetzes vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [EG ZGB; BSG 211.1]). Für das Verfahren gelten nach Art. 10 Abs. 3 Satz 1 EG ZGB die Bestimmungen des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21). Die JGK verfügt über die gleiche Kognition wie das Grundbuchamt.

2.

2.1 Das Grundbuchamt hat die Abweisung der angemeldeten Anmerkung damit begründet, eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung könne im Grundbuch nur dann angemerkt werden, wenn es sich um ein Rechtsgebiet gemäss Art. 129 Abs. 1 der Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (GBV; SR 211.432.1) handle. Der Anmerkungstatbestand bedürfe somit einer formellen gesetzlichen Grundlage. Diese fehle vorliegend. Eigentümerin des Grundstückes Nr. 1000 sei die Y._____ AG. Diese hätte in jedem Fall ihre Zustimmung zur Einschreibung einer Anmerkung auf ihrem Grundstück zu erteilen.

2.2 In ihrer Beschwerde bringt die A._____ vor, sie sei zur Anfechtung der Abweisungsverfügung legitimiert, obwohl sie die Grundbuchanmeldung nicht selbst beantragt habe. Anmelderin sei die Z._____ AG gewesen, doch wäre die Stadt gestützt auf Art. 53 Abs. 2 Bst. a GBV selbst zur Anmeldung der Anmerkung befugt gewesen. Die Anmerkung betreffe eine dauerhafte öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkung, welche die Gemeinde als zuständige Baubewilligungsbehörde in ihrem Gesamtbauentscheid gegenüber der Z._____ AG angeordnet habe.

In der Sache begründet die A._____ die Beschwerde damit, Art. 129 Abs. 1 Bst. g GBV schreibe vor, dass öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen auf dem Gebiet der Baugesetzgebung zwingend im Grundbuch anzumerken seien. Bei der hier interessierenden Auflage handle es sich um eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung, welche dem Eigentümer eine dauerhafte Nutzungsbeschränkung auferlege und die grundstücksbezogen sei. Damit bestehe schon von Bundesrechts wegen eine gesetzliche Grundlage für die vorliegende Anmerkung. Die Anmerkung sei dabei sogar obligatorisch. Nach kantonalem Recht seien gemäss Art. 38 Abs. 3 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0) in Verbindung mit Art. 29 Abs. 3 BauG unter anderem Zweckentfremdungsverbote vor Baubeginn im Grundbuch anzumerken. Hinzu kämen Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes. Die Stadt habe sich vorgängig beim zuständigen Grundbuchamt erkundigt, ob die vorgesehene Auflage anmerkungsfähig wäre, was bestätigt worden sei. Schliesslich verstosse die Abweisung des

Grundbuchamtes auch gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und gegen das Institut der materiellen Rechtskraft. Die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) habe in ihrem Beschwerdeentscheid vom 2. Dezember 2014 bereits ausführlich geprüft, ob die angeordnete Anmerkung auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhe, und dies bejaht.

Weil die Stadt die Anmeldung selbst vornehmen könne, sei auch die Zustimmung der Grundeigentümerin entbehrlich, zumal diese bereits das Baugesuch unterzeichnet habe (vgl. Art. 10 Abs. 2 des Dekrets vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren [Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1]) und sich damit sowohl mit dem Bauprojekt als auch mit allfälligen Anmerkungen, die für dieses Bauvorhaben zwingend nötig seien, einverstanden erklärt habe.

2.3 In seiner Vernehmlassung führt das Grundbuchamt zur Frage der Beschwerdelegitimation aus, Auflagen und Bedingungen, die Gegenstand der Baubewilligung seien, könnten gegenüber dem Grundeigentümer jederzeit auch ohne Anmerkung geltend gemacht werden. Die A._____ als Baubewilligungsbehörde habe durch eine Anmerkung nicht mehr oder weniger Rechte. Damit sei sie gar nicht beschwert. In der Sache weist das Grundbuchamt darauf hin, Verfügungsberechtigt sei die Y._____ AG als Eigentümerin des Grundstückes Nr. 1000, Anmelderin sei jedoch die Z._____ AG. Werde der Ausweis über das Verfügungsrecht nicht beigebracht, so sei gemäss Art. 966 ZGB die Anmeldung abzuweisen. Weiter bestehe keine genügende Rechtsgrundlage für die Anmerkung des Zweckentfremdungsverbots. Erstens handle es sich um eine normale Baubewilligung und nicht um eine Ausnahmegewilligung, womit die Voraussetzungen von Art 29 Abs. 3 BauG zum vorneherein nicht gegeben seien. Schliesslich könne sich die Beschwerdeführerin nicht auf Treu und Glauben berufen: Die Antwort des Grundbuchamts habe sich ausschliesslich auf die Anmerkung von Zweckentfremdungsverboten im Rahmen von Ausnahmegewilligungen nach Art. 29 Abs. 3 BauG bezogen.

