

# Stolpersteine bei Bauvorhaben

Dienstbarkeiten können zur Verzögerung, wenn nicht gar zur Verhinderung eines hängigen oder sogar eines bereits rechtskräftig bewilligten Bauvorhabens führen. Die frühzeitige Prüfung (Due Diligence) der grundbuchrechtlichen Situation ist deshalb von Vorteil.

SERAINA KIHM\* •

**AUSGANGSLAGE.** Wie die Praxis<sup>1</sup> zeigt, müssen sich die Gerichte immer wieder mit der Frage auseinandersetzen, wie eine privatrechtliche Dienstbarkeit im Zusammenhang mit einem nach öffentlichem Recht bereits rechtskräftig bewilligten Bauvorhaben zu handhaben ist. Oftmals werden im Baubewilligungsverfahren keine Einwände oder gar Einsprachen gegen ein geplantes Bauvorhaben vorgebracht. Denn allfällige Verstösse gegen privatrechtliche Dienstbarkeiten wie Aussichtsschutz, Höhenbeschränkungen oder Vorgaben zum Erhalt des Quartiercharakters werden in der Regel erst später vor dem Zivilrichter geltend gemacht. Dass diese Diskrepanz zwischen öffentlichem und privatem (Bau-)Recht für einen Bauherrn und Grundeigentümer unangenehm, zeitaufwendig und mit Kosten verbunden ist, ist naheliegend. Die Gründe für diese «Zweiteilung» sowie mögliche Massnahmen, die ein Bauherr gegen diesen Stolperstein ergreifen kann, sollen hier näher erläutert werden.

**DIENSTBARKEITEN IM BAUBEWILLIGUNGSVERFAHREN.** Eine privatrechtliche Dienstbarkeit kann die Realisierung eines Bauprojekts verhindern oder zumindest verzögern, selbst wenn die öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften eingehalten werden oder sogar bereits eine Baubewilligung erteilt worden ist. Die Baubehörde muss im Baubewilligungsverfahren nämlich nur beurteilen, ob ein Bauvorhaben den massgebenden öffentlich-rechtlichen (Bau-)Vorschriften entspricht. Sie ist hingegen grundsätzlich nicht verpflichtet, auch die Einhaltung zivilrechtlicher Vorschriften, insbesondere von im Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeiten zu überwachen.

Privatrechtliche Vorschriften werden in der Regel nur dann geprüft, wenn sie baupolizeirechtlich relevant sind. Nichtbaupolizeilich relevante private Rechte, z. B. Villen- und Aussichtsservitute, werden von der Bewilligungsbehörde nicht beurteilt. Hat die Baubewilligungsbehörde privatrechtliche Grundbucheinträge zu berücksichtigen, so stellt sie lediglich auf deren Wortlaut ab. Nur bei öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen wird der Wortlaut der Einträge nötigenfalls auch ausgelegt.

Handelt es sich hingegen um massgebende zivilrechtliche Verhältnisse, ist die Baubewilligungsbehörde zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, diese vorfrageweise selbst zu prüfen. Sie kann das Verfahren sistieren oder sogar die Baubewilligung verweigern, um die strittige Frage vom zuständigen Zivilrichter beurteilen zu lassen.

Im Kanton Zürich wird die vorfrageweise Prüfung und Auslegung eines zivilrechtlichen Verhältnisses durch die Baubewilligungsbehörden nur zurückhaltend vorgenommen, insbesondere wenn der Vertragsinhalt leicht feststellbar ist und sich ein unzweifelhaftes Resultat ergibt.

**INHALT, AUSÜBUNG UND AUSLEGUNG VON DIENSTBARKEITEN.** Falls ein Zivilrichter während eines hängigen Baubewilligungsverfahrens oder gar nach Erteilung der Baubewilligung über eine privatrechtliche Streitigkeit betreffend Auslegung einer Dienstbarkeit entscheidet, so dürfte sich dies in mehrerer Hinsicht nachteilig für den Bauherrn auswirken. Nebst einem Zeitverlust für das Bauprojekt dürften dem Bauherrn ausserdem wesentliche Verfahrenskosten entstehen. Um dies zu verhindern, sollten Grundbucheinträge bereits vor der Eingabe des Baugesuches eingesehen und sorgfältig geprüft werden.