3.

3.1 Zur Beschwerde ist befugt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung hat (Art. 956a Abs. 2 Ziff. 1 ZGB, Art. 65 Abs. 1 VRPG). Die JGK hat die Beschwerdebefugnis von Amtes wegen zu prüfen (Art. 20a VRPG). Nicht die A._____ hat die fragliche Anmeldung beim Grundbuchamt vorgenommen, sondern die Z._____ AG. Letztere ist als Bauherrin Adressatin des Gesamtbauentscheids der A._____ vom 3. Juli 2014, in welchem sie in Ziff. 2 des Dispositivs verpflichtet wurde, die Anmerkung im Grundbuch anzumelden. Die Verfügung, in der das Grundbuchamt die Anmeldung abwies, wurde sowohl der Z._____ AG als auch der A._____ eröffnet.

3.2 Bezüglich der *Anmerkungen von öffentlich-rechtlichen Beschränkungen* bestimmt Art. 962 ZGB (vgl. auch Art. 129 GBV):

¹ Das Gemeinwesen oder ein anderer Träger einer öffentlichen Aufgabe muss eine für ein bestimmtes Grundstück verfügte Eigentumsbeschränkung des öffentlichen Rechts, die dem

Eigentümer eine dauerhafte Nutzungs- oder Verfügungsbeschränkung oder grundstücksbezogene Pflicht auferlegt, im Grundbuch anmerken lassen.

² Fällt die Eigentumsbeschränkung dahin, so muss das Gemeinwesen oder der andere Träger einer öffentlichen Aufgabe die Löschung der Anmerkung im Grundbuch veranlassen. Bleibt das Gemeinwesen oder der andere Träger einer öffentlichen Aufgabe untätig, so kann das Grundbuchamt die Anmerkung von Amtes wegen löschen.

³ Der Bundesrat legt fest, in welchen Gebieten des kantonalen Rechts die Eigentumsbeschränkungen im Grundbuch angemerkt werden müssen. Die Kantone können weitere Anmerkungen vorsehen. Sie erstellen eine Liste der Anmerkungstatbestände und teilen sie dem Bund mit.

Art. 963 ZGB regelt zu den *allgemeinen Voraussetzungen der Eintragung* Folgendes:

¹ Die Eintragungen erfolgen auf Grund einer schriftlichen Erklärung des Eigentümers des Grundstückes, auf das sich die Verfügung bezieht.

² Keiner Erklärung des Eigentümers bedarf es, wenn der Erwerber sich auf eine Gesetzesvorschrift, auf ein rechtskräftiges Urteil oder eine dem Urteil gleichwertige Urkunde zu berufen vermag.

³ Die mit der öffentlichen Beurkundung beauftragten Beamten können durch die Kantone angewiesen werden, die von ihnen beurkundeten Geschäfte zur Eintragung anzumelden.

Art. 53 Abs. 2 GBV bestimmt hinsichtlich der *Befugnis zur Anmeldung* von Anmerkungen, die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen im Sinne von Art. 962 ZGB betreffen:

Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen und andere öffentlich-rechtliche Pflichten, die mit einem Grundstück oder einem Recht an einem Grundstück verbunden sind, werden angemerkt auf Anmeldung:

- a. der nach kantonalem Recht für die Entstehung zuständigen Behörde;
- b. des Eigentümers oder der Eigentümerin;
- c. der Person, die das betroffene dingliche Recht hat.

3.3 Mit der Baubewilligung können Bedingungen und Auflagen verbunden werden (Art. 38 Abs. 3 BauG, Art. 35 Abs. 3 BewD). Solche Bedingungen und Auflagen können grundsätzlich öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen im Sinne von Art. 962 ZGB sein. Demnach ist es die *Baubewilligungsbehörde*, die nach Art. 53 Abs. 2 Bst. a GBV grundsätzlich zur Anmeldung der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen befugt ist. Im vorliegenden Fall ist es daher auch unbestritten, dass die A._____ als Baubewilligungsbehörde die Anmerkung hätte anmelden dürfen.