Der genaue Inhalt einer Dienstbarkeit ist aber oft nicht leicht verständlich, weshalb der Umfang beziehungsweise die Auslegung einer Dienstbarkeit nicht selten Anlass zu Diskussionen zwischen den Parteien gibt. Häufig ist auch seit der Errichtung der Dienstbarkeit zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien viel Zeit verstrichen, während welcher sich die Interessen der Betroffenen grundlegend verändert haben können.

Um den Inhalt einer Dienstbarkeit dennoch ermitteln zu können, sieht das Gesetz eine Kaskadenordnung vor. So soll sich der Inhalt einer Dienstbarkeit gemäss Art. 738 Abs. 1 ZGB in erster Linie aus seinem wörtlichen Eintrag im Grundbuch ergeben. Dabei wird zunächst lediglich das Stichwort ersichtlich, das darüber hinaus vom Grundbuchverwalter auch gekürzt werden darf. Um Gewissheit zu haben, welche Rechte und Pflichten sich aus der einge-

tragenen Dienstbarkeit ergeben, sollte immer wenn möglich der gesamte Wortlaut beim Grundbuchamt angefordert und konsultiert werden. Ist dieser verständlich, so ist er massgebend zur Festlegung des Inhalts einer Dienstbarkeit.

Kann der Umfang aus dem Eintrag aber nicht klar eruiert werden, wird anschliessend auf den Erwerbsgrund, das heisst auf den Dienstbarkeitsvertrag, und schliesslich auf die Art zurückgegriffen, wie die Dienstbarkeit während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (Art. 738 Abs. 2 ZGB). Diese gesetzlich vorgesehene Kaskadenordnung ist gemäss Bundesgericht zwingend zu beachten.

Doch trotz dieser gesetzlichen Auslegungshilfen ist das Lesen und Verständnis von Dienstbarkeiten alles andere als einfach und will geübt sein. Daher ist es für einen Bauherrn ratsam, sich bei Unklarheiten oder Zweifeln betreffend Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit vorgängig fachlichen Rat zu holen. Durch solche sorgfältigen rechtlichen Abklärungen können die Relevanz der grundbuchlichen Eintragungen für das beabsichtigte Bauprojekt abgeschätzt und allfällige Bauverzögerungen verhindert oder minimiert werden.

**LÖSCHUNG, MODIFIZIERUNG, VERLEGUNG ODER NEUBEGRÜNDUNG VON DIENSTBARKEITEN.** Er gibt die vorgängig durchgeführte Prüfung der grundbuchrechtlichen Eintragungen und Unterlagen, dass aus privat- oder öffentlich-rechtlicher Sicht «bauhindernde» Dienstbarkeiten bestehen, stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten bezüglich des beabsichtigten Bauprojekts einem Bauherrn im Zusammenhang mit diesen privatrechtlichen Dienstbarkeiten offen stehen.

Stehen Dienstbarkeiten einem beabsichtigten Bauvorhaben im Wege, können sie bei Erfüllen von gewissen Voraussetzungen grundsätzlich gelöscht, geändert oder verlegt werden. Für die Löschung ist gemäss Art. 964 Abs. 1 ZGB in der Regel die schriftliche Erklärung seitens des Berechtigten erforderlich. Der Dienstbarkeitsbelastete kann die Löschung einer Dienstbarkeit gestützt auf Art. 736 Abs. 1 ZGB aber auch auf gerichtlichem Wege erreichen, wenn an ihr kein Interesse mehr besteht. Falls das In-

teresse des Berechtigten zwar noch vorhanden sein sollte, aber im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung ist, kann der Belastete gemäss Art. 736 Abs. 2 ZGB gegen Entschädigung auch deren ganze oder teilweise Ablösung verlangen.

Ferner besteht die Möglichkeit, eine Dienstbarkeit auch auf dem Verhandlungswege zwischen dem Belasteten und Berechtigten an die gewünschten Anforderungen anzupassen. Dies kann in vielerlei Hinsicht erfolgen, so bspw. qualitativ (z. B. Umwandlung eines Fuss- und Fahrwegrechts in lediglich ein Fusswegrecht), quantitativ (z. B. Reduktion der Länge des Wegrechts) oder zeitlich (z. B. Befristung einer Dienstbarkeit). Ob für die Zustimmung zur Änderung der Dienstbarkeit eine Entschädigung geschuldet ist, liegt im Ermessen der Parteien. Zu beachten ist aber, dass sämtliche Modifikationen bestehender Dienstbarkeiten in einem öffentlich beurkundeten Dienstbarkeitsvertrag festgehalten und im Grundbuch entsprechend eingetragen werden müssen.