3.4 Zur Anmerkung von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen sind die Behörden *verpflichtet* (URS FASEL, Kommentar zur Grundbuchverordnung, 2. Aufl. 2011, Art. 129 N. 5 f.; vgl. auch Revision des Immobiliarsachenrechts per 1.1.2012: Wichtigste Änderungen für die Gemeinden, in BSIG Nr. 2/215.2/1.1). Die Behörde ist dafür verantwortlich, dass die Eintragung erfolgt. Folge dieser Pflicht ist, dass sie für Schäden haftet, die Dritten durch eine unterlassene Anmerkung entstehen (JÜRGEN SCHMID, in Basler Kommentar, 5. Aufl. 2015, Art. 962 ZGB N. 14, Art. 946 ZGB N. 73). Die Behörde kann die Anmeldung wie gezeigt auch selbst vornehmen. Erfolgt die Anmeldung durch eine andere nach Art. 53 Abs. 2 GBV berechnigte Person, und

wird die Anmeldung vom Grundbuchamt verweigert, muss die Behörde die Möglichkeit haben, sich dagegen zur Wehr zu setzen. Der mit der Baugesetzänderung vom 9. Juni 2016 eingefügte neue Art. 29 Abs. 4 BauG schreibt nun ausdrücklich vor, die Baubewilligungsbehörde weise das Grundbuchamt an, die Anmerkungen nach Art. 29 Abs. 3 BauG auf dem Grundbuchblatt des betroffenen Grundstücks anzubringen; sie kontrolliert, ob die mit der Bewilligung verfügten Bedingungen und Auflagen im Grundbuch angemerkt worden sind.

3.5 Besonders berührt von einer Verfügung im Sinne von Art. 956a Abs. 2 Ziff. 1 ZGB bzw. Art. 65 Abs. 1 VRPG ist, wer über eine spezifische Beziehungsnähe zur Streitsache verfügt. Führt nicht der Adressat der Verfügung Beschwerde, sondern ein Dritter, muss er stärker als jedermann betroffen sein (ISABELLE HÄNER, in Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, Art. 48 N. 12). Ein schutzwürdiges Interesse ist gegeben, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann (BGE 139 II 499 E. 2.2, 136 II 281 E. 2.2). Das Interesse des Beschwerdeführers ist dann schutzwürdig, wenn er durch das Beschwerdeverfahren einen materiellen oder ideellen Nachteil, der ihn persönlich und unmittelbar treffen würde, von sich abwenden kann (BGE 123 II 376 E. 2; ISABELLE HÄNER, a.a.O., Art. 48 N. 20). Die A._____ ist der Ansicht, das Grundbuchamt habe zu Unrecht die Anmerkung der Auflage in der von ihr verfügten Baubewilligung verweigert. Sie ist damit stärker als jedermann von der Abweisungsverfügung des Grundbuchamts betroffen. Weil sie verantwortlich dafür ist, dass die von ihr verfügte öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung angemerkt wird, ist die Beschwerdeerhebung geeignet, einen Nachteil von ihr abzuwenden. Aus diesem Grund ist sie befugt, gegen die Verfügung des Grundbuchamts Beschwerde zu erheben.

4.

4.1 Das Grundbuchamt hat die Eintragung der Anmerkung verweigert, weil sie keine gesetzliche Grundlage im kantonalen Recht habe. Art. 29 Abs. 3 BauG, der die Grundlage für die Anmerkung von Bedingungen und Auflagen bilde, sei hier nicht anwendbar, weil er nur für Ausnahmbewilligungen gelte. Art. 38 Abs. 3 BauG, der für gewöhnliche Baubewilligungen wie die vorliegende gelte, verweise nicht auf Art. 29 Abs. 3 BauG. In ihrer alternativen Begründung bringt die Beschwerdeführerin sinngemäss vor, gestützt auf Art. 129 Abs. 1 Bst. g GBV bestehe schon von Bundesrechts wegen eine gesetzliche Grundlage für die vorliegende Anmerkung. Eine Grundlage im kantonalen Recht sei daher entbehrlich.

4.2 Das Legalitätsprinzip gilt auch für die Anmerkung von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen (HANS-PETER FRIEDRICH, Grundbuch und öffentliches Recht, in ZBGR 1970 S. 223). Das Vorhandensein dieser Anmerkungs voraussetzung ist vom Grundbuchamt zu prüfen (FASEL, a.a.O., Art. 129 N. 10; DOMINIK SCHERRER, Anmerkungen im Grundbuch, Diss. Zürich 1984, S. 276, 278).

4.3 Art. 129 GBV hält fest:

¹ Die von einem Träger einer öffentlichen Aufgabe gestützt auf die kantonale Gesetzgebung durch Verwaltungsverfügung oder durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag für ein einzelnes Grundstück angeordnete öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung mit länger dauernder Wirkung wird im Grundbuch angemerkt, wenn sie die folgenden Rechtsgebiete betrifft:

- a. Natur-, Heimat- und Umweltschutz, mit Ausnahme der Altlasten und der belasteten Standorte;
- b. Wasserrecht und Wasserbau;
- c. Strassenbau und Strassenpolizei;
- d. Förderung des Wohnungsbaus;
- e. Förderung der Land- und Forstwirtschaft;
- f. amtliche Vermessung;
- g. Baugesetzgebung;
- h. Enteignungsrecht.

² Bei öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, die im Grundbuch angemerkt werden sollen und gleichzeitig Gegenstand des Katasters der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen sind, besteht die Anmerkung im Grundbuch in einem Hinweis auf den Kataster.

³ Die Kantone können Anmerkungen aus weiteren Rechtsgebieten vorsehen.

⁴ Die Kantone erstellen eine Liste der einzelnen Anmerkungstatbestände der kantonalen Gesetzgebung und stellen diese dem EGBA zu.

Art. 129 Abs. 1 GBV schreibt die *Rechtsgebiete* vor, in denen die Anmerkung öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen vorgeschrieben ist (vgl. Art. 962 Abs. 3 ZGB; dazu JÜRGEN SCHMID, a.a.O., Art. 962 ZGB N. 8; zur Abgrenzung vom Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen vgl. ROLAND PFÄFFLI, Teilrevision des Sachenrechts: Erste Erfahrungen, in ZBGR 2012 S. 394; JÜRGEN SCHMID, a.a.O., Art. 962 ZGB N. 3). Die Art. 962 ZGB und Art. 129 GBV regeln nur die Anmerkungen von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen nach *kantonalem Recht* (JÜRGEN SCHMID, a.a.O., Art. 962 ZGB N. 11). Dass die Kantone eine Liste der einzelnen *Anmerkungstatbestände* erstellen müssen (Art. 129 Abs. 4 GBV), zeigt, dass die in Art. 129 Abs. 1 GBV aufgezählten Rechtsgebiete keine genügende Rechtsgrundlage bilden, auf die sich eine anmerkungsfähige öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung der Behörde stützen könnte. Erforderlich ist vielmehr, dass die Kantone in einem Rechtserlass ausdrücklich bestimmen, welche konkreten Tatbestände von Eigentumsbeschränkungen angemerkt werden können (ROLAND PFÄFFLI, a.a.O., S. 394; PFÄFFLI/SANTSCHI KALLAY, Das Grundbuch und seine Rechtswirkung, in Anwaltsrevue 2017 S. 156; MEINRAD HUSER, Baubeschränkungen und Grundbuch, in BR 2016 S. 202). Ein eigentlicher *numerus clausus* zulässiger Anmerkungstatbestände besteht nicht; vorausgesetzt wird einzig eine rechtliche Grundlage im Bundes- oder kantonalen Recht (DIETER ZOBL, Grundbuchrecht, 2. Aufl. 2004, Rz. 337). Die Tatbestände müssen entweder aus einem der Rechtsgebiete von Art. 129 Abs. 1 GBV stammen oder aus einem Rechtsgebiet, das sie in Anwendung von Art. 129 Abs. 3 GBV selbst bestimmt haben. Um als Anmerkung im Grundbuch eingetragen zu werden, ist sodann eine Verwaltungsverfügung der Behörde oder ein verwaltungsrechtlicher Vertrag erforderlich (Art. 129 Abs. 1 GBV, Art. 962 Abs. 3 ZGB). Weder aus dem ZGB noch aus der GBV kann eine Pflicht des Kantons abgeleitet werden, in

seiner Gesetzgebung *sämtliche* denkbaren öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen aus den in Art. 129 Abs. 1 GBV genannten Rechtsgebieten als anmerkungsfähig zu erklären. Für die im vorliegenden Fall verlangte Anmerkung reicht es nicht aus, dass Art. 129 Abs. 1 Bst. g GBV das Rechtsgebiet der Baugesetzgebung nennt. Vielmehr bedarf es einer gesetzlichen Grundlage in der kantonalen Gesetzgebung, auf die sich die Verfügung der A._____ stützen könnte.

5.

5.1 Art. 38 Abs. 3 BauG bestimmt, dass mit der *Baubewilligung* Bedingungen und Auflagen verbunden werden können; Art. 29 Abs. 2 ist sinngemäss anwendbar. Die Art. 26 ff. BauG regeln die *Ausnahmen* von einzelnen Bauvorschriften. Der genannte Art. 29 Abs. 2 BauG besagt, dass *Ausnahmebewilligungen* an Bedingungen geknüpft und mit Auflagen verbunden werden können. Nach Art. 29 Abs. 3 BauG sind die Befristung, der Vorbehalt des Widerrufs, die Wegbedingung der Entschädigung (Entfernungsauflage und Mehrwertrevers), die Zweckentfremdungs-, Abparzellierungs- und Aufteilungsverbote sowie die Pflicht zur Sicherheitsleistung vor Baubeginn im Grundbuch *anzumerken*. Weil Art. 38 Abs. 3 BauG nur Art. 29 Abs. 2 BauG als sinngemäss anwendbar erklärt, nicht aber Abs. 3, könnte daraus geschlossen werden, dass anders als bei den Ausnahmebewilligungen bei den gewöhnlichen Baubewilligungen keine Anmerkungen von Bedingungen und Auflagen möglich sind.