Ausserdem hat der Belastete gemäss Art. 742 Abs. 1 ZGB das zwingende Recht, die Verlegung einer Dienstbarkeit zu verlangen, wenn durch deren Ausübung nur ein Teil des Grundstücks in Anspruch genommen wird, er ein rechtsgenügendes Interesse nachweist sowie wenn er die Kosten für die Verlegung auf eine andere, für den Berechtigten nicht weniger geeignete Stelle übernimmt. Damit ist nicht eine identische, gleichwertige Stelle gemeint. Der Berechtigte hat auch eine bloss kleinere Verschlechterung hinzunehmen, jedoch darf ihm durch die Verlegung kein Nachteil erwachsen. Eine Zustimmung zur Verlegung ist allerdings nicht erforderlich. Zulässig wäre z. B. die Verlegung eines bestehenden Wegrechtes auf ein benachbartes und ebenfalls im Eigentum des Belasteten stehendes Grundstück, selbst wenn der Weg dadurch für den Berechtigten etwas länger wird. Nachteilig für den Berechtigten wäre hingegen, wenn die verlegte Wegverbindung Erschwernisse aufweisen würde, welche vorher nicht existierten, wie z. B. Stufen oder Ähnliches. Die Verlegung nach Art. 742 Abs. 1 ZGB stellt formell betrachtet eine Änderung der Dienstbarkeit dar

und ist daher erst rechtswirksam, wenn sie aufgrund eines Zusatzbelegs (z. B. Dienstbarkeitsvertrag, richterliche Anordnung etc.) im Grundbuch eingetragen wurde.

Schliesslich kann im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben auch die Begründung neuer Dienstbarkeiten erforderlich werden. So kann bspw. die genügende Erschliessung eines Grundstücks (z. B. Wasser- und Abwasserleitungen, Zugang zu öffentlichen Strassen etc.) als Voraussetzung zur Erlangung einer Baubewilligung eine Neubegründung einer Dienstbarkeit notwendig machen. Aber auch um ungünstig geformte Parzellen besser überbauen zu können, kann die Eintragung neuer Dienstbarkeiten nötig werden.

**FAZIT UND EMPFEHLUNG.** Eine rechtskräftig erteilte Baubewilligung bedeutet für einen Bauherrn noch lange nicht, dass er sein Bauvorhaben, wie im Baubewilligungsverfahren gefordert, auch tatsächlich umsetzen kann. Vielmehr muss er damit rechnen, dass im Grundbuch eingetragene privatrechtliche Verhältnisse allenfalls vor dem Zivilrichter geltend gemacht werden. Um dieses Risiko zu verringern oder gar zu vermeiden und damit Zeit, Kosten und Aufwand zu sparen, ist es von entscheidender Bedeutung, dass sich ein Bauherr im Vorfeld eines Bauvorhabens umfassende Klarheit über bestehende Rechte, Pflichten und Lasten verschafft, indem eine sorgfältige Due Diligence durchgeführt wird und schliesslich die richtigen Schlüsse daraus gezogen werden. Insbesondere bei einer komplexen – bspw. grossflächigen – Überbauung oder bei seit langem bestehenden (gelebten) Verhältnissen kann der Beizug von Fachpersonen wie eines Notars oder eines Anwalts sowie die frühzeitige Kontaktaufnahme mit den Nachbarn ratsam sein. ●

<sup>1</sup> Vgl. BGer 5A\_204/2009 vom 12. Mai 2009; vgl. BGer 5C.307/2005 vom 19. Mai 2006; vgl. BGE 115 II 434.



**\*SERAINA KIHM**

Die Autorin ist Rechtsanwältin bei CMS von Erlach Poncet AG und Absolventin des Masters in Advanced Studies UZH in Real Estate. Sie ist spezialisiert auf Immobilienrecht.

## Ihr Portfolio in guten Händen. Wir schaffen Mehrwert durch ganzheitliches Denken.

Markstein bietet für private wie auch institutionelle Investoren umfassende Portfoliodienstleistungen an – von der Analyse über die Strategieentwicklung bis hin zum Controlling. Um optimale Renditen zu erzielen, analysieren wir die Chancen und Risiken und erarbeiten eine auf den Kunden zugeschnittene Anlagestrategie. Profitieren auch Sie von unserer langjährigen Erfahrung, unserem persönlichen Netzwerk und wertvollen Synergien.

[www.markstein.ch](http://www.markstein.ch)