5.2 Art. 38 BauG regelt die Behandlung sowohl der gewöhnlichen Baugesuche als auch der Ausnahme gesuche im Sinne von Art. 26 ff. BauG (vgl. den Wortlaut in Abs. 1 und 2 von Art. 38 BauG). Abs. 3 von Art. 38 BauG regelt die Baubewilligung im Allgemeinen, in der auch eine Ausnahmebewilligung i.S.v. Art. 29 BauG enthalten sein kann. Der darin enthaltene Verweis bezieht sich im Wesentlichen auf den zweiten Satz von Art. 29 Abs. 2 BauG, d.h. auf die Bst. a bis c, die *Beispiele* für Bedingungen und Auflagen nennen. In der bis 31. Dezember 1994 geltenden Fassung von Art. 38 Abs. 3 BauG wurde auf den ganzen Art. 29 BauG verwiesen, was zur Folge hatte, dass bei sämtlichen Baubewilligungen (mit oder ohne Ausnahmen) Bedingungen und Auflagen angemerkt werden konnten (ALDO ZAUGG, Kommentar zum bernischen BauG, 1. Aufl. 1987, Art. 38/39 N. 15). Mit der Gesetzesänderung vom 22. März 1994 wurde der Verweis in Art. 38 Abs. 3 BauG aus unbekannten Gründen auf Art. 29 Abs. 2 BauG beschränkt. ZAUGG/LUDWIG (Kommentar zum bernischen BauG, Bd. I, 4. Aufl. 2013, Art. 38-39 N. 15; ebenso bereits in der 3. Aufl. 2007 bei Art. 38-39 N. 15) vertreten die Ansicht, es handle sich dabei um ein gesetzgeberisches Versehen (ebenso LUDWIG/STALDER, in Bernisches Verwaltungsrecht [Hrsg.: Müller/Feller], 2. Aufl. 2013, S. 516, N. 136, Fn. 164). Man habe wohl irrtümlich angenommen, der Verweis auf den ganzen Art. 29 BauG gehe zu weit, d.h. die Absätze 1 und 3 würden nur für Ausnahmebewilligungen gelten. Die BVE hat sich dieser Ansicht in ihrem Beschwerdeentscheid vom 2. Dezember 2014 (E. 3e) angeschlossen, in welchem sie die im Gesamtbauentscheid der A._____ vom 3. Juli 2014 angeordnete Anmerkung bestätigt hatte.

5.3 Die Materialien zur Gesetzesänderung vom 22. März 1994 geben keinen Aufschluss darüber, ob die Beschränkung des Verweises in Art. 38 Abs. 3 BauG versehentlich oder bewusst erfolgt ist. Im Vortrag des Regierungsrats an den Grossen Rat wird die fragliche Änderung nicht kommentiert (Tagblatt des Grossen Rates 1994, Beil. 13, S. 13), und in der Grossratsdebatte wurde sie nicht ausdrücklich erwähnt. Einen nachvollziehbaren und sachlichen Grund dafür, dass Bedingungen und Auflagen – im Gegensatz zur Gesetzeslage vor 1995 – nur noch bei Ausnahmegewilligungen angemerkt werden können, gibt es nicht. Dies spricht für die Annahme eines Versehens. Dass in Art. 38 Abs. 3 BauG nicht auf Art. 29 Abs. 1 BauG verwiesen wird, ist nachvollziehbar, da dieser lediglich die zeitliche Dauer von Ausnahmegewilligungen regelt. Keinen erkennbaren Sinn macht es dagegen, dass die Bestimmungen von Art. 29 Abs. 3 und 4 BauG über die Anmerkung von Bedingungen und Auflagen nicht auch für die Baugewilligung im Allgemeinen – und zwar für solche mit und solche ohne Ausnahme – gelten sollen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb Anmerkungen nur bei Ausnahmegewilligungen eingetragen werden können sollen, nicht aber generell bei Baugewilligungen.

5.4 An der Annahme eines gesetzgeberischen Versehens ändert auch nichts, dass man anlässlich der letzten Baugesetzänderung vom 9. Juni 2016 (in Kraft seit 1. April 2017) die fragliche Änderung nicht wieder rückgängig gemacht hat, obwohl die oben (E. 5.2) erwähnte Lehrmeinung von ZAUGG/LUDWIG zu Art. 38 Abs. 3 BauG bekannt sein musste. Art. 38 BauG war nicht Gegenstand dieser Baugesetzänderung (vgl. zum Ganzen Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat zur Änderung des Baugesetzes und des Dekrets über das Baugewilligungsverfahren, in Tagblatt des Grossen Rates 2016, Beil. 8). Aus der Liste der einzelnen Anmerkungstatbestände, die der Kanton gestützt auf Art. 129 Abs. 4 GBV erstellt hat, kann nichts zur Auslegung von Art. 38 Abs. 3 BauG entnommen werden, da sie bloss den vollständigen Art. 29 BauG wiedergibt (vgl. die Liste unter www.jgk.be.ch/jgk/de/index/direktion/organisation/gba/downloads_-publikationen.html).

5.5 Die Praxis zeigt, dass Art. 38 BauG immer so verstanden worden ist, dass Bedingungen und Auflagen angemerkt werden können unabhängig davon, ob in der Baugewilligung eine Ausnahme erteilt wird oder nicht. Das Bundesgesetz vom 20. März 2015 über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG; SR 702) sieht in Art. 16 Abs. 2 vor, dass unmittelbar nach Rechtskraft der Baugewilligung die Baugewilligungsbehörde das Grundbuchamt anweist, die Nutzungsbeschränkung zum betreffenden Grundstück – gemeint ist diejenige nach Art. 7 Abs. 1 ZWG – im Grundbuch anzumerken. Vor Inkrafttreten des ZWG am 1. Januar 2016 bestand keine bundesrechtliche Grundlage für die Anmerkung von Nutzungsbeschränkungen mit dem Zweck, den Zweitwohnungsbau zu beschränken und den Anteil von Erstwohnungen zu sichern. Hingegen konnten die Gemeinden gestützt auf den damaligen Art. 73 Abs. 1 BauG (in Kraft bis 31. März 2017) in Wohnzonen einen Mindestanteil an Erstwohnungen festlegen (vgl. dazu ALDO ZAUGG, a.a.O., 2. Aufl. 1995, Art. 72-74 N. 19). Die Steuerung des Zweitwohnungsbestands wird heute in Art. 71a BauG (in Kraft seit 1. April 2017) geregelt. Unbestritten war, dass Nutzungsbeschränkungen gestützt auf Art. 73 aAbs. 1 BauG – also die

Auflage in der Baubewilligung, eine Wohnung als Erstwohnung zu benutzen – als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch angemerkt werden müssen (MÜLLER/FELLER, Erstwohnungsanteile in Tourismusgemeinden, in BVR 2007 S. 481 ff., 498). Die Anmerkung selbst stützte sich zunächst auf die bis 31. Dezember 1994 geltende Fassung von Art. 38 Abs. 3 BauG, die auf den ganzen Art. 29 BauG verwiesen hatte (vgl. oben E. 5.2). Zu beachten in diesem Zusammenhang ist, dass die Auflage, eine Wohnung als Erstwohnung zu benutzen, in der Regel im Rahmen einer gewöhnlichen Baubewilligung erfolgt.

Entscheidend ist nun, dass die Praxis, die Auflage hinsichtlich von Erstwohnungsanteilen im Grundbuch anmerken zu lassen, auch weitergeführt wurde, nachdem mit Gesetzesänderung vom 22. März 1994 der Verweis in Art. 38 Abs. 3 BauG auf Art. 29 Abs. 2 BauG beschränkt worden war. Im Jahr 2008 stellte die JGK in einem Bericht fest, dass in der Gemeinde Grindelwald in den zurückliegenden Jahren die kommunalen Vorschriften über den Erstwohnungsanteilsplan (EWAP) zum Teil mangelhaft umgesetzt worden waren, indem die Anmerkung im Grundbuch vorschriftswidrig unterlassen wurde. Als aufsichtsrechtliche Massnahme ordnete die JGK an, die Gemeinde Grindelwald habe die ausstehenden Anmerkungen nachzuholen. Es herrschte somit die allseitig unbestrittene Meinung vor, Auflagen könnten (weiterhin) angemerkt werden, auch wenn sie in einer gewöhnlichen Baubewilligung und nicht in einer Ausnahmegewilligung enthalten sind. Eine Bestätigung dieser Praxis findet sich in der Weisung der JGK vom 15. Januar 2016 betreffend die grundbuchliche Übertragung von Anmerkungen (...) auf später begründete Stockwerkeigentumseinheiten / abparzellierte Grundstücke (in BSIG Nr. 2/215.321.2/1.1). In Ziff. IV wird festgehalten, Erstwohnungsanteilsvorschriften würden ungeachtet der Zweitwohnungsgesetzgebung (ZWG) gelten, und die entsprechenden Zweckentfremdungsverbote seien ebenfalls als Anmerkung im Grundbuch einzutragen.

Für den vorliegenden Fall von Bedeutung ist schliesslich, dass die BVE in ihrem Beschwerdeentscheid vom 2. Dezember 2014 (E. 4e), der in der vorliegenden Baubewilligungssache ergangen ist, zum Ausdruck gebracht hat, dass Bedingungen und Auflagen in Baubewilligungen, die keine Ausnahmen enthalten, anzumerken seien.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für die Eintragung der Nutzungsbeschränkung auf Parzelle Gbbl. Nr. 1000 eine genügende gesetzliche Grundlage besteht. Die Anmerkung im Grundbuch ist daher zulässig.

6.

6.1 Das Grundbuchamt hat die Abweisung der Anmeldung schliesslich damit begründet, verfügberechtigt sei die Y._____ AG als Eigentümerin des Grundstückes Nr. 1000, Anmelderin sei jedoch die Z._____ AG. Der Ausweis über das Verfügungsrecht sei nicht beigebracht worden.

6.2 Wie oben (E. 3.2) zitiert, erfolgen die Eintragungen im Grundbuch auf Grund einer schriftlichen Erklärung des Eigentümers des Grundstückes, auf das sich die Verfügung bezieht (Art. 963 Abs. 1 ZGB). Das Grundbuchamt prüft die Verfügungsberechtigung der anmeldenden

Person (Art. 83 Abs. 2 Bst. c und Art. 84 GBV). Gesetzessystematisch gehören zu den «Grundbucheinträgen» (Unterabschnitt I bei Art. 958 ZGB) die *dinglichen Rechte* – also das Eigentum, die Dienstbarkeiten und Grundlasten sowie die Pfandrechte (Art. 958 ZGB) – und die *Vormerkungen* (Art. 959 ff. ZGB). Daraus ergibt sich, dass die Vorschriften der Art. 963 ff. ZGB über die Voraussetzungen der Eintragung für die dinglichen Rechte und für die Vormerkungen gelten (BGE 86 I 114 E. 8). Die *Anmerkungen* (Art. 946 Abs. 2, Art. 962 und Art. 962a ZGB) dagegen gehören gesetzessystematisch streng genommen nicht zu den «Grundbucheinträgen». Es ist deshalb nicht zwingend, dass die Vorschriften der Art. 963 ff. ZGB vollständig auf die Anmerkungen anzuwenden sind (a.M. offenbar JÜRIG SCHMID, a.a.O., Art. 963 ZGB N. 2).

6.3 Die Wirkungen der Anmerkungen beschränken sich darauf, privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse kundbar zu machen. Anmerkungen sind nur deklaratorisch und gehören zu den beschreibenden Daten im Grundbuch. Die Anmerkung hat weder eine konstitutive noch eine heilende Wirkung. Die Anmerkung untersteht nicht der negativen Rechtskraft des Grundbuchs i.S.v. Art. 971 Abs. 1 ZGB, d.h. die Rechtsverhältnisse, Verfügungs- oder Eigentumsbeschränkungen bestehen unabhängig von ihrer Anmerkung. Die Vornahme einer Anmerkung hat somit keine konstitutive Wirkung. Die Anmerkung vermag auch nicht eine Vermutung dafür zu begründen, dass das angemerkte Rechtsverhältnis tatsächlich besteht. Die Anmerkungen nehmen also nicht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil. In der Lehre ist umstritten, ob den Anmerkungen die Wirkung der positiven Rechtskraft (Art. 970 Abs. 4, Art. 973 Abs. 1 ZGB) zukommt, d.h. ob die im Grundbuch eingeschriebenen Anmerkungen als bekannt vorauszusetzen sind und damit den guten Glauben einer Person zerstören (JÜRIG SCHMID, a.a.O., Art. 946 ZGB N. 71 ff.; befürwortend etwa SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl. 2017, Rz. 408, 460, 495, 579; zum Ganzen vgl. ROLAND PFÄFFLI, Der Ausweis für die Eigentumseintragung im Grundbuch, Diss. Bern 1999, S. 9-13).

6.4 Die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen gemäss Art. 962 ZGB entstehen durch Verfügung des Gemeinwesens. Deren Anmerkung ist zwar zwingend, doch bestehen die Eigentumsbeschränkungen auch ohne Eintrag im Grundbuch, weil wie gezeigt die negative Rechtskraft nicht besteht. Die Notwendigkeit, dass gemäss Art. 963 Abs. 1 ZGB die Anmeldung von Eintragungen vom *Eigentümer* des Grundstücks auszugehen hat, ergibt sich aus der materiellen Wirkung der Anmeldung. Diese besteht im Bereich des absoluten Eintragungsprinzips in der materiellen Verfügung über das dingliche Recht (JÜRIG SCHMID, a.a.O., Art. 963 ZGB N. 20, 25). Bei den öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen wird nicht über ein dingliches Recht «verfügt»; vielmehr entstehen diese durch einen Verwaltungsakt einer Behörde bzw. durch eine Verfügung im verwaltungsrechtlichen Sinn.

Die Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters ist, wenn die Anmeldung durch den Eigentümer des Grundstücks erfolgt, nicht in der gleichen Strenge vorzunehmen wie sie Art. 84 GBV bei Eintragungen von dinglichen Rechten verlangt (vgl. URS FASEL, a.a.O., Art. 84 N. 20 mit Hinweis auf einen Entscheid des Regierungsrats des Kantons Bern in ZBGR 1953 S. 17 ff.; zur

Prüfungspflicht allgemein N. 6 ff.; vgl. zum Ganzen JÜRGEN SCHMID, a.a.O., Art. 962 ZGB N. 18; zur früheren Fassung von Art. 962 ZGB vgl. HANS-PETER FRIEDRICH, a.a.O., S. 222 f.).

6.5 Im vorliegenden Fall ist die Grundbuchanmeldung durch die Z._____ AG erfolgt. Unterschrieben hat sie deren Geschäftsführer und Inhaber. Aus den Handelsregistrauszügen ist zu schliessen, dass wohl wirtschaftliche Identität mit der Grundeigentümerin des betroffenen Grundstücks, der Y._____ AG, besteht. Dadurch hat die Y._____ AG faktisch der Grundbuchanmeldung zugestimmt. Sie hatte im Übrigen auch das Baugesuch mitunterzeichnet (Art. 10 Abs. 2 BewD). Die Z._____ AG ist Adressatin der Baubewilligung, in welcher die angemeldete Auflage enthalten ist. Die Auflage würde Rechtswirkung entfalten, auch wenn sie nicht im Grundbuch angemerkt wäre. Die Anmerkung bzw. deren Anmeldung beim Grundbuch ist nicht von der Zustimmung der Grundeigentümerin abhängig. Dies ist auch der Grund, dass zur Anmeldung von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen auch die nach kantonalem Recht für die Entstehung zuständige Behörde befugt ist (Art. 53 Abs. 1 Bst. a GBV). Die Anmeldung beim Grundbuchamt ist eine blosser Vollzugsaufgabe zwischen zwei Verwaltungsstellen. Dritte sind nicht betroffen und müssen insbesondere der Anmerkung nicht zustimmen (MEINRAD HUSER, a.a.O., S. 202). Vorliegend hat die A._____ die Anmeldung, zu der sie befugt gewesen wäre, nicht vorgenommen. Sie ist, wie oben (E. 3.4) gezeigt, dafür verantwortlich, dass die Eintragung erfolgt. Durch die Beschwerdeführung gegen die verweigerte Eintragung des Grundbuchamts hat sie kundgetan, dass sie die Anmerkung eintragen lassen will. Es würde einem administrativen Leerlauf gleichkommen, wenn sie beim Grundbuchamt nochmals eine formelle Anmeldung einreichen müsste. Entscheidend ist, dass wie gezeigt (oben E. 5) die angeführte Anmerkung eine genügende Grundlage im kantonalen Recht hat. Das Grundbuch hätte vorliegend die rechtskräftig gewordene Baubewilligung als ausreichend betrachten und die Anmeldung durch den Baubewilligungsnehmer vollziehen sollen.

7.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die von der Z._____ AG angemeldete Auflage in der Baubewilligung auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage basiert und deshalb angemerkt werden muss. Die Anmeldung der Anmerkung durch die Z._____ AG ist unter den vorliegend gegebenen Umständen als ausreichend zu betrachten. Die Beschwerde ist gutzuheissen. Die Anmerkung der strittigen Nutzungsbeschränkung auf der Parzelle Gbbl. Nr. 1000 ist im Grundbuch einzutragen.

8.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Kanton die Verfahrenskosten (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG). Parteikosten werden keine gesprochen (vgl. Art. 104 Abs. 4 VRPG).

Demnach entscheidet die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion:

1.

1.1 Die Beschwerde wird gutgeheissen, und die Verfügung des Grundbuchamts vom 27. Januar 2015 wird aufgehoben.

1.2 Das Grundbuchamt wird angewiesen, die Eintragung gemäss der Anmeldung vom 22. Januar 2015 im Grundbuch vorzunehmen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Parteikosten werden nicht gesprochen.